

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  
HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

ÖZEL SAYI



PROF. DR.  
NUR CENTEL'E  
ARMAĞAN

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Hukuk Araştırmaları Dergisi**  
**ISSN - 2146-0590**  
**C. 19 S. 2 Y. 2013**

**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: hukukdekin@marmara.edu.tr

**Yayına Hazırlayan:** Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. (Sertifika No: 16136)  
Narlıbahçe Sok. Damga Binası No: 11  
Cağaloğlu - İSTANBUL  
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77  
Fax: (0-212) 513 87 05 - 511 36 50  
www.betayayincilik.com

**Baskı:** Pasifik Ofset (Sertifika No: 12027)  
Cihangir Mah. Güvercin Cad. No: 3  
Baha İş Merkezi A Blok Avcılar/İSTANBUL  
Tel: (0212) 412 17 77

*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.*

## PROF. DR. NUR CENTELE' E ARMAĞAN HAKEM HEYETİ

- Prof. Dr. Bihterin Dinçkol, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Abdullah Dinçkol, Beykent Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Hamide Zafer, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Handan Yokuş Sevik, Dicle Üniversitesi, (Diyarbakır)  
Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu, Okan Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Faruk Turhan, Süleyman Demirel Üniversitesi (Isparta)  
Prof. Dr. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu, Beykent Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Güzin Üçışık, Doğuş Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Ayşe Nuhogđlu, Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)  
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Yaşar Üniversitesi (İzmir)  
Prof. Dr. Nuri Yaşar, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. Mahmut Koca, Şehir Üniversitesi (İstanbul)  
Prof. Dr. İlhan Üzülmez, Gazi Üniversitesi (Ankara)  
Prof. Dr. Recep Gülşen, Zirve Üniversitesi (Gaziantep)  
Doç. Dr. İsa Döner, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Vesile Sonay Evik, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu, Bilkent Üniversitesi (Ankara)  
Doç. Dr. Fulya Erlüle, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Murat Alışkan, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut, Özyeğin Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Hakan Karakehya, Anadolu Üniversitesi (Eskişehir)  
Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız, Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Vesile Sonay Evik, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Nur Kaman, Şehir Üniversitesi (İstanbul)  
Doç. Dr. Berrin Akbulut, Selçuk Üniversitesi (Konya)  
Yrd. Doç. Dr. Gül Üstün, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Aysun Altunkaş, Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu, Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Hatice Selin Pürselin, Marmara Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Selcen Ataç, Maltepe Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan Taşkın, Anadolu Üniversitesi (Eskişehir)  
Yrd. Doç. Dr. Murat Önok, Koç Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Asuman İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi, (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Zeynel Kangal, Kadir Has Üniversitesi, (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Sevi Bakım, Aydın Üniversitesi (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Sinan Bayındır (İstanbul)  
Yrd. Doç. Dr. Asuman İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi (İstanbul)  
Dr. Gülfem Pamuk, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

## DERGİ YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım (Başkan)  
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Erkan (Başkan Yardımcısı)  
Yrd. Doç. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut  
Yrd. Doç. Dr. Yusuf Yaşar  
Yrd. Doç. Dr. Sabah Altay  
Ar. Gör. Dr. Gediz Kocabaş  
Ar. Gör. Dr. Gülşen Gedik  
Ar. Gör. Can Yalçın Armutcuoğlu  
Ar. Gör. Zafer İçer  
Ar. Gör. Eren Paydaş

## DERGİ DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, *Ankara Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları, *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)*







**Prof.Dr. Nur Centel Veda Dersi Öncesi-MÜHF Dekanlık-25.3.2010:**

Soldan sağa doğru, Prof.Dr. Gökhan Antalya, Prof.Dr. Tankut Centel, Prof.Dr. Nur Centel, Arkada: Sarp Centel, Prof.Dr. Bihterin Dinçkol, Prof.Dr. Pervin Somer



**Veda Dersi-25.3.2010: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı**

Soldan sağa doğru, Ar.Gör. Zahit Yılmaz, Ar.Gör.Dr. Gülferm Pamuk, Ar.Gör.Dr. Mehmet Emin Alşahin, Ar.Gör. Özge Apiş, Prof.Dr. Ahmet Gökçen, Prof. Dr. M.Emin Artuk, Prof.Dr. Nur Centel, Doç.Dr. Özlem Yenerer Çakmut, Prof.Dr. Hamide Zafer, Doç.Dr. A.Caner Yenidünya



Soldan sağa doğru-1995: Prof.Dr. Fehim Üçışık, Prof.Dr. Mehmet Akif Aydın, Prof.Dr. Serap Helvacı, Prof.Dr. Güzin Üçışık, Prof.Dr. Turhan Esener, Prof.Dr. Nur Centel, Prof.Dr. Turan Yıldırım, Kütüphaneci Uzman Bilge Tezel, Arkada: Prof.Dr. F.Hakan Baykal



**Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı-1999:**

Soldan sağa doğru, Prof.Dr. Ayşe Nuhuğlu, Prof.Dr. Ahmet Gökçen, Prof.Dr. M.Emin Artuk, Prof.Dr. Nur Centel, Prof.Dr. Hamide Zafer, Yrd.Doç.Dr. Yusuf Yaşar, Doç.Dr. İsa Döner, Ar.Gör. Naim Karakaya, Doç.Dr. A.Caner Yenidünya





**Kamu Hukuku Bölüm Toplantısı-5.1.2005:**

Soldan sağa doğru, Prof.Dr. Osman Doğru, Prof.Dr. F.Hakan Baykal, Prof.Dr. İbrahim Kaboğlu, Prof.Dr. Mehmet Akif Aydın, Prof.Dr. Turan Yıldırım, Prof.Dr. Hamide Zafer, Prof.Dr. Murat Yüksel, Prof.Dr. M.Emin Artuk, Prof.Dr. Billur Serap Yaltı, Prof.Dr. Nur Centel



**Prof.Dr. Nur Centel Veda Dersi-25.3.2010:**

Soldan sağa doğru, Prof.Dr. M.Emin Artuk, Prof.Dr. Nur Centel, Prof.Dr. Tankut Centel



## **Prof. Dr. NUR CENTEL'İN ÖZGEÇMİŐİ**

1949 Yılında Erzurum'da dünyaya gelmiştir. Erzurum Lisesini ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi'nde doktorasını yapmıştır. 1984'de yardımcı doçent, 1989'da doçent, 1996'da profesör olmuştur. Almanya'da 1973-1974 yıllarında Ruhr Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (Bochum) devam etmiş, 1988'de ise Alexander von Humboldt Vakfının doktora sonrası bursunu kazanarak çeşitli tarihlerde Max-Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü (Freiburg) ile Ludwigs-Maxmilian Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsü'nde (Münih) bilimsel çalışmalar yapmıştır. Prof. Dr. Centel kısa bir süre adli yargı hakimi olarak görev aldıktan sonra (1975-1976), Atatürk Üniversitesi ile Ege (Dokuz Eylül) Üniversitesi'nde araştırma görevlisi (1977-1983), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ise öğretim üyesi olarak çalışmıştır (1983-2010). Kısmi zamanlı olarak Dicle Üniversitesi, Yeditepe Üniversitesi, Maltepe Üniversitesi ve Koç Üniversitesi Hukuk Fakültelerinde ders vermiştir. 2010 Yılından itibaren Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tam zamanlı öğretim üyesidir. Ceza hukuku (genel/özel) ve ceza muhakemesi hukuku derslerini okutmaktadır.

### **Görevleri:**

- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Kurulu Üyesi (Eylül 2011'den itibaren)
- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu Üyesi (Eylül 2011'den itibaren)
- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Kurulu Üyesi (1997-2009)
- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı (2003-2009)
- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Senatörü (2000-2006)
- Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetim Kurulu Üyesi (1997-2000)
- Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma Merkezi Müdürü (1996-1999)
- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu Üyesi (1995-1996)

### **Üyelikleri:**

- Türk Ceza Hukuku Derneği (İstanbul)
- Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (Paris)
- Humboldt Bursiyerleri Derneği (İstanbul)
- İstanbul Barosu (İstanbul)

### **DanıŐmanlıkları:**

- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
- Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Güncel Hukuk Dergisi

- Kazancı Hukuk Dergisi
- Ankara Barosu Dergisi
- Eskişehir Barosu Dergisi
- Adalet Akademisi Dergisi
- Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi

### **Düzenlediği Sempozyumlar:**

- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Akademisyenler Sempozyumu: Kadının Şiddete Karşı Ceza Hukukunda Korunması, 5 Ekim 2012 İstanbul. (Yayınlanmıştır-XII Levha Yayınevi)
- Üniversitelerarası IV. Genç Ceza Hukukçuları Kongresi (Centel/Hakeri/Ünver/ Özbek/Yokuş-Sevük/Kanbur/Erman/Güngör), Nisan 2011, Selçuk Üniversitesi/Konya.
- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki ve Etik Boyutuyla Ötanazi Sempozyumu, 8 Kasım 2010 İstanbul. (Yayınlanmıştır-XII Levha Yayınevi)
- Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma Merkezi CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70.Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 9 Nisan 1999 İstanbul. (Yayınlanmıştır-Beta Yayınevi)

### **YAYINLARI:**

#### **Kitaplar:**

- Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001.
- Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2.Bası, İstanbul 2002.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.

#### **Ortak Kitaplar:**

- Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul 2013. *(H.Zafer ile birlikte)*
- Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, 4.Bası, İstanbul 2013. *(H.Zafer ile birlikte)*
- Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 3.Bası, İstanbul 2012. *(H.Zafer ile birlikte)*
- Ceza Hukuku Uygulamaları, 3.Bası, İstanbul 2012. *(H.Zafer/Ö.Çakmut ile birlikte)*
- Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2.Bası, İstanbul 2011. *(H.Zafer/Ö.Çakmut ile birlikte)*
- Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7.Bası, İstanbul 2011. *(H.Zafer/Ö.Çakmut ile birlikte)*
- Ceza Muhakemesi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2005. *(H.Zafer ile birlikte)*
- Ceza ve Ceza Usul Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul 1998. *(S.Dönmez ve F.Yenişey ile birlikte)*

#### **Editörlük:**

- Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul 2011. *(Editör)*
- Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi-1, İstanbul 2013. *(Editör)*

#### **Mevzuat Derlemeleri:**

- Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 4.Bası, İstanbul 1999.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İstanbul 1998.
- Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1998.

- Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, 5.Bası, İstanbul 1991.
- Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1985.

#### **Ortak Mevzuat Derlemeleri:**

- Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu 12.Bası, İstanbul 2013. (*H. Zafer ve Ö. Çakmut ile birlikte*)
- Gereğçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ..ve İlgili Mevzuat, 5.Bası, İstanbul 2005. (*H. Zafer ve Ö. Çakmut ile birlikte*)
- Türk Ceza Kanunu, 2.Bası, İstanbul 2003. (*H. Zafer ve Ö. Çakmut ile birlikte*)
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 2.Bası, İstanbul 2002. (*H. Zafer ile birlikte*)

#### **Makaleler:**

##### **Ulusal Dergi ve Armağan Kitaplarında:**

- Özel Görevli Mahkemeler, Prof.Dr.Nevzat Toroslu Armağanı, Ankara 2013.
- Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof.Dr.Berin Ergin Armağanı, İstanbul 2013.
- Tutuklama Uygulamasında Sorunlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr.Fusun Sokullu-Akıncı Armağanı (LXXI), İstanbul 2013, 193-206.
- Yargı Reformu Üzerine Düşünceler, Yeni Türkiye 52 (Mayıs-Haziran 2013), 207-218.
- Avrupa Birliği Ülkelerinde Yargı Bağımsızlığı, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı, Ankara 2012, 35-57.
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi XXIV, 99 (Mart Nisan 2012), 269-290.
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Şantaj Suçu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Duygun Yarsuvat Armağanı (IX/2), İstanbul 2012, 101-122.
- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Köksal Bayraktar Armağanı, İstanbul 2011, 161-192.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17, 1-2 (2011), 49-93.
- Tutuklunun Hakları, Güncel Hukuk Dergisi, Haziran 2011.
- Adil Yargılanma İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi XVI, 1-2 (2010), 3-14.
- İhmali Davranışla Kasten Öldürme ve Yaralama Suçları, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich III (Ed.E.Hilgendorf/Y. Ünver) İstanbul 2010, 75-92.
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu, Prof.Dr.Fırat Öztan Armağanı, Ankara 2010, 2575-2597.
- Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts, Ankara 2008, 181-208.
- Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer'in Marmara Yılları, Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer Armağanı I, Ankara 2008, 65-84.
- Denetimli Serbestlik, Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer Armağanı I, Ankara 2008, 531-554.
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yargı Görevi Yaparı Etkileme Suçu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, 135-154.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdahillik ve Suçtan Zarar Gören Kavramı, Güncel Hukuk Dergisi, İstanbul 2008.

- Yeni Türk Ceza Yasasının Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım, Prof.Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağanı, İstanbul 2007, 791-818.
- Prof.Dr.Aydın Aybay'ın Cumhuriyet Yazıları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Aydın Aybay Armağanı, İstanbul 2007, 23-45.
- Silahların Eşitliği ile Adil Yargılanma Bağlamında Savcılık ve Savunma, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006, 186-218.
- Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında Tutuklama Adli Kontrol Yakalama ve Haksızlıkların Giderilmesi, Doç.Dr.Mehmet Somer Armağanı, İstanbul 2006, 841-877.
- Denetimli Serbestlik ve İşverenin İstihdam Yükümlülüğü”, Sicil İş Hukuku Dergisi I, 3 (Eylül 2006), 177-195.
- Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'na Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/1, 129-146.
- Türkiye Bu Yasayı Hak Etmiyor, Nokta Dergisi, 20.03.2005, 21-25.
- Türkiye'nin Önceliği Yeni Yasalar mı, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2005.
- Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kadın, Polis Dergisi 2005/Temmuz, 64-72.
- Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kadın, İstanbul Barosu Yayını 2005.
- Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Bağımsızlığı, Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 199-210.
- Çağdaş Ceza İnfaz Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Cezalar ve Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof.Dr.Aydın Aybay Armağanı, İstanbul 2004, 31-51.
- Uyum Yasaları ve Olası Sonuçları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr.Ayferi Göze Armağanı, İstanbul 2004, 81-98.
- Mala Karşı Suçlarda Artışın Nedenleri, Prof.Dr.Ergun Önen Armağanı, İstanbul 2003, 563-576.
- Ceza Hukuku Normları Işığında Çek Hukukundaki Değişiklik Önerilerinin Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, 7-16.
- Müdafî İle Savunulma Hakkı ve Adalet Bakanlığının Genelgesi, İstanbul Barosu Dergisi 2002/2, 315-332.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Mahmut Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, 495-520.
- Uyuşturucu Madde Kullanma ve Bulundurma Suçu, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2000, 147-192.
- Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof.Dr.Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, 337-372.
- İnsan Hakları ve Adli Tıp Bilimleri, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2000, 1-19.
- Mağdurun Korunmasında Yeni Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 113-125.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hakimin Tarafsızlığı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1997, 45-57.
- Dürüst Yargılama ve Medya Kültürü Bakımından Demokrasi Kültürü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Yılmaz Günel'a Armağan, Ankara 1995, 57-72.
- Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1994, 59-70.
- Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi VIII, 1994, 69-99.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi, Facultatis Decima Anniversaria Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yıl Armağanı, 1993, 75-93.

- Şartla Saliverme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi VII, 1992-1993, 41-71.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LI (1986), 197-220.
- Gençlik Yılında Ceza ve Islah Politikası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi III (1986), 25-30.
- Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Dergisi, 1980.

#### **Uluslararası Dergi ve Kitaplarda:**

- Notwehr im türkischen Strafrecht, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht, Das Schuldprinzip des türkischen StGB im Spiegel des deutschen Strafrechts (Ed.G.Duttge/Y. Ünver), Band 2, Ankara 2013, 85-97.
- Die Straftat der vorsätzlichen Gefährdung der Verkehrssicherheit (Art.179 Abs.3 tStGB), Rechtsbrücke-Hukuk Köprüsü Dergisi (Özyeğin Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Merkezi), Sayı 2, İstanbul 2013, 141-153.
- Voraussetzungen der Untersuchungshaft im türkischen Recht, Turkey-Ukraine Comparative Criminal Law Symposium (Ed.Y. Ünver), İstanbul 2011, 259-274.
- Strafaussetzung zur Bewährung im türkischen Recht, Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich, Beiträge zur Rechtsvergleichung Band IV (Ed.E.Hilgendorf/Y. Ünver), İstanbul 2011, 233-249.
- Kritische Betrachtungen zum neuen türkischen Strafgesetzes und zur neuen türkischen Strafprozessordnung, Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht (Ed.S.Tellenbach), Berlin 2008, 41-66.
- Neue Bestimmungen über Untersuchungshaft und vorläufige Festnahme im türkischen Strafprozessrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1994, 227-234.

#### **Yayınlanan Tebliğler:**

- Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi-1, İstanbul 2013, 1-12.
- Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, 14-15 Ocak 2011 Yargıtay/ Ankara, İstanbul 2011, 121-151.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdahillik ve Suçtan Zarar Gören Kavramı, Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar (Yay.H.Durudoğan/F. Gökşen/ B.E.Oder /D.Yükseker), İstanbul 2010, 239-249.
- Türk Ceza Kanununda Sahte ve Taklit İlaç Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 7 Mayıs 2009, İstanbul 2010, 217-230.
- Yeni Türk Ceza Yasasında Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, 359-368.
- Die Auswirkungen des EU-Beitritts auf das türkische Straf- und Strafprozessrecht, İstanbul 2004.
- Askeri Yargıda Görevli Hakimlerin Hukuki Statüsü, Askeri Yargıtayın 90. Kuruluş Yıldönümü, Ankara 2004, 104-122.
- 2004 Tarihli Tasarı'da Hazırlık Soruşturması, Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı Toplantısı, 24 Kasım 2004, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul 2005, 39-47.
- Yargı Bağımsızlığı, Aralık 2002, Yargıtay ve Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2003.

- Adil Yargılanma ve Askeri Yargı, Askeri Yargıtay'ın 89.Kuruluş Yıldönümü, Ankara 2003, 27-52.
- Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003.
- Türk Hukukunda Cezanın Tayini, Ekim 1999 Sempozyum Yayını, İstanbul 2001.
- Mukayeseli Hukukta Tutuklamanın Fonksiyonunu Yerine Getirmeye İmkan Veren Yeni Kurumlar ve Türk Hukuku, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12-16 Ocak 2000, Ceza ve Ceza Muhakemeleri Hukuku II, Ankara 2000, 285-306.
- Koruma Tedbirlerinde 2567 Sayılı Yasa ile Getirilen Değişiklikler, İzmir Barosu Hukuk Reformu Sempozyumu, 5-8 Nisan 2000, İzmir 2000, 608-628.
- 70.Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, CMUK Sempozyumu 8 Nisan 1999, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma Merkezi, İstanbul 1999, 3-7.
- Çocuk Mahkemeleri Yasa Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu 26-28 Ekim 1992, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Facultatis Decima Anniversaria. 1993, 325-335.
- Karşılıksız Faydalanma ve Karşılıksız Hizmet Sağlama, İstanbul Ticaret Odası Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, İstanbul 1987, 103-116.

**Karar İncelemesi:**

- Haksız Tahrik, Yasa Hukuk Dergisi, 1982.
- Yabancı Ülkede Suç İşleyen Türk'ün Türkiye'de Tekrar Yargılanması, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi I, 1980, 339-346.

**Kitap Tanıtma:**

- Strafrechtsentwicklung in Europa-Avrupa'da Ceza Hukukunun Gelişimi (1988-1990), Max-Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü Yayını, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1990.

**Çeviriler:**

- H.Schöch, Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağdurunun Korunması, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 1999, 3-14.
- A.Eser, Yasal Hakim ve Münferit Olayda Tespiti, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi IX, 1995, 49-71.
- A.Eser, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu, Yargıtay Dergisi, 1990/3, 313-338.
- XIV. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kararları Ceza Hukuku ve İdari Ceza Hukukunun Ayırıldılmesinde Pratik Sorunları, Argumentum 1990.
- Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kararları, Mahkemelerin Temel Kuruluşu ile Ceza Muhakemesi Arasındaki İlişkiler, Argumentum 1990.
- B.Huber, Savcılık, Konumu, İşlev, Denetleme, Facultatis Decima Anniversaria Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yıl Armağanı, 1993, 353-381.

**Yönetilen Tezler:****Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü****Doktora Tezleri:**

- Süleyman Kaymakçı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, 2013.
- Ali Pehlivan, Kabahatler Hukukunun Genel Esasları, 2012.



- Sevi Bakım, Haberleşme Özgürlüğüne Karşı Suçlar, 2012.
- Gülfem Pamuk, Türk ve Fransız Hukuk Sistemlerinde Mağdurun Yeri, 2012 (yayınlanmıştır).
- Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney Suçu, 2011.
- Güray Dağ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2011.
- Enver Kumbasar, Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi, 2011 (yayınlanmıştır).
- Ümmügülsüm Kılıç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi, 2010.
- Özgün Öztunç, Hukuka Aykırı Deliller, 2010.
- Fatma Karakaş, Cezanın Amacı ve İnfazı, 2009 (yayınlanmıştır).

**Türk Ceza Hukuku Derneği Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer 2010 Yılı Hukuk Ödülünü kazanmıştır.**

- Bülent Tatar, Türk Hukukunda Hakaret Suçları, 2009.
- Mert Gümüştay, Adli ve İdari İletişimin Denetlenmesi, 2009.
- Bayram Turgut, Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, 2009. (yayınlanmıştır)
- Şule Şahin Ceylan, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2008.
- Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Kast Kavramı, 2008. (yayınlanmıştır)
- Yalçın Şahinkaya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi, 2007. (yayınlanmıştır)
- Asuman İnceoğlu, Bankacılık Kanununda Yer Alan Suçlar, 2006.
- Gökhan Yaşar Duran, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 2004. (yayınlanmıştır)
- Özlem Yenerer, Ceza Hukukunda Mağdurun Rızası, 2001. (yayınlanmıştır)

**Yüksek Lisans Tezleri:**

- Sera Reyhani, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, 2009.
- Onur İste, Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasından Doğan Zararların Tazmini, 2009.
- Nazif Karataş, Görevi Suistimal Suçu, 2008.
- Sevi Bakım, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İşkence Suçu, 2007. (yayınlanmıştır)
- **Türk Ceza Hukuku Derneği 2008 Yılı Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer Hukuk Ödülünü kazanmıştır.**
- Arzu Aslandemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, 2007.
- Ahmet Altınay, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, 2007.
- Enver Kumbasar, Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi, 2006.
- Fatih Kabasakal, Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışma Usulleri, 2006.
- Burak Çekiç, İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar, 2006.
- Muhammet Tokgöz, 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçakçılığı Suçları, 2005.
- Mert Gümüştay, Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku, 2004.
- Hasan Mutlu Altun, Geri Verme Hukuku, 2001.
- Naim Karakaya, Ceza Hukukunda Müsadere, 2001.
- Emine Talay, Ceza Hukukunda Ceza Zamaşımı, 2001.
- Zeki Vatan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, 2001. (yayınlanmıştır)
- Hakan Özdebak, Uyuşturucu Madde Suçları, 2001.
- Süleyman Kaymakçı, Askeri Ceza Muhakemesi Hukukunda Hazırlık Soruşturması, 2001.

- Kemal Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Askeri Yargıda Tutuklama, 2001.
- Hüseyin Karataş, Sanığın Sorgusu ve Hukuka Aykırı Deliller, 2000.
- Meltem Nizamoglu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Nedenleri, 2000.
- Asuman İnceoğlu, Suçsuzluk Karinesi, 2000.
- Remzi Deveci, Olağanüstü Kanun Yolları, 1999.
- Ragheib Fayed, Ürdün ve Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, 1999.
- Nalan Gonca Çelik, Tutuklama Nedenleri, 1996.
- Özlem Yenerer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, 1995.
- İsa Döner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, 1994.
- Ercan Karadağ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, 1994.

**Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Yüksek Lisans Tezi:**

- Olcay Bağcı, Çocuk Suçluluğu, 2003.

## ÖNSÖZ

Kıymetli meslektaşım ve değerli hukukçu Prof. Dr. Nur CENTEL'e olan sevgi ve saygımızın bir göstergesi olarak "Armağan" yayımlamanın mutluluğunu yaşamaktayız.

Ağustos 1983'den itibaren Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne araştırma görevlisi, yardımcı doçent, doçent ve profesör olarak büyük hizmetleri olan Prof. Dr. CENTEL, ceza hukuku alanında birçok kitap ve makalesi bulunan üretken bir bilim insanıdır.

Prof. Dr. CENTEL, çalışmalarında detaycı bir yaklaşım sergilemekte, çalışmalarını adeta dantel gibi işlemektedir.

Değerli meslektaşımın diğer bir özelliği yardımsever ve kuralcı oluşudur. Kendisi akademik hiyerarşiye ve etik kurallarına son derece özen gösteren bir akademisyendir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine büyük katkıları olan ve kendi isteği ile emekli olarak Fakültemizden ayrılan Prof. Dr. CENTEL'in anısına yayımlanan bu armağanın hukuk camiası için faydalı olmasını diliyor, Hocamızı bu vesile ile sevgi ve saygıyla anıyoruz.

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Dekan



## TEŞEKKÜR

Birçok ceza hukukçusunu bir araya getiren böyle bir ARMAĞAN kitabının hazırlanma sebebi olduğu için Sevgili Hocam Prof. Dr. Nur CENTEL'e öncelikle teşekkür ediyorum.

“Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi” “HAKEMLİ” bir dergidir. Armağanımız, bu derginin özel bir sayısı olarak hazırlanmıştır. Özel bir sayı olması nedeniyle hakemsiz yazılara da Armağanımızda yer verilmiştir. Bu sayıda sadece talep edilen yazılar “HAKEM” değerlendirmesinden geçirilmiştir. Hakem değerlendirmesine tabi tutulmuş olan yazıların ilk sayfasının sağ üst köşesinde “HAKEMLİ” ibaresi yer almaktadır.

Katkılarıyla Armağanımızı zenginleştiren tüm yazarlara, hakem değerlendirmeleriyle katkıda bulunan tüm meslektaşlarıma ve tashihlerde yardımcı olan Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Aysun Altunkaş'a ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Dr. Gülfem Pamuk'a çok teşekkürler.

Nur Centel Hoca bütün akademik yaşantısı boyunca tezlerinin baskısı hariç diğer bütün kitaplarının basımında Beta Yayıneviyle çalıştı ve hala da çalışmaya devam etmekte. Armağan fikri belirlediğinde, aklıma ilk gelen soru kitabın baskısını nerede ve nasıl yapacağız oldu. Bunun için en doğru adres Beta Yayınevi diye düşündüm. “Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan” kitabından bahseder bahsetmez ben daha sözümü bitirmeden, Beta Yayıncılık Yönetim Kurulu Başkanı sayın Seyhan Satar, bu Armağan'ı basmaktan onur duyacağını belirtti ve kitabın basımını üstlendi. Sayın Seyhan Satar'a Armağan'ımızın hazırlanmasında da yanımızda olduğu için sonsuz teşekkürler. Ayrıca kitaplarımızı yıllarca büyük bir özenle baskıya hazırlayan sevgili Gülgonca Çarpık'a ve tüm Beta çalışanlarına bu özel bası için içten sevgi ve teşekkürlerimi iletiyorum.

İstanbul, 1 Ağustos 2013

Yayına Hazırlayan  
**Prof. Dr. Hamide ZAFER**



## İÇİNDEKİLER

### HATIRA YAZILARI

**BİR DOST OLARAK PROF. DR. NUR CENTEL** .....XXXV  
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL

**HER GEÇEN GÜN AKADEMİK DURUŞUNA,  
HOŞGÖRÜSÜNE VE SABRINA BİRAZ DAHA  
HAYRAN OLDUĞUM SEVGİLİ HOCAM'A !**.....XXXIX  
Prof. Dr. Hamide ZAFER

**NUR HOCAM'A** .....XLIII  
Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT

**HER NEREDE İSELER HEP VAR OLANLAR** ..... XLV  
Av. Hayrunnisa ODABAŞI

### BİLİMSEL YAZILAR

**İSTİSMAR MAĞDURU ÇOCUKLARIN SUÇ SONRASI SORUNLARI  
VE HUKUKSAL KORUNMALARI** ..... 3  
*(Child Victims of Abuse, Their Post-Offense Problems and Their  
Protection by the Law)*  
Füsun SOKULLU-AKINCI

**OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI VE ZAMANAŞIMI**..... 17  
*(Objective Condition of Criminality and Limitation)*  
Mehmet Emin ARTUK/Mehmet Emin ALŞAHİN

**AVUKATLIK KANUNUNDAKİ, DİSİPLİN KOVUŞTURMASININ  
BİR YIL İÇİNDE AÇILMASI ZORUNLULUĞU (MADDE 141/II)** ..... 45  
*(The Question of the Procedural Binding Force of the Provision  
Specifying That the Pre-investigation Must be Completed in One Year)*  
*(Law on the Attorneys-at-Law Art.141/II)*  
Rona AYBAY

<b>KASTEN ADAM ÖLDÜRME</b> .....	57
<i>(Voluntary Manslaughter)</i>	
Köksal BAYRAKTAR	
<b>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI VE KAPSAMI</b> .....	79
<i>(Scope and Content of the Act on Health and Safety at Work)</i>	
Tankut CENTEL	
<b>AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2012 İLERLEME RAPORU</b> .....	85
<i>(European Commission, Turkey 2012 Progress Report)</i>	
Abdullah DİNÇKOL	
<b>YURTTAŞLIK VE SEÇİLME HAKKI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME</b> ...	101
<i>(A Consideration of Citizenship and The Right to Stand for Election)</i>	
Bihterin VURAL DİNÇKOL	
<b>ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇLARI (TCK. m. 91-93)</b> .....	111
<i>(Trading of Organs and Tissues Offenses)</i>	
Ahmet GÖKCEN/Murat BALCI	
<b>EĞİTİMDE ANADİLİN YERİ: ULUSLARARASI BELGELER VE YENİ ANAYASA</b> .....	151
<i>(Position of the Mother Tongue in Education: International Instruments and New Constitution)</i>	
Sibel İNCEOĞLU	
<b>TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÇOCUK DÜŞÜRTME, DÜŞÜRME VE KISIRLAŞTIRMA SUÇLARI</b> .....	165
<i>(Offences of Abortion, Miscarriage and Sterilization in Turkish Criminal Law)</i>	
Serap KESKİN KIZIROĞLU	
<b>CEZA YARGILAMASINDA KATILANIN, AYNI ZAMANDA CMK 45. MADDEDE ÖNGÖRÜLEN KİŞİLERDEN BİRİ OLMASI HALİNDE, TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKINI KULLANIP KULLANAMAYACAĞI SORUNU</b> .....	191
<i>(The question of whether a party of criminal trial can use their right of refusal to testify in case that the person also one of those specified under the 45th article of Turkish Criminal Procedure Code)</i>	
Fatih Selami MAHMUTOĞLU	
<b>SÜNNET VE CEZA HUKUKU</b> .....	211
<i>(Circumcision and Criminal Law)</i>	
Ayşe NUHOĞLU	



**KARAR İNCELEMESİ**

- HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA İTİRAZ ÜZERİNE YAPILACAK DENETİM** ..... 221  
*(Judgement Examination: Supervision of Postponement of Adjudication Enforced by Objection)*  
 Veli Özer ÖZBEK/Serkan MERAKLI

- KÜLTÜR VARLIKLARININ İADESİNDE DOĞRUDAN UYGULANMA KABİLİYETİ OLAN ULUSLARARASI SÖZLEŞME: ÇALINAN YA DA YASADIŞI OLARAK İHRAÇ EDİLEN KÜLTÜREL OBJELERLE İLGİLİ 1995 UNIDROIT KONVANSİYONU** ..... 237  
*(The Self-Executive International Convention on the Recovery of Cultural Objects: Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects of 1995)*  
 Sibel ÖZEL

- İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNUNUN İHTİYATİ TEDBİRLER KONUSUNDAKİ DÜZENLEMESİNE GENEL BİR BAKIŞ** ..... 259  
*(A General Overview to the Regulation of Provisional Injunctions in Swiss Civil Procedure Code)*  
 Selçuk ÖZTEK

- VERGİ USUL KANUNU MADDE 10: OLGU VE DİL** ..... 271  
*(Article 10 of the Tax Procedure Code: The fact and legal language)*  
 Nihal SABAN

- HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA İTİRAZDA İNCELEMENİN KAPSAMI**..... 283  
*(Scope of Review on Appeal Against the Decision Postponing the Pronouncement of the Judgment)*  
 Cumhur ŞAHİN

- Doğru terim “MUHAKEME” değil, “YARGILAMA”dır**..... 295  
*(The Right Term is not “trial” but “judging”)*  
 Sami SELÇUK

- TEMYİZ DENETİMİNİN SINIRLARI VE BU SINIRLARA UYMAMANIN KAÇINILAMAZ SANCILI SONUÇLARI/ AÇMAZLARI/TEHLİKELERİ** ..... 319  
*(The Limits of Appellate Control and Inevitable, Excruciating Results/Dilemmas/Dangers of not Following These Limitations)*  
 Sami SELÇUK

<b>GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA SUÇU (TCK m.183)</b> .....	363
<i>(Crime of Causing Noise in Turkish Criminal Code)</i>	
Handan YOKUŞ SEVÜK	
<b>KLİNİK ARAŞTIRMALAR HAKKINDA YÖNETMELİK ÇERÇEVESİNDE ETİK KURULLAR</b> .....	381
<i>(Ethics Committees Within The Scope of the Regulation of Clinical Research )</i>	
Pervin SOMER/E. Elif VATANOĞLU	
<b>YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI (E.2008/1-286, K. 2009/147, T. 02.06.2009)</b> .....	397
Doğan SOYASLAN	
<b>İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER</b> .....	403
<i>(Changes Affected in the Crime “Bid rigging)</i>	
Doğan SOYASLAN	
<b>TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKUNDA AVRUPA HUKUKUNA UYUM ÇALIŞMALARI BAĞLAMINDA ÜÇÜNCÜ YARGI PAKETİNİN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ</b> .....	407
<i>(Examining the Third Judicial Package within the context of harmonization studies of Turkish Criminal Law with European Union Law)</i>	
Yener ÜNVER	
<b>İBADETHANE BAĞIŞLARININ VERGİ MATRAHINDAN İNDİRİMİ: VERGİDE EŞİTSİZLİK ÖRNEĞİ</b> .....	429
<i>(The tax deduction of charitable religious gifts: An example of inequality)</i>	
Billur YALTI	
<b>CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİNİN İRADELERİNİN CEZA MUHAKEMESİNİN YÜRÜYÜŞÜNE ETKİSİ SORUNU</b> .....	453
<i>(Consensual Criminal Procedures and Their Influence on Criminal Prosecutions)</i>	
Feridun YENİSEY	
<b>TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA TİCARİ İŞLETME DEVİRİ KARİNESİ</b> .....	471
<i>(The presumption for the transaction of companies in actio pauliana)</i>	
M. Kamil YILDIRIM	

<b>ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURULARI</b>	
<b>ESAS BAKIMINDAN İNCELEMESİ</b> .....	483
<i>(The Review of the Constitutional Court by the Constitutional Complaints)</i>	
Nevhis DEREN-YILDIRIM	
<b>KANUNLA BELDE VE İLÇE SINIRLARININ DEĞİŞTİRİLMESİ-ŞİŞLİ ÖRNEĞİ</b> .....	489
<i>(The Change of Municipality Borders by Code – Şişli)</i>	
Turan YILDIRIM	
<b>SAVUNMA HAKKI VE SINIRLARI</b> .....	507
<i>(Right of defense and its limits)</i>	
Hamide ZAFER	
<b>CEZA MEVZUATINDA ÇOCUK VE ÇOCUKLARIN YAKALANMASI, GÖZALTINA ALINMASI</b> .....	541
<i>(Child in Criminal Legislation Andchildren’s Apprehension, Detention)</i>	
Berrin AKBULUT	
<b>KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU (TCK m.109)</b> .....	587
<i>(Deprivation of Liberty Offense the Turkish Penal Code)</i>	
<i>(Turkish PC Art.109)</i>	
Özlem YENERER ÇAKMUT	
<b>ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI KURALI</b> .....	603
<i>(Prohibition on Reformatio in Peius)</i>	
Ali Rıza ÇINAR	
<b>SUÇ İŞLEMEK AMACIYLA ÖRGÜTLENME SUÇU</b> .....	667
<i>(Forming Organized Group With the Intention of Committing Crime)</i>	
Vesile SONAY EVİK	
<b>KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKÂN SAĞLAMA SUÇU</b> .....	699
<i>(Offense of Providing Location and Facility For Gambling)</i>	
Hakan KARAKEHYA	
<b>SANIĞIN İDDİA TANIKLARININ BEYANLARININ DOĞRULUĞUNU TEST ETME HAKKI</b> .....	715
<i>(Right of the Accused to Examine the Accuracy of the Statements of Prosecution Witnesses)</i>	
Hakan KARAKEHYA	

<b>BASIN YOLUYLA HAKARET KAVRAMI VE MADDE YÖNÜNDE YETKİ SORUNU</b> .....	735
<i>(Concept of Defamation Trough the Medium of the Press and the Problem of Material Jurisdiction)</i>	
Tuğrul KATOĞLU	
<b>DEVLET SIRRI, KİMİN SIRRI?</b> .....	749
<i>(State Secret, Whose secret?)</i>	
Rukiye AKKAYA KİA	
<b>HIRSIZLIK SUÇUNUN MALVARLIĞINA KARŞI İŞLENEN BAZI BENZER SUÇLARDAN AYRIMI</b> .....	757
<i>(Child in Criminal Legistation Andchildren's Apprehension, Detention)</i>	
R. Yılmaz YAZICIOĞLU	
<b>SUÇ İŞLEMEK AMACIYLA ÖRGÜT KURMA SUÇU</b> .....	797
<i>(The Crime of Establishing an Organization for the Purpose of Committing Crimes)</i>	
A. Caner YENİDÜNYA/Zafer İÇER	
<b>KİŞİLERİN HAYATINI VE SAĞLIĞINI TEHLİKEYE SOKACAK BİÇİMDE İLAÇ YAPMA VEYA SATMA SUÇU (TCK m. 187)</b> .....	829
<i>(Crime of Production or Sale of Medicine That Risk The Life and Health of People) (Art. 187)</i>	
Aysun ALTUNKAŞ	
<b>CEZA HUKUKU VE ENSEST FİİLLER ARASINDAKİ İLİŞKİYE GENEL BİR BAKIŞ</b> .....	871
<i>(An Overview to the Relationship Between Incest and Criminal Law)</i>	
Asiye SELCEN ATAÇ	
<b>TÜRK CEZA KANUNU'NDA HAKARET SUÇU</b> .....	879
<i>(The Crime of Defamation in Turkish Criminal Code)</i>	
Devrim AYDIN	
<b>CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ</b> .....	919
<i>(Retrial in Criminal Produre Law)</i>	
Sevi BAKIM	
<b>CUMHURİYET SAVCISI'NIN DELİLLERİ VE FİİLİ TAKDİR YETKİSİ</b> .....	953
<i>(The Prosecutor's Authority in Terms of the Evaluation of Evidences and Criminal Act)</i>	
Fatih BİRTEK	

- UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE LLEWELLYN’İN GÖZÜNDEN BAKMAK:  
HUKUK UĞRAŞLARI KURAMI..... 991**  
*(Looking at Disputi Resolution with the Eye of Llewellyn:  
Law Jobs Theory)*  
Şule ŞAHİN CEYLAN
- ULUSLARARASI DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA MAĞDUR  
HAKLARININ VE SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA  
KANUN TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ ..... 1007**  
*(Evaluation of the Rigts of Victims and the Bill on Helping Crime  
Victims in the Light of International Documents)*  
Fatma KARAKAŞ DOĞAN
- ASKERİ CEZA KANUNUNDA KENDİNİ ASKERLİĞE  
YARAMAYACAK HALE GETİRMEK SUÇU (AsCK m.79)..... 1031**  
*(The Crime of Making Yourself Useless For Military Service in  
the Military Criminal Law) (Military Criminal Code: 79<sup>th</sup> article)*  
Gökhan Yaşar DURAN
- BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI ..... 1065**  
*(Abuse of Bank or Credit Cards)*  
Güneş OKUYUCU-ERGÜN
- HİLELİ İFLAS SUÇUNDA, “SUÇUN İŞLENDİĞİ TARİHİN  
TESPİTİNE” İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARININ  
DEĞERLENDİRİLMESİ..... 1087**  
*(Analyze of a Turkish Supreme Court’s Decision on Determination  
of the Time of Commission of the Offence “Fraudulent Bankrupt”)*  
Ali Hakan EVİK
- ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU TOPLANTILARININ  
ŞEKLİ VE ELEKTRONİK TOPLANTI SİSTEMİ ..... 1101**  
*(The Form of Board Meetings of Joint-Stock Companies and  
Electronic Meeting System)*  
Bünyamin GÜRPINAR
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN KARARLARI İŞİĞİNDA  
GÜVENLİK TEDBİRLERİNİ DÜZENLEYEN NORMLARIN ZAMAN  
BAKIMINDAN UYGULANMASI ..... 1127**  
*(Temporal Application of Norms on Security Measures in the  
Light of Decisions of the European Court of Human Rights)*  
Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU

<b>VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ANAYASAYA UYGUNLUĞU</b> .....	1157
<i>(The Legal Character of the Process of Taking Body Samples and Its Convenient to the Constitution)</i>	
Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU	
<b>6352 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE TÜRK CEZA HUKUKUNDA İRTİKÂP SUÇU (TCK m.250)</b> .....	1177
<i>(Crime of Extortion in the Framework of the Amendments of the Act Number 6352) (Turkish Penal Code Art. 250)</i>	
Mehmet Nihat KANBUR	
<b>TÜRK HUKUKU'NDA VE KKTC HUKUKU'NDA KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİ</b> .....	1209
<i>(Child Adoption (Comprehension with Turkish Law and TRNC Law))</i>	
Şölen KÜLAHÇI	
<b>AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDE SİBER SUÇLARLA MÜCADELEDE ÜLUSLARARASI İŞBİRLİĞİ</b> .....	1229
<i>(International Co-operation in the Fight against Cybercrimes in the Light of the Council of Europe Convention on Cybercrime)</i>	
Murat ÖNOK	
<b>TÜRK HUKUKUNDA NEFRET SUÇLARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME ÇALIŞMALARI</b> .....	1271
<i>(Legislative Efforts Regarding to the Hate Crimes in Turkish Law in the Light of the Hate Crimes Legislations in Comparative Law)</i>	
Hasan SINAR	
<b>YAŞAMA HAKKI KAPSAMINDA YAŞAMIN BAŞLANGICI</b> .....	1301
<i>(Beginning of Life Within the Context of Right to Life)</i>	
Hamide TACİR	
<b>HUKUKUN KÜLTÜRLE İMTİHANI</b> .....	1321
<i>(Law's Ordeal with Culture)</i>	
F. Ceren AKÇABAY	
<b>AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (m.6/3-c) KAPSAMINDA MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI</b> .....	1339
<i>(Right to Counsel Under European Convention on Human Rights) (Art. 6/3-c)</i>	
İsa BAŞBÜYÜK	

<b>GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK m.257).....</b>	<b>1373</b>
<i>(Official Misconduct)</i>	
Pınar MEMİŞ KARTAL	
<b>CEZA MUHAKEMESİNDE ALEYHTE DEĞİŞTİRME YASAĞI .....</b>	<b>1397</b>
<i>(Prohibition of Reformatio in Peius)</i>	
Seydi KAYMAZ	
<b>FRANSIZ VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL TACİZ SUÇU</b>	
<b>(Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme) .....</b>	<b>1453</b>
<i>(A study of sexual harassment crime in French and Turkish Penal Codes according to principle of legality)</i>	
Gülfem PAMUK	
<b>ANAYASA'NIN 83. MADDESİ KARŞISINDA MİLLETVEKİLİ</b>	
<b>SIFATININ DAVA VE CEZA ZAMANAŞIMININ</b>	
<b>DURMASINA ETKİSİ .....</b>	<b>1477</b>
<i>(Influence of the parliament deputy statute on suspension and interruption of statute of limitations related public action and punishment against the 83<sup>rd</sup> article of Turkish Constitution)</i>	
Fahri Gökçen TANER	
<b>SORUŞTURMA EVRESİNDE MÜDAFİ VE VEKİLİN EVRAK</b>	
<b>İNCELEME YETKİSİ .....</b>	<b>1491</b>
<i>(Power of Defender and Attorney to Examine Documents During the Investigation Phase)</i>	
Ali PEHLİVAN	
<b>5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA BAŞKASINA</b>	
<b>AİT KİMLİK VEYA KİMLİK BİLGİLERİNİN KULLANILMASI</b>	
<b>SUÇU.....</b>	<b>1541</b>
<i>(The Crime of Using Other's Identity Card or Id Information, Regulated in Turkish Penal Code Number 5237)</i>	
Kerim ÇAKIR	
<b>İDARİ YARGI'DA HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN</b>	
<b>DENETLENMESİ .....</b>	<b>1567</b>
<i>(Review of the Judicial Discretion in Administrative Justice)</i>	
Hulusi Alphan DİNÇKOL	

- MİLLETLERARASI TAHKİMDE YENİ GELİŞMELER:  
TAHKİM YARGILAMASI SÜRECİ VE MASRAFLARININ  
AZALTILMASI** ..... 1595  
*(International Arbitration Recent Developments: Reducing the  
Duration of and the Costs in Arbitration Proceedings)*  
Begüm Hande ERTÜRK
- HAKKINDA TAHLİYE KARARI VERİLMİŞ OLAN KİŞİNİN İDARİ  
İŞLEMLER GEREKÇESİYLE TUTULMAYA DEVAM EDİLMESİNİN  
KİŞİ GÜVENLİĞİNİ İHLAL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU** ..... 1621  
*(Whether the Fact of Being Kept by the Police Despite an Eviction  
Decree Constitutes or Not A Violation Within Article 5 of ECHR)*  
Nil Melek GÜLTEKİN
- KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN TÜRK-ALMAN KARŞILAŞTIRMALI  
CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ**..... 1631  
*(Analysis of Wilful Homicide in Terms of Turkish and German  
Comparative Criminal Law)*  
Eser OLGUN
- 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE  
MÜDAFİNİN İLETİŞİMİNİN DENETLENMESİ** ..... 1667  
*(Monitoring of Communication of Defence Lawyer )*  
Cem ŞENOL
- ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU TOPLANTILARI** ..... 1693  
*(The Board of Directors Meetings on The Joint Stock Company)*  
Kübra ERCOŞKUN ŞENOL
- 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 5. MADDESİNE  
İLİŞKİN BİR İNCELEME**..... 1727  
*(A Review of Article 5 of the Turkish Criminal Code Law no. 5237)*  
Aras TÜRAY
- KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU (TCK m.163)** ..... 1749  
*(The Crime of Benefiting From A Service Wethout Compensation)*  
*(Turkish Penal Code, Article No 163)*  
Zahit YILMAZ/Özge APİŞ
- TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNİ, DEVLETİN  
KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU (TCK M. 301)**..... 1781  
*(Defamation of Turkish Society, State of Republic of Turkey,  
State's Institutions and its Bodies (TCC m. 301))*  
Murat CEYHAN



**İSTİSMAR MAĞDURU ÇOCUKLARIN SUÇ SONRASI  
SORUNLARI VE HUKUKSAL KORUNMALARI**  
*(Child Victims of Abuse, Their Post-Offense Problems and  
Their Protection by the Law)*

*Değerli meslektaşım,  
Sevgili arkadaşım  
Prof. Dr. Nur Centel'e  
En içten dileklerle ...*

**Füsun SOKULLU-AKINCI\***

**ÖZET**

Çocuklar ve özellikle küçük çocuklar, en fazla istismar mağduru olan mağdurlardır. Çocuk istismarı çeşitli şekillerde olabilir: Bedensel, cinsel, duygusal, kimyasal suiistimal veya beslenme açısından, tıbbi bakımdan ya da genel olarak ihmale uğrama. Bu çocukta hem bedensel hem de ruhsal pek çok olumsuz etki yapar.

Çocuk istismarı, çocukların babaya ait mallar olarak görüldüğü eski tarihlere kadar uzanır.

Şiddet görmüş ve istismara uğramış çocuklar için hukuk oldukça güçlü bazı kurallar içerdiği halde, buna ilişkin gerçek sayıları gösteren istatistikler maalesef bulunmamaktadır. Bunun için zaman zaman sağlık taramaları yapılmalı, kitle iletişim araçları farkındalık yaratacak yayınlar yapılmalı, anne babaları adsız anne babalar gibi destek grupları oluşturmaya yönlendirmelidir. Bunların yanında çocuk istismarı faillerinin merkezi sicilinin tutulması, ihbar zorunluluğu konuları da önem taşımaktadır.

**Anahtar sözcükler:** Çocuk istismarı mağdurları, Çocukların korunması.

---

\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (E.)

### Abstract

Children, especially young ones are more prone to be victims of abuse. This abuse can be in many forms such as corporal, sexual, emotional and chemical or it can be in many forms of neglect, such as neglect in feeding, affection or medical neglect. All these have many negative effects on children.

Child abuse dates back to Roman times when the child was considered within the property of the father.

Although there are quite enough legal provisions for the protection of such children, since we do not have sufficient statistics to show the real dimensions of child abuse. What to do is to create awareness in the public by the media, to form support groups such as anonymous parents, establish a central registry of child abuse offenders and enhance mandatory reporting.

**Keywords:** Victims of child abuse, Protection of children.

## I. GENEL OLARAK

Dünya Sağlık Örgütü, “Çocuğun sağlığını, fizik ve psikososyal gelişimini olumsuz yönden etkileyen... davranışları” çocuk istismarı olarak tanımlamaktadır<sup>1</sup>. Bu oldukça geniş bir tanım olup, çocukların tüm mağduriyetlerini içerir. Çocuklar ve özellikle küçük çocuklar, en fazla istismar mağduru olan mağdurlardır. Bunun en başta gelen nedeni çocukların anne ve babalarına olan bağımlılıklarıdır. Hazin olan da, bu çocukları mağdur edenlerin yabancı değil daha çok kendi anne babaları ya da diğer yakınları olmasıdır<sup>2</sup>. Araştırmalar, çocukların % 65.72<sup>3</sup> gibi yüksek bir oranda istismara uğradıklarını ortaya koymakla beraber, çocuk istismarının daha büyük bir bölümünün siyah sayı olarak, bilinmeyen suçluluk olarak kaldığı ifade edilmektedir<sup>4</sup>.

Çocuk istismarı çeşitli şekillerde olabilir: Bedensel, cinsel, duygusal, kimyasal suiistimal veya beslenme açısından, tıbbi bakımdan ya da genel olarak ihmale uğrama. Dilendirme, hırsızlık gibi suçları işletme, sokakta illegal mallar, belki de yalnızca mendil sattırma ve hatta fuhuşta kullanma gibi örnekler verebiliriz. Nitekim, karda, kışta, bazen de sıcakta bir çocuğun incecik giysilerle ya da güneş altında saatlerce mendil satması dahi onun sağlığının zarar görmesine yol açacaktır.

Bedensel istismarda çocukta çürükler, yanıklar, kırıklar görülür. Bu bazen boy kısalığı ve kilo azlığına yol açar. Cinsel istismar ebeveyn ya da kardeşler tarafından

<sup>1</sup> AKSOY-ÇETİN-İNANICI-POLAT-SÖZEN-YAVUZ, Çocuk İstismarı ve İhlali, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html>.

<sup>2</sup> LOPEZ-BORNSTEIN, Victimologie Clinique, Paris, 1995, s. 63.

<sup>3</sup> ARAL-GÜRSOY, Çocuk Hakları Çerçevesinde Çocuk İhmal ve İstismarı”, Milli Eğitim Dergisi, N. 151, Temmuz-Ağustos-Eylül, 2001, s. 2.

<sup>4</sup> MEŞE, Suç İstatistiklerinde Karanlık Alan ve Mağdurun Rolü”, Suç Mağdurları (ed. BAHAR). Ankara. 2006, s. 78.

gerçekleştirilir. Bu, cinsel ilişki, uygunsuz cinsel içerikli dokunma veya cinsel ilişki ya da pornografi seyrettirme şeklinde olabilir. Bu tür taciz olayları büyük oranda gizli kalır, çünkü çocuk korkar, tehdit altındadır, insanların kendisine inanmayacaklarını sanmaktadır<sup>5</sup>.

Çocuk mağdurlar genelde suçluluk ve utanma duyguları içindedirler<sup>6</sup>. Özellikle duygusal izler bedensel yaralardan daha geç iyileşir. Kendisini güvende hissetmeyen, istenmediği ve sevilmediği duygularını taşıyan bu tür çocuklarda sağlıklı bir kişilik gelişmesi olmadığı gibi, bunların okulda başarıları düşer. Çocuk istismarı gerçekleştiren ebeveyn ise genellikle kendisi de çocukluğunda istismara uğramış bir kişidir. Kendi evladına reva gördüğü muamele suçluluk ve yetersizlik duygularına yol açtığı gibi, aynı eylemlerin tekrarına da neden olur<sup>7</sup>. Cinsel istismara uğramış olan çocuklarda uzun dönem psikolojik etkiler görülür. Yıllar sonra dahi kâbuslar görürler, intihar, kendilerini yaralama ve yakma gibi kendilerine zarar verici eylemler yaparlar<sup>8</sup>.

Çocukların yaşayabileceği en hazin deneyimlerden biri ailesi tarafından mağdur edilmesidir. Bazı anne baba düzenli olarak çocuklarını döver; bazıları onları gıda ve hatta sevgilerinden yoksun bırakır; bazılarının ise çocuklarına cinsel istismar uyguladıkları bile olur<sup>9</sup>.

## II. ÇOCUK İSTİSMARININ TARİHÇESİ

Çocuk istismarı çok eskilere dayanmaktadır. Eski Roma'da babaların çocukları üzerinde *patriae potestas* yani babalık gücüne sahiptiler. Babalar çocuklarını satma hatta öldürme hakkına sahiptiler. Eski Yunanlılar, özellikle Ispartalılar sakat çocuklarını öldürüyor ya da terk ediyorlardı. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Çocuklar babalarının sahip olduğu mallarla aynı statüde idiler. Bunun hem ekonomik hem de duygusal nedenleri bulunmaktaydı. O dönemlerde insan ömrü kısıydı. Çocukların çoğu daha bir yaşını doldurmadan ölüyordu. Bu nedenle de, savunma mekanizmasının sonucu olarak çocuklarla duygusal bağlantı kurulmama çalışılıyordu. Öte yandan, kaynakları kıt olan aileler için çocuk, aile bütçesine katkıda bulunmamanın yanında bir de aileye yük oluyordu. Birkaç yıl yaşayabilen çocuklar ise adeta bir erişkin muamelesi görüyorlar, okula gitmiyorlar, çocukluklarını yaşayamıyorlardı: çalışmaları ve aile bütçesine katkıda bulunmaları bekleniyordu<sup>10</sup>. Batıda endüstri devriminde de bu devam etti. Çalışma yaşamındaki rekabet

<sup>5</sup> BARLOW, Introduction to Criminology, Boston-Toronto, 1987, s. 168.

<sup>6</sup> LOPEZ-BORNSTEIN, s. 71.

<sup>7</sup> GRABOSKY, s. 16.

<sup>8</sup> JAMA, Council in Scientific Affairs, American Medical Association, "Violence Against Women", Haziran 1982, c. 267, no. 23, s. 3187.

<sup>9</sup> DOERNER-LAB, s. 138.

<sup>10</sup> DOERNER-LAB, s. 139.

nedeniyle çocuklar uzun saatler boyu, kötü koşullarda çalıştılar. Ancak artık yavaş yavaş “çocukluk ve gençlik dönemi” kavramları ortaya çıkmaya başladı. Çocukların içinde bulunduğu durum dikkat çekmeğe başladı. Toplum çocukların ve gençlerin büyüklerden farklı muameleye tabi tutulması bilincine ulaştı. Çocuklara bedensel cezaların uygulanması konusu tartışılmaya başlandı. Doksanlı yıllara gelindiğinde hala bedensel cezaların yararlarını ve gerekliliğini savunanlar bulunmaktaydı.

Günümüzde çocuk istismarı çok daha az kabul görmekle birlikte tümüyle yok olmamıştır. Aile yaşamının gözlerden uzak olması ve anne-baba otoritesinin kutsallığı, pek çok olayın gizli kalmasına yol açmaktadır.

Yakın zamanlara kadar çocuk istismarını belirlemek kolay olmamıştır. Hekimler muayene ettikleri çocuklarda nedeni belli olmayan kemik hasarları vs. saptamakla birlikte bunlardan dolayı anne-babayı suçlamak akıllarına gelmemiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde, 1946 yılında pediatrik radyolog John Caffey<sup>11</sup>, yayınladığı çalışmasında bunu ilk kez açıklamıştır. Caffey 1957 yılında bu “belirlenememiş travma”ların sorumlusunun anne babalar olduğundan şüphe etmeğe başlamıştır. Ancak bu hasarların kasten mi yoksa istemeden mi yapıldığını saptayamamıştır. 60’li yıllara gelindiğinde ilk kez “belirlenememiş travma” terimi yerine, Kempe ve araştırma ekibi tarafından, “genelde anne, baba ya da evlat edinenler tarafından ciddi olarak fiziksel istismara uğramış çocukları tanımlamak için “dövülmüş çocuk sendromu” ibaresi kullanılmıştır<sup>12</sup>. Bunun için hekimlere yol gösterecek tanı ve fiziksel muayenede dikkat edilmesi gereken belirtiler özellikle vurgulanmaktadır: örneğin hastaneye başvurmada gecikme, çelişkili açıklamalar, kaza olduğunu iddia etmek ve bunu başkalarına yükleme çabası, çocuğun anne ve babayı suçlaması, anne babanın çocukluklarında istismar görmüş olmaları, çocuğun birden fazla hastaneye götürülmesi, cezalandırmayı gösteren ekimozların belirli bölgelerde bulunması, özellikle de radyolojik bulgular<sup>13</sup>, zira çocuk istismarını önce radyologlar belirlemiştir.

Çocuk istismarının ortaya çıkması acaba niçin bu kadar zaman almıştır? Hekimler muayene ettikleri çocuklardaki bu yara ve ekimozların gerçek nedenini niçin anlayamamışlardır?<sup>14</sup> Anlayamamışlardır, zira anne babanın evladına bu denli vahşet uygulayabileceklerini tahmin dahi edememişlerdir. Edebilenler ise hasta ve doktor arasındaki mahremiyet kuralı nedeniyle ifşa etmemişlerdir. Gerçekten de uzun yıllar bu konunun hekimin sır tutma yükümü içinde olduğu düşünülmüştür. Bugün dahi hekimler hala da fiziksel istismar olgularının niçin atlanmakta olduğunu sorgulamakta ve buna gerekçeler bulmaya çalışmaktadırlar: Örneğin bir anne

<sup>11</sup> Zik. DOERNER-LAB, s. 139.

<sup>12</sup> Zik DOERNER-LAB, s. 139.

<sup>13</sup> AKSOY-ÇETİN-İNANICI-POLAT-SÖZEN-YAVUZ, Çocuk İstismarı ve İhlali, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html>.

<sup>14</sup> DOERNER-LAB, s. 140.

babanın kendi çocuğuna zarar verebileceğini kabul etmezler, aile içi soruna karışmak istemeyebilirler, bu konuda eğitilmemişlerdir hatta kendilerine anlatılanlara inanmış olabilirler<sup>15</sup>.

Bu sorunun niçin önce radyologlarca saptandığına gelince, nedeni radyologların diğer hekimlerden dört farkı vardır: Radyologlar insanları değil filmleri incelerler. Hasta ile yakın ilişki içinde olmadıklarından daha objektiftirler. İkincisi, radyolojinin amacı yeni diagnostik kategoriler saptamaktır. Diğer doktorlar bir hastanın durumunu var olan kategorilerden biri içinde kabul ederek tedaviye girerler. Üçüncü olarak doktor hasta ilişkisi bu branşta fazla yakınlık doğurmaz. Hasta yalnızca röntgeni çekilen bir kişidir. Dördüncü olarak, Amerika'da çocuk radyolojisi 1950'lerde, hiçbir prestiji olmayan son derece marjinal bir ihtisas dalı idi. Radyologlar hastalarla görüşmez, insanlardan uzak laboratuvarlarda çalışırlardı ve yaşamsal kararlar almazlardı. Böyle bir fırsat tıp mesleğinde öne çıkmalarına neden olmuştur. Sonuçta bir çocuk hasta için yaşamsal karar alabilmişlerdir. Sonuçta "dövmüş çocuk sendromu" bir tıbbi teşhis kategorisi olarak kabul edilmiştir. Burada tedavi edilecek hem bir çocuk, hem de bir istismarcı bulunmaktadır.

### III. İSTİSMARA UĞRAYAN ÇOCUKLARIN ÖZELLİKLERİ

Pek çok kişi çocuk istismarı mağdurlarının bebekler ya da çok küçük çocuklar olduğunu düşünmektedirler. Gerçekten de çok sayıda küçük çocuk istismar mağduru olabilir ama istismar mağduru her yaşta çocuk olabilir. Amerika Birleşik Devletlerinde yapılmış araştırmalar, siyahların daha çok mağdur olduğunu göstermekteyse de klinik incelemeler bunu doğrulamamaktadır. Bunun nedeni siyahların maddi olanaklarının sınırlı olmasına bağlı olarak özel tedavi kurumlarına başvuramamalarından kaynaklanmaktadır<sup>16</sup>.

Araştırmalar çocuk istismarı ve sosyal sınıf arasında büyük bağlantı olduğunu göstermektedir<sup>17</sup>. Nitekim ekonomik yetersizlik aile için en önemli stres kaynaklarından biridir ve beraberinde getirdiği yoksulluk, işsizlik, besin yetersizliği, sağlıksızlık gibi sorunlar çocuk istismarına yol açar<sup>18</sup>. Ayrıca, alt sınıfların anlaşmazlıkların çözümünde şiddete başvurmaları da nedenlerden biridir<sup>19</sup>. Ancak bu düşünce söyle eleştirilebilir: bu tür kişilerin çocuk istismarı olaylarının daha çok gündeme gelmesi, daha fazla göz önünde olmalarından ve kamusal sağlık hizmetlerine daha fazla başvurmalarından kaynaklanmaktadır. Oysa orta ve yüksek gelir sınıflarında da çocuk istismarı söz konusudur ancak bu gözlerden uzak kalabilmektedir.

<sup>15</sup> AKSOY-ÇETİN-İNANICI-POLAT-SÖZEN-YAVUZ, Çocuk İstismarı ve İhlali, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html>.

<sup>16</sup> DOERNER-LAB, s. 147.

<sup>17</sup> FARRINGTON, "Developmental Criminology and Risk-Focused Prevention", The Oxford Handbook of Criminology (ed. MAGUIRE-MORGAN-REINER), 3. Bası, Oxford, 2002, s. 670.

<sup>18</sup> ARAL-GÜRSOY, s. 3.

<sup>19</sup> DOERNER-LAB, s. 147'de zikredilen araştırmalar.

#### IV. ÇOCUK İSTİSMARI TÜRLERİ

Genelde çocukların ihmali de çocuk istismarı içinde mütalaa edilmektedir. Hâlbuki iki kavram farklıdır ve ikisine farklı sonuçlar bağlanmalıdır. İstismarda, akıl ve beden sağlığına isteyerek zarar vermek bulunur. Buna cinsel istismar, pornografi, çocuk fuhşu da girer. İhmal ise, çocuğun gıda, giyim, barınma ve tedavi gibi yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanmamasıdır. İhmal ve istismarı birbirinden ayıran en temel nokta istismarın aktif, ihmalin ise pasif bir olgu olmasıdır<sup>20</sup>. Kanımızca, madde ya da alkol tutkunu anne babanın ihmalkâr davranışları ve çocuğa gerektiği gibi nezaret etmemeleri, çocukların okuldan kaçmalarına göz yummak, çocukları sokakta çalıştırmak ya da dilendirmek bu kapsamdadır.

#### V. ÇOCUK İSTİSMARININ ÖLÇÜLMESİ

Çocuk istismarının ölçülmesi fevkalade zordur, zira genelde gözlerden uzak cereyan eder. Komşular dahi görmeyebilirler; çocuk anlamayacak kadar küçük olabilir. Amerika'da her gün iki ya da üç çocuğun istismar sonucu öldüğü iddia edilmektedir. Ülkemizde buna ilişkin gerçek sayıları gösteren istatistikler maalesef bulunmamaktadır. Yapmış olan araştırmalar bu alandaki siyah sayıların çok fazla olduğunu ve gerçek suçluluğun aysbergin su içinde kalan bölümü gibi olduğunu ortaya koymaktadır<sup>21</sup>.

#### VI. ÇOCUK İSTİSMARI VE ŞİDDET DÖNGÜSÜ

Aile içinde şiddet gören kişiler ileride cinsel saldırı suçu işlemeye eğilimli olurlar. Kendileri kısıtlayıcı ve istismar edici koşullarda yetişen kişilerin erişkinliklerinde de bu modeli uyguladıkları bilinmektedir<sup>22</sup>.

#### VII. İSTİSMAR MAĞDURLARININ SUÇ SONRASI SORUNLARI

##### A. Genel Olarak Mağdurda Suç Sonrası Oluşabilecek Hastalıklar ve Sendromları (Belirtileri)

Suç anında veya suçun öğrenilmesinden sonra mağdurlarda pek çok fiziksel reaksiyon ortaya çıkabilir. Örneğin adrenalin yükselir, kalp atışlarında hızlanma, hiperventilasyon (aşırı hızlı soluk alıp verme), titreme, ağlama, duygu kaybı ya da duygularda artma, donma, ya da olayları ağırlatılmış şekilde (slow motion) yaşama, ağızda kuruma, olur. Bunların hepsi derhal değil, tehlike geçtikten çok sonra ya da suça ilişkin anılar hatırlandıkça ortaya çıkabilir.

<sup>20</sup> ARAL-GÜRSOY, s. 2.

<sup>21</sup> DOERNER-LAB, s. 145; MEŞE, s. 78.

<sup>22</sup> YÜKSEL (Saadet), "Çocuk Mağduriyetinin AB Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 4, No. 9, 2007, s. 283.

Mağdurda suçtan kaynaklanan bedensel zararlar hemen görülebilir. Özellikle yüzde olanlar: kırık burun, elmacık kemiği, çene kemiği, gözlerde morarma, çürükler, ezikler, tırmık, kesik ve çizikler hatta kemik kırıkları ilk dikkati çeken noktalar-  
dır. Ancak bu tüm suçlar için söz konusu değildir. Bazı tip suçlarda bu tür bedensel belirtiler ilk bakışta görülmeyebilir. Örneğin bazı cinsel saldırı suçlarında yukarıda sayılan belirtiler, bulunmamakla beraber, suçun yine bedensel sonuçları arasında sayılabilecek zührevi hastalık bulaşması ya da istenmeyen bir gebelik söz konusu olabilir.

## **B. Travma Sonrası Stres Bozukluğu**

Suç mağdurlarda strese yol açan bir olaydır. Nitekim bu duruma travma sonrası stres bozukluğu, post-travmatik stres bozuklukları ve akut stres reaksiyonları gibi adlar verilmektedir. Akut stres bozukluğu, daha önce hiç bir psikiyatrik bozukluğu olmayan bir kişide ani ve yoğun stresörlere bir tepki olarak hemen ortaya çıkan ve kısa süre devam eden cevaplardır. Birkaç saat ile üç gün arasında sürebilmektedir. Başka bir tanım ise bunun iki ila dört hafta sürebileceğini ifade etmektedir. Travma sonrası stres bozukluğu ise daha uzun süren tepki ve belirtilerin bütününe verilen addır.

Stres sonrası mağdurlarda fiziksel travmalar, yani bedensel arızalar oluşabileceği gibi nöropsikiyatrik hastalıklar da görülebilir. Bir olay sonrası ortaya çıkan psikolojik arızalar psikolojik travma ya da fiziksel saldırılar sonucunda ortaya çıkabilecek strüktürel lezyonlara bağlı psikolojik komplikasyonlardır. Aslında strese yol açan olaya karşı oluşan tepki her zaman anormal olmayabilir. Örneğin bir yakını ölen insanlardaki “yas reaksiyonu” patolojik bir durum olarak kabul edilmemektedir. Bir trafik kazası sonrası herkeste belirli bir süre anksiyete (endişe), huzursuzluk gibi reaksiyonlar görülebilir. Ancak bunlar makul bir süre sonra kaybolurlar.

Hâlbuki insan yaşantısının olağan akışının dışında, herkesçe aşırı stres yaratabilecek olaylar ve bunlar arasında önemli bir yer tutan suç mağduru olma, birçok duygusal, kognitif, davranışsal ve sosyal bozuklukları içeren, uzun süren ve anormal tepkilerden oluşan psikiyatrik belirtilere yol açabilir. Bunlara travma sonrası stres bozukluğu tanısı konulabilmesi için bazı ölçütlerin bulunması gerekir:

-Travma yaratan olayın irade dışı olarak sık sık hatırlanması ve yeniden yaşanıyormuş duygusu uyandırması, yoğun endişe duyma, olayın rüyalarda sık sık tekrarlanması.

-Uyku bozuklukları, öfke patlaması, aşırı tedirginlik, irritabilite (tedirginlik), aşırı tepki verme, aşırı uyarılmışlık belirtileri.

-Olayı hatırlatan duygu, düşünce ve ortamlardan kaçınma, olayın bir bölümünü unutmama, insanlardan kaçma, yabancılaşma, günlük yaşam etkinliklerine ilginin kaybedilmesi, geleceğinin kalmadığı duygusu.

Bu belirtiler en az bir ay sürmelidir. Üç aydan kısa sürerse akut, uzun sürerse kronik olarak adlandırılır. Olaydan altı ay ya da daha sonra başlarsa bu gecikmiş bir şekildedir.

## VII. İSTİSMARA UĞRAMIŞ ÇOCUKLAR İÇİN NE YAPILMALI

Şiddet görmüş, istismara uğramış çocuklara mutlaka güvenli bir barınma ve sevgi dolu bir atmosfer sağlanmalıdır. Bu tür çocuklar, ailelerinin yanından alınıp bir yuvaya, bakım evine ya da koruyucu bir aile yanına yerleştirilmelidirler. Ancak bunlar son çaredir.

Karşılaştırmalı hukukta bu bağlamda sağlık taramaları, eğitim, adsız anne babalar, danışmanlık gibi hizmetler uygulanmaktadır.

Bunlardan **sağlık taraması** halk sağlığı programları bağlamında çocuk ya da bebek bulunan evlere zaman zaman yapılan ziyaretlerle hem genç anne babalar bilgilendirilmekte, hem de istismar durumu varsa yerinde saptanabilmektedir<sup>23</sup>. Bu yöntem devlete fazlaca yük yüklediği ve bu hizmet için oldukça geniş bir kadroya gereksinim bulunduğu gibi, ziyaretleri yapan elemanlar nitelikli değilse yanlış değerlendirmelere olabilir.

Eğitim, ailelerin çocuk yetiştirme ve geliştirme konularında eğitilmesidir. Hatta risk grubu aileler belirlenerek, bunlara ulaşılması ve anne babanın bir şekilde rehabilite edilmesi gerekir<sup>24</sup>. Bu eğitimin ortaokul çağından itibaren başlamasını da önerenler olmuştur<sup>25</sup>. Eğitimin önemi yadsınmamakla birlikte sonuçlarına uzun yıllar sonra ulaşılabacağından diğer bazı yöntemlerle birlikte uygulanmalıdır.

**Basının ve diğer kitle iletişim araçlarının** bu alanda son derece etkili olduklarını bilmekteyiz. Çocuk ihmal ve istismarını yakından izlemeli ve bu tür suçların faillerini çarpıcı bir şekilde kamuya duyurmalıdır<sup>26</sup>. Ancak kanımızca, burada hem mağdurların hem de şüphelilerin teşhir edilmemesi, “masumluk karinesi” nin özellikle gözetilmesi gerekmektedir.

**Adsız anne babalar** ise aynı adsız tiryakiler ve adsız alkolikler gibi sivil toplum örgütü olarak oluşturulmuş destek grubudur. Çocuklarına iyi davranmadıklarına inanan ve düzelmek isteyen anne ve babaların belirli aralıklarla toplanıp deneyimlerini paylaşmak suretiyle ortak sorunlarına çözüm ararlar. Başarı ve başarısızlıklarını bir-

<sup>23</sup> DOERNER-LAB, s. 151.

<sup>24</sup> ARAL-GÜRSOY, s. 3.

<sup>25</sup> DOERNER-LAB, s. 151.

<sup>26</sup> ARAL-GÜRSOY, s. 3.



birlerine anlatırlar<sup>27</sup>. Bu guruplarda karşılıklı yardım, kendi sorunlarını kendi kendine çözümlene, birbirini destek, birbirine ilgi ve yakınlık gösterme, şiddete karşı olma, paylaşılan sırların, suç oluşturmadıkça açıklanmamaları ilkeleri uygulanır<sup>28</sup>.

## VIII. MAĞDUR ÇOCUKLARIN HUKUKSAL KORUNMALARI

### A. Genel Olarak:

#### 1. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme uzun bir geçmişe sahiptir<sup>29</sup>. Uzun bir süreç sonucunda<sup>30</sup>, 14 Eylül, 1990 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış, TBMM.'ce 9 Aralık 1994'de onaylanmış ve 27 Ocak 1995 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır<sup>31</sup>.

Sözleşme'nin 9., 19., 34. ve 39. maddeleri çocuk istismarı, ihmali ve bunların önlenmesine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

39. maddesinde, Taraf Devletlere, ihmal, istismar (her türlü kötü muamale) mağduru olan çocukların bedensel ve ruhsal bakımdan sağsağlıklarına yeniden kavuşmaları ve toplumla yeniden bütünleşebilmelerini sağlamak için uygun önlemleri alması zorunluluğu getirilmiştir.

2- *Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*<sup>32</sup>,

#### 3-. *T.C. Anayasası m. 41*

Anayasamızın ailenin korunmasına yönelik 41. maddesi, bu bağlamda çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağına ve teşkilat kuracağına ilişkin bir düzenleme içermektedir.

#### 4. *Türk Ceza Kanunu*

TCK.'da Çocuk İstismarına Uygulanabilecek Hükümler:

Çocukların cinsel istismarı yaşamızda, Kişilere Karşı Suçlar Kısmı içinde ve Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölümünde yer alan, 103. maddede, özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu da çocuğun ya da diğer herhangi bir kişinin diğer bir kişinin malvarlığı içinde düşünülmemesi gerektiğinin artık ülkemizde de kabul

<sup>27</sup> DOERNER-LAB, s. 152,

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için DOERNER-LAB, s. 153.

<sup>29</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ARAL-GÜRSOY," s. 1.

<sup>30</sup> Milletler Cemiyeti ilk olarak 26 Eylül 1924'te Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesini kabul etmiştir.

<sup>31</sup> SELİÇİ-AKÇÖ, Çocuk Koruma Kanunu, İstanbul, 2006, s. 11.

<sup>32</sup> Sözleşme metni çevirisi için bkz. AYKAÇ, Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt. 82, No. 2008/1, Ocak-Şubat, s. 559.

edildiğini göstermektedir. Nitekim cinselliğe saldırı bir genel ahlak sorunu değildir<sup>33</sup> ve cinselliğe yönelik saldırılar kişilerin cinsel özgürlüklerine yönelik saldırılardır. Karşılaştırılmalı hukukta, korunan hukuksal değerdeki anlayış değişikliklerinin sonucu olarak cinsel özgürlüğe ve aileye ilişkin suçların artık yasaların ayrı bölümlerinde düzenlenmekte olduğu görülmektedir<sup>34</sup>. Çocuklara yönelik “kötü muamele niteliğindeki davranışlar da özel suç tipleri olarak düzenlenmektedir<sup>35</sup>. Bu düşüncenin çocuklara yönelik saldırılar açısından da kabul edilmiş olması iyi bir gelişmedir.

TCK 103'e göre çocukların cinsel istismarı, çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışlardır.

TCK 103, bu suçun mağduru çocukları iki gruba ayırmaktadır:

-15 yaşını doldurmamış veya doldurmakla birlikte eylemin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar,

-15 yaşını doldurmuş diğer çocuklar. Bu grup çocuklara karşı cinsel davranışların cebir, şiddet, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç oluşturmaktadırlar.

Doktrinde bu suçun eşler arasında işlenip işlenemeyeceği tartışılmıştır. Medeni Kanununun 124. maddesinin evlenme yaşını 17 olarak belirlediğini hatta yargıç kararı ile 16 yaşındaki çocukların evlenmesine izin verilebileceğine değinilerek, bu yaşlardaki evli çocuklara karşı eşleri tarafından bu suçun işlenebileceği savunulmaktadır<sup>36</sup>. Cinsel saldırı suçunun eşe karşı da işlenebileceği yasa kabul edildiğinde göre 16-18 yaş arasındaki evli çocuklara da cebir, tehdit, hile vs. ile, eşleri tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun olanaklı olduğu düşünülse de, Medeni Kanun evliliğin kişiyi ergin kıldığı (TMK. 11/2) hükmünden hareketle, burada TCK 103 değil, 102. maddenin uygulanması gerektiği de rahatlıkla savunulabilir. Öte yandan erginlik yaşının 18 olarak kabul edilmiş olması çocukların ruhsal ve bedensel gelişimlerini bu yaşta tamamlamaları nedeniyledir. Evlenme kişiyi ergin kılmakla beraber bu hukuken kabul edilmiş bir kavram olup, 18 yaşını doldurmamış olan kişi evli de olsa fizyolojik ve psikolojik açıdan hala da çocuk olarak kabul edilmeli ve korunması gerekmektedir. Aksi bir düşüncenin kabulü, 18 yaşını doldurmamış evli çocukların da erişkinlerin mahkemelerinde yargılanmalarını gerektirecektir!

Çocuk istismarı niteliğindeki hareketler sonucunda çocuk ölebilir. Kasten öldürme suçu bir çocuğa karşı işlenmişse suçun cezası ağırlaştırılmış ömür boyu haptistir (TCK.82/e). TCK. m. 6/b ise Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun olarak, “18 yaşını doldurmamış” kişileri çocuk olarak tanımlamaktadır.

<sup>33</sup> TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2006, s. 233.

<sup>34</sup> ÜNVER, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum“, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul, 2001, s. 297-298.

<sup>35</sup> ÜNVER, s. 299-301.

<sup>36</sup> TEZCAN ve diğerleri, s. 233.

Anne-babanın ihmali davranışları nedeniyle çocuk ölmüşse, bu da çocuk istismarıdır ve böyle bir durumda TCK. 83. maddesinin koşulları gerçekleşmiştir ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu söz konusudur.

Kasten yaralama suçu altsoya karşı işlenmişse şikâyet aranmaz ve cezası yarı oranında artırılır (TCK.86/a). Bu altsoy çocuk da olabilir. Ancak hükümde ayrıca “çocuk” denilmemiştir. Tezcan/Erdem/Önok<sup>37</sup> (çocuğun ancak beden ve ruh sağlığı bakımından kendini savunamayacak durumda olması durumunda bu ağırlatıcı nedenin uygulanabileceğini ifade etmektedirler. Kanımızca bir hastalık nedeniyle bu durumda olan herkes gibi çocuklar hakkında da bu hükmün uygulanacağında kuşku bulunmamaktadır. Soru, çocuk, sırf çocuk olduğu için acaba hangi yaşa kadar beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olarak kabul edilmelidir? Yasada kasten öldürme suçunda olduğu gibi, ayrıca “çocuk” sözcüğünün kullanılmamış olması, en azından belirli bir yaş sınırı konulmamış olması sakıncalıdır. Çocuk istismarı sıklıkla yaralama şeklinde ortaya çıkabilir ve bununla mücadelede etkinlik yasal düzenlemelerdeki kararlılıkla sağlanabilir.

Çocuk istismarı işkence ve eziyet şeklinde de söz konusu olabilir. İşkence suçu özgü bir suç olup yalnızca bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir. İşkence yapan, yani insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekilmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar gerçekleştiren kamu görevlisine verilecek ceza, çocuğu yapılması halinde ağırlaşır (TCK.94/2-a). Eziyet suçu herkes tarafından işlenebilir; bir çocuğa karşı işlenmişse cezası ağırlaşır (TCK.94/2-a).

Yaş ve hastalığı nedeniyle kendisini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk etmek terk suçunu oluşturur. Buraya yaş küçüklüğü olduğu kadar yaşlılık da girer (TCK. 97). Aynı şekilde yaş ya da yasadaki belirtilen diğer nedenlerle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye olanak ölçüsünde yardım etmeyen ya da durumu ilgili makamlara bildirmeyen kişinin eylemi suç oluşturur (TCK. 98).

##### 5. Çocuk Koruma Kanunu

2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu 1. maddesinde belirtildiği gibi “korunma ihtiyacı olan çocuklar veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması” amacını taşımaktadır. Yasanın önemli bir bölümü suça sürüklenen çocuklar ve bunlara uygulanacak önlemlerden söz etmektedir. Suç mağduru çocuklara ilişkin olarak fazlaca bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasanın 3. maddesinde, “korunma ihtiyacı olan çocuk”, “.....kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk,” olarak tanım-

<sup>37</sup> TEZCAN ve diğerleri, s.145.

lanmıştır<sup>38</sup>. Aslında ihmal ve istismar edilen çocuk da suç mağdurudur ve belki de bu noktaların özellikle vurgulanması için ayrıca belirtilmiştir.

## B. ÖNERİLERİMİZ

### 1. Çocuk İstismarı Faillerinin Merkezi Sicilinin Tutulması

Böyle bir merkezi sicil tutulması çocuk istismarı faillerinin izlenmesini sağlayacaktır. Bazı kronik istismarcılar çocuğu her defasında değişik bir hastaneye götürerek adaletten kaçmayı başaramışlardır, zira hekim o hastaya ait herhangi bir kayıt bulamamaktadır. Halbuki merkezi bir kayıt sistemi bu tür kişilerin izlenmesini kolaylaştıracaktır.

### 2. İhbar Zorunluluğu

Çocuk istismarının engellenebilmesinde önemli bir öge bu tür suçların ihbarının zorunlu hale getirilmesidir. Çocuk istismarını bir şekilde öğrenip de resmi makamlara ihbar etmeme suç haline getirilmelidir. Her ne kadar hekimlerin sırt tutma gibi etik bir yükümlülükleri bulunsada bunun bir istisnası çocuk istismarı olmalıdır. Öte yandan yalnızca doktorlar değil, çocuk istismarını bir şekilde öğrenen herkesin ihbar yükümü bulunmalıdır. Hatta iyi niyetle böyle bir ihbarda bulunan bir kişinin bu ihbarın gerçeğe uymadığı sonradan ortaya çıkarsa bile herhangi bir sorumluluğu olmamalıdır.

Yeni Türk Ceza Kanunu açık hükümler koyarak çağdaş Viktimoloji'nin gereklerine uygun bir düzenleme yapmıştır. Örneğin TCK. m. 279 kamu görevlilerinin suçun işlendiğini öğrendikleri, m. 280, sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yaptıkları sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmaları halinde bunu yetkili makama bildirmeme ve ya bildirmekte gecikme göstermeleri durumunda hapis cezası ile cezalandıracaklarına ilişkin bir hüküm içermektedir. Madde, yalnızca "hekim" dememiş, "sağlık mesleği mensubu" ifadesini kullanmış ve bu kapsama dış hekimleri, eczacılar, ebeler, hemşireler ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin de girdiğini açıkça hükme bağlamıştır.

Öte yandan TCK. 278 ise işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirme görevini herkese vermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi 30.6.2011 tarihli ve 2010- 52/2011-113 sayılı kararı ile bu hükmü iptal etmiştir. İptal gerekçesi AY. M. 38'de bulunan, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmü dikkate alınmaksızın TCK 278. Maddedeki düzenlemede bu hususun dikkate alınmamasıdır. Bu karar doğrultusunda, tümüyle iptal edilmiş bulunan 278. Madde, ilk üç fıkrası aynen korunarak, "tanıklıktan çekinebilecek kişiler bakımından cezaya hük-

<sup>38</sup> Ünver bu düzenlemeyi yasanın kısmen olumlu yönleri arasında belirtmektedir, ÜNVER, s. 36.

molunamaz” denilerek bir cezasızlık nedenine yer verilmiş. Ancak fıkraya göre, suç önleme yükümlülüğü olan bir kişi söz konusu olduğunda ceza sorumluluğu yine de bulunacaktır. Bu sorumluluk ise bildirim yükümüne aykırılıktan değil, işlenmesi önlenemeyen suçta iştirakten olacaktır<sup>39</sup>.

İşlenmiş, bitmiş ancak yol açtığı sonuçların sınırlandırılabilmesi halen de olanaklı olan suçlar da bu kapsam içinde kabul edilmiştir. Suçun mağdurunun diğer kişiler yanında, 15 yaşını bitirmemiş bir çocuk olması durumunda ceza yarı oranında artırılacaktır.

TCK.daki bu grup hükümler, kişileri “ihbarcılığa” zorladığı için eleştirilmekle birlikte, özellikle çocuk istismarı ve aile içi şiddette, zorunlu ihbar önemli mücadele araçlarından biridir. Zira bu tür suçlar en fazla gizli kalan suçlardır ve özellikle çocuk mağdurların korunması bağlamında zorunlu ihbar kaçınılmaz görmekteyiz. Nitekim bazı ülkelerde belirli suçlar açısından bu tür bir zorunlu bildirim söz konusudur<sup>40</sup>. Örneğin Avustralya’da belirli para hareketlerinin bildirilmesi en önemlisi bazı meslek mensuplarının çocuk ihmali ve istismarı olaylarını bildirmeleri zorunludur<sup>41</sup>. TCK. nun hükümlerinin bu amaca kısmen hizmet ettiğini söyleyebiliriz. Belki 278. madde çocuk istismarında ihbar zorunluluğunun yalnızca işlenmekte olan suçlar bakımından değil, diğer olasılıklar için de gerekli hale getirmeliydi. Aile mahremiyeti içinde siyah sayı olarak yani gizli kalması olasılığı çok yüksek olan bu tip suçları genel önleme bağlamında, böyle bir düzenlemenin daha fonksiyonel olacağı kanısındayız. Ayrıca, TCK. 83 ve 88. maddelerinde de düzenlenmiş olduğu gibi, kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi (ki burada yasadan kaynaklanan ihbar yükümünü yerine getirmemdir) sonucunda ölüm veya yaralanma meydana gelirse, ihbar yükümünü yerine getirmeyen sağlık mesleği mensubu, kamu görevlisi ya da suçüstü durumuna tanık olan kişi, cezalandırılacaktır.

<sup>39</sup> SÖZÜER, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, İstanbul, 2013, s. 370.

<sup>40</sup> Yetkili makamlara zorunlu bildirim kapsamında: çocuk ve yaşlı istismarı, cinsel saldırı, tıbbi hata, bilgisayarda rastlanan çocuk pornografisi, şüphe uyandıran mali işlemler vs.. bkz. AYLING-GRABOSKY, “Policing by Command: Enhancing Law Enforcement Capacity Through Coercion”, Law and Policy, Cilt 28, No. 4, Ekim 2006, s. 424’de liste halinde belirtilen suçlar.

<sup>41</sup> DUPONT/GRABOSKY/SHEARING, “The Governance of Security in Weak and Failing States”, Criminal Justice 3(4), 2003, Sage Publications, s. 334.



# OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI VE ZAMANAŞIMI

*(Objective Condition of Criminality and Limitation)*

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

## ÖZET

Zamanaşımı, kanunda öngörülen belli sürelerin geçmesi ile devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Zamanaşımı, şüpheli, sanık veya hükümlü için kanun tarafından tanınmış bir haktır. Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda, zamanaşımı suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.

**Anahtar kelimeler:** Objektif cezalandırılabilme şartları, Zamanaşımı, Dava zamanaşımı, Ceza hukuku, Suç

## *Abstract*

By running of certain periods of time which are prescribed by law, statute of limitations remove the government's authority of penalization. Limitation is a right given by law for the suspect, accused and convicted. For crimes which have objective conditions of criminality, the limitation period shall begin on the day the crime was committed.

**Keywords:** Objective conditions of criminality, Limitation, The limitation of actions, Criminal law, Crime

## 1- Genel Açıklamalar

Bir kimsenin eyleminin suç teşkil edebilmesi için, “tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsurunun” somut olayda gerçekleşmesi gerekir<sup>1</sup>. Ancak bu unsurların varlığı her zaman failin cezalandırılabilmesi için yeterli

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

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

<sup>1</sup> Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2009, s.225 vd.

olmayabilir. Örneğin akıl hastası olan failin suç teşkil eden eylemi dolayısıyla, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamamış veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış ise, kınanamayacağından, bu suçtan cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, kanun koyucu bazı suçlarda suçun unsurlarının dışında, failin cezalandırılabilmesi için bir takım şartlar aramaktadır. Bu şartlar, şikâyete tabi suçlarda şikâyet koşulu (kovuşturma şartı) olabileceği gibi, inceleme konumuz olan objektif cezalandırılabilme şartları da olabilir.

5237 sayılı TCK'da objektif cezalandırılabilme şartı kavramı tanımlanmamış ve kanunun genel hükümler kitabında düzenlenmemiştir<sup>2</sup>. Buna karşılık, TCK'da bazı suçlar açısından<sup>3</sup> failin cezalandırılabilmesi için, objektif cezalandırılabilme şartları öngörülmüştür.

Bununla birlikte 2001 TCK Tasarısının 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında<sup>4</sup>; “*Kanunun, failin cezalandırılmasını bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tuttuğu suçlarda, bu koşul istenmemiş olsa da fail cezalandırılır*” denilmek suretiyle, objektif cezalandırılabilme şartından dolayı da olsa bahsedilmiştir.

Çalışmamızda objektif cezalandırılabilme şartı kavramı açıklandıktan sonra, bu kavramın hukuki niteliği ve benzer kavramlardan farkına değinilecek, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda şart gerçekleşmediği takdirde ne tür hüküm verileceği belirtilecek, ardından zamanaşımı konusu ve bu suçlar yönünden dava zamanaşımı süresi tartışılacaktır.

## 2- Objektif Cezalandırılabilme Şartı Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kanun koyucu suç politikası, usul ekonomisi ve fiilin meydana getirdiği sosyal zararı dikkate alarak, failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için objektif nitelikte bazı koşulların varlığını aramakta, bu koşullar gerçekleşmediği takdirde faili cezalandırmamaktadır<sup>5</sup>.

Buna göre, objektif cezalandırılabilme şartı, suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç bütün unsurları ile gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır.

<sup>2</sup> 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 44 üncü maddesinde; “*Suçun cezalandırılabilmesi için kanun bir şartın gerçekleşmesini aramakta ise, şartın gerçekleşmesini ifade eden netice onun tarafından istenmiş olmasa dahi, fail suçtan sorumlu tutulur*” denilmek suretiyle, objektif cezalandırılabilme şartı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bkz. **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.:I, 14. Bası, İstanbul 1997, s.320.

<sup>3</sup> TCK. m. 161, 162, 170, 171, 172, 173, 175, 177, 179, 215, 216, 217, 220, 240, 257, 343 gibi.

<sup>4</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, s.30.

<sup>5</sup> **Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2011, s.154.



Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi ile ilgili bir zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Buna göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının mutlaka suçun işlenmesinden sonra gerçekleşmesi gerekmekte, suçun işlenmesi sırasında, hatta suç işlenmeden önce<sup>6</sup> de gerçekleşebilmektedir<sup>7</sup>.

Bu özelliği dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartı ile önşart kavramları arasındaki farklılığa değinmek gerekir.

Doktrinde önşart olarak isimlendirilen kavram, suçun maddi unsurları gerçekleşmeden önce bulunması gereken, esasen tipiklik unsurunun içinde yer alan durumlardır<sup>8</sup>. Örneğin, TCK'nun 99 uncu maddesinde yer alan çocuk düşürme suçunda “kadının hamile olması” gibi. Buna göre, önşart suçun oluşumu ile doğrudan ilgili olup, gerçekleşmemesi halinde suçun varlığından söz etmek mümkün değildir.

Objektif cezalandırılabilme şartı ise, suçun bir unsuru değildir<sup>9</sup>. Bu nedenle kastın bilme unsuruna dâhil olmayan objektif cezalandırılabilme şartının somut olayda gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Ancak failin kusurunun aranmadığı her koşulun da objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu söylemek doğru değildir.

Cezalandırılabilme şartları ile suçun unsurları arasındaki farkı ortaya koyabilmek adına, doktrinde, “*kusurlu hareket ile meydana getirilemeyen neticeler cezalandırılabilme şartıdır, kusurlu bir hareketle aralarında nedensellik bağı kurulabilen neticeler unsurdur*”; “*belirli bir hususu mantıken çıkardığımız zaman, geriye yine bir fiil kalabiliyorsa, bu husus cezalandırılabilme şartıdır, aksi halde unsurdur*” şeklinde ölçütler getirilmiştir<sup>10</sup>.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, unsurların gerçekleşmesi ile birlikte suç oluşmakta, buna karşılık objektif nitelikteki bu şartlar gerçek-

<sup>6</sup> Örneğin, TCK'nun 161 inci maddesinde yer alan hileli iflas suçunda, objektif cezalandırılabilme şartı olan “iflasa karar verilmiş olması”, malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruftan önce ya da sonra gerçekleşmiş olabilir.

<sup>7</sup> Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun unsurlarından önce gerçekleşemeyeceğini ileri sürülmektedir. **Dönmezer-Erman**, I, s.316; **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.376; **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, İstanbul 2011, s.208.

<sup>8</sup> **Dönmezer-Erman**, s. 312; **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s.189; **İçel, Kayıhan-Evik, A. Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2007, s.22.

<sup>9</sup> **Dönmezer-Erman**, I, s.318; **Öztürk-Erdem**, s.154; **Demirbaş**, s.190; **Koca, Mahmut-Üzülmmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010, s.348; **İçel-Evik**, s.16; **Üzülmmez, İlhan-Akkaş, Ahmet Hulusi**, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, EÜHFD, C:II, S:1-2, 2007, s.72; Aksi düşünce için bkz. **Kunter, Nurullah**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.182 vd.

<sup>10</sup> Bkz. **Dönmezer-Erman**, I, s.318.

leşmedikçe kişiye ceza verilememektedir<sup>11</sup>. Bu itibarla objektif cezalandırılabilme şartı, “cezalandırılabilirliğin alanını daraltan” bir etki doğurmakta<sup>12</sup> ve cezalandırmayı sağlayan olumlu bir nitelik taşımaktadır. Buna göre, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmedikçe, kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden dolayı cezalandırılması mümkün değildir.

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nun 170 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu, somut tehlike suçu<sup>13</sup> olarak düzenlenmiş ve failin yangın çıkarmak, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak, silahla ateş etmek, patlayıcı madde kullanmak fiillerinden dolayı cezalandırılabilmesi için, bu eylemlerin kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda gerçekleşmiş olması aranmıştır.

Buna göre, örneğin, 170 inci maddenin 1 inci fıkrasında yangın çıkarmak hareketi, cezalandırma bakımından yeterli değildir. Hâkim bu hareket sonucunda “kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından” bir tehlikenin doğup doğmadığını ya da “kişilerde korku, kaygı veya panik yaratılıp yaratılmadığını” somut olayın özelliklerini dikkate alarak araştıracaktır. Ayrıca somut tehlike suçlarında korunan konu üzerinde objektif olarak gerçek bir tehlike meydana gelmiş olması şart olduğuna göre, failin eylemi ile ortaya çıkan tehlike arasında nedensellik bağı da kurulmalıdır.<sup>14</sup>

Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartını suçun unsurlarına dâhil eden yazarlar<sup>15</sup> bulunmakla birlikte, bu yazarlar objektif cezalandırılabilme şartını netice ile karıştırmaktadırlar. Örneğin, kasten öldürme suçunda ölümün gerçekleşmesi, suçun maddi unsurlarına dâhil olan “netice”dir. Bu suçta ölümü netice ya da ob-

<sup>11</sup> Doktrinde, “*madem ki, cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden faille ceza verilmemektedir, o halde bunun suçun dışında, unsurlardan ayrı bir şey olduğunu iddiaya da imkan yoktur*” denilerek, objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun unsurları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Dönmezer-Erman**, I, s.317.

<sup>12</sup> **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s.559; **Öztürk-Er-dem**, s.154; **Koca-Üzülmez**, s.349.

<sup>13</sup> Somut tehlike suçlarında somut tehlikenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu konusunda bkz. **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011, s424; **Özgenç**, s. 560, 561. Somut tehlike suçlarında somut tehlikenin suçun unsuru olduğu konusunda bkz. **Daragenli, Vesile Sonay**, “Tehlike Suçları”, in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.184.

<sup>14</sup> **Hirsch, Hans Joachim**, “Gefährdungsdelikte”, “Tehlike Suçları İle İlgili Suç Tiplerinin Ceza Hukukunun Sistematiğine Uygunluğu Konusu” (Çev.: Feridun Yenisey), (Yayınlanmamış Konferans Metni), s.1 vd.; **İçel, Kayıhan-Akıncı, Füsun Sokullu- Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem – Mahmutoglu, Fatih S. - Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.68 vd.; **Daragenli**, s.163 vd.

<sup>15</sup> Bu görüşü savunan yazarlar, “*objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmeden faille madem ki ceza veremiyoruz, bu yüzden bu koşulların, suçun dışında, unsurlardan farklı bir şey olduğunu söylemek imkânsızdır*” demektedirler. Bkz. **Dönmezer-Erman**, s.317.

jektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmenin bir takım önemli sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, failin mağdura öldürmeye yönelik hareketlerini gerçekleştirdikten sonra, mağdur ölmediğinde fail kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık “ölüm” objektif cezalandırılabilme şartı sayıldığına, ölüm gerçekleşmedikçe mağduru öldürme düşüncesiyle yaralayan faili teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

Diğer önemli bir sonuç, objektif cezalandırılabilme şartı kastın bilme unsuruna dâhil olmadığından, failin bunu bilmesine gerek yoktur<sup>16</sup>. Buna göre, yaralama kastı ile hareket eden fail mağdurun ölümüne neden olduğunda, burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile objektif cezalandırılabilme şartı arasında bir çatışma meydana gelecektir.

Bu nedenle neticeli suçlarda aranan “netice” suçun maddi unsurlarına dâhildir ve gerçekleşmediği durumlarda fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. Yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır netice gerçekleşmeden önce de cezalandırılabilen bir netice bulunmakta iken, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği müddetçe failin cezalandırılması mümkün değildir<sup>17</sup>.

Buna karşılık, kanun koyucu hareket ve neticenin dışında failin cezalandırılabilmesi için ayrı bir takım şartlar aramışsa, bunlar objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmelidir. Ancak ifade etmeliyiz ki, hangi suçların objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva ettiğini tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır<sup>18</sup>. Bu nedenle kanun koyucunun bu tarz suçları daha net bir biçimde, en azından madde gerekçesinde<sup>19</sup> belirtmesinin faydalı ve tereddütleri önleyici nitelikte olacağı kanaatindeyiz<sup>20</sup>.

Objektif cezalandırılabilme şartı kastın kapsamına dâhil olmadığı için, failin bu şartın varlığı ya da yokluğuna ilişkin olarak düştüğü hatadan<sup>21</sup> faydalanması

<sup>16</sup> Özgenç, s.559; Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 431; Üzülmüş-Akkaş, s.74; Kunter, Kanuni Unsurlar, s.202; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011, s.238.

<sup>17</sup> Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.377; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.431.

<sup>18</sup> Netice ve objektif cezalandırılabilme şartı arasındaki kıstaslar için bkz. Dönmezer-Erman, I, s.318, Kunter, Kanuni Unsurlar, s.198-227.

<sup>19</sup> Bu hususla ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nun 161 inci maddesinin gerekçesinde; “Bu nedenle, iflas olgusunun gerçekleşmesi, bir objektif cezalandırılabilme şartı niteliği taşımaktadır”; 240 inci maddesinin gerekçesinde; “Böylece, kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması, söz konusu suçun bir objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır” denilmektedir.

<sup>20</sup> Kanunda yer alan ibarenin unsur mu yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu hususunda tereddüt ortaya çıktığında, sanığın lehine hareket edilerek, unsur olduğunun kabul edilmesi gerektiği, zira bu durumda failin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu hareketinin aranacağı, kusurunun bulunmaması halinde ise cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir. Dönmezer-Erman, I, s.320.

<sup>21</sup> TCK'nun 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında; “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır” denilmektedir.

mümkün değildir<sup>22</sup>. Örneğin TCK'nun 240 ıncı maddesinde, kişinin mal veya hizmet satımından kaçınma suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için, belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınmak suretiyle kamu için "acil bir ihtiyacın ortaya çıkması" gerekir. Buna göre, fail belli bir mal veya hizmet satımından kaçınmış ancak bu durumun kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkaracağı konusunda hataya düşmüşse, bu hatasından faydalanamaz<sup>23</sup>. Diğer bir ifade ile, eyleminin kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkaracağını bilmesinin cezalandırılabilmesi yönünden bir önemi olmadığından, bu konudaki hatası sorumluluğunu kaldırmayacaktır.

Yine, TCK'nun 125 inci maddesinde, gıyapta hakaret yönünden, failin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi aranmış olup, failin üç kişi ile ihtilat ettiğini bilip bilmemesi önemli değildir. Buna göre, fail, bir konferansta mikrofonun açık olduğunu bilmeden yanındaki konuşmacıya o sırada salonda olmayan bir kişi hakkında hakaret içerikli ifadeler söylese ve bu sözler salonda bulunanlar tarafından duyulsa, objektif cezalandırılabilme şartı olan ihtilat şartının gerçekleşmediğini düşünen ve bu konuda hataya düşen fail bu hatasından faydalanamaz ve gıyapta hakareten sorumlu tutulur<sup>24</sup>.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar bir takım özellikler taşımaktadır. Bu suçlar, unsurların gerçekleşmesi ile birlikte tamamlanmaktadır. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartı aranan suçlara teşebbüs cezalandırılmaz.

Ancak burada objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda dört farklı ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Birinci ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş, buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz<sup>25</sup>.

İkinci ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, failin cezai sorumluluğu belirlenirken teşebbüs hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.377; Demirbaş, s.191; Koca-Üzülmez, s.348; İçel-Evik, s.20; Centel-Zafer-Çakmut, s.208.

<sup>23</sup> Üzülmez-Akkaş, s.77, 78.

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz. Demirbaş, s.191.

<sup>25</sup> Özgenç, s.562; İçel-Evik, s.21; Demirbaş, s.192.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. İçel-Evik, s.21; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.432. Üzülmez-Akkaş, "Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda teşebbüsten dolayı ceza belirlenirken, meydana gelen tehlikenin ve zararın ağırlığı dikkate alınacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda, şartın gerçekleşmesi halinde, bu cezanın 35/2'ye göre indirilmesi mümkün değildir" diyerek aksi görüştedirler. Üzülmez-Akkaş, s.78; Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlara teşebbüsün hiçbir şekilde mümkün olmadığı belirtilmektedir. Dönmezer-Erman, I, s.321; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.378; Kunter, Kanuni Unsurlar, s.212, 213.

Üçüncü ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış, aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartı da gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır.

Dördüncü ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç hem tüm unsurları ile gerçekleşmiş, hem de objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, teşebbüs söz konusu olmayacak ve fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçların diğer bir özelliği, suçun işlendiği zaman ve yer, unsurların gerçekleştiği zaman ve yerdir<sup>27</sup>. Diğer bir ifade ile, suç tarihi ve yeri objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği tarih ve yer değildir. Bu husus özellikle kanunların zaman ve yer bakımından uygulanması ile zamanaşımı konularında önem arz etmektedir.

Buna göre, suç işlendikten ve fakat objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden önce değişen aleyhe kanunun uygulanması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde yer bakımından yetkili mahkeme unsurların gerçekleştiği yer mahkemesidir.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda zamanaşımı konusu aşağıdaki detaylı olarak inceleneceğinden, tekrara neden olmamak için burada bu hususa değinilmeyecektir.

Bu suçlarda, şart objektif bir neden olduğu için, şart gerçekleşmediğinde, suç iştirak halinde işlendiğinde, hiçbir şerik cezalandırılmayacaktır<sup>28</sup>. Ya da örneğin görevi kötüye kullanma suçunda kanun koyucunun aradığı haksız menfaati şeriklerden herhangi biri sağlasa bile, bütün şerikler cezalandırılacaktır. Diğer bir ifade ile objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi halinde, suç ortağının bunu bilip bilmemesine bakılmaksızın cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

### 3- Gerçek-Gerçek Olmayan Objektif Cezalandırılabilme Şartı Ayırımı

Objektif cezalandırılabilme şartları, doktrinde gerçek olan ve gerçek olmayan (görünüşte) objektif cezalandırılabilme şartları olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Buna göre, sadece cezalandırılabilirliği sınırlayan neden olarak ortaya çıkan şartlar gerçek objektif cezalandırılabilme şartları, buna karşılık suçun unsurlarına dâhil olmakla birlikte şeklen cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmiş koşullar ise, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartları olarak isimlendirilmektedir<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.570; Dönmezer-Erman, I, s.321; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.378; İçel-Evik, s.21; Demirbaş, s.192; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.432.

<sup>28</sup> Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.378; Öztürk-Erdem, s.155; İçel-Evik, s.21; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.432; Hakeri, s.237.

<sup>29</sup> Koca-Üzülmez, s.349, 350.

Gerçek objektif cezalandırılabilme şartları, cezalandırmayı sınırlandırdığı ve failin lehine olduğu için, bunların gerçekleşmesi bakımından failin kusuru aranmayacaktır<sup>30</sup>. Örneğin TCK'nun 343 üncü maddesinde yer alan “karşılıklılık koşulu”<sup>31</sup> gerçek objektif cezalandırılabilme şartı olup, bu koşulun varlığı için failin kusurunun bulunması gerekmez.

Gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartları ise, esasen hukuka aykırılık unsuru içinde yer almakla birlikte, kanun koyucu tarafından kast veya taksirle bağlanmayarak, şeklen cezalandırılabilirlik koşulu niteliğindedirler<sup>32</sup>. Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun 323a maddesinde; “*Her kim, kasten veya taksirle, alkol içeren içecekler veya sair sarhoş edici maddeler kullanarak, kendisini sarhoş eder ve bu durumda iken, hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirir ve sarhoşluğu nedeniyle kusur ehliyetine sahip bulunmadığı tespit edildiği veya kusur ehliyetine sahip olup olmadığı kesinlikle belli olmadığı için, cezalandırılmazsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır*”<sup>33</sup> denilmekte olup, failin kasten veya taksirle kendini sarhoş etmesi cezalandırılması için yeterli olmayıp, ayrıca bu durumda iken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre, tam sarhoş iken kusur yeteneği olmayan failin meydana gelen hukuka aykırı fiilden cezalandırılması yerine, tam sarhoşluk suçundan cezalandırılması istenmiş, bunun için de, “hukuka aykırı bir fiilde” bulunmuş olması aranmıştır. Diğer bir ifade ile “hukuka aykırı bir fiilde bulunma” bu suç yönünden gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmüştür.

Yine Alman Ceza Kanunu'nun 186 ncı maddesinde yer alan kötüleme suçunda; “*Her kim, diğer bir kişi hakkında, onun onurunu, şerefini ve saygınlığını rencide edebilecek veya onu kamuoyunda aşağılayabilecek nitelikte bir olguyu isnat eder veya yayarsa ve bu olgu gerçekliği kanıtlanmış bir olgu değilse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile ve eğer fiil aleni olarak veya yazı yayarak işlenirse, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır*”<sup>34</sup> denilmiş, isnat edilen olgunun “gerçekliği kanıtlanmış bir olgu olmaması”<sup>35</sup> gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmiştir.

<sup>30</sup> İçel-Evik, s.17.

<sup>31</sup> Doktrinde bu koşulun objektif cezalandırılabilme şartı olmayıp, kovuşturma şartı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Özgenç, s.561; Koca-Üzülmez, s.350; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006, s.100.

<sup>32</sup> İçel-Evik, 17, 18.

<sup>33</sup> Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009, s.419.

<sup>34</sup> Yenisey-Plagemann, s. 266.

<sup>35</sup> Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartının daima olumlu olması gerektiği, diğer bir ifade ile herhangi bir durumun meydana gelmemesi, yani olumsuzluğun objektif cezalandırılabilme şartı olmayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.376; Centel-Zafer-Çakmut, s.208.

Kanaatimizce, objektif cezalandırılabilme şartlarını, suçun unsurları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve kovuşturma şartlarından ayırabilmekte yararlı olması için yapılan gerçek-gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartı ayırımına ihtiyaç yoktur.

#### 4- Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Kovuşturma Şartı Ayırımı

Kovuşturma şartı, suç tüm unsurları ile gerçekleşikten sonra, failin cezalandırılabilmesi için aranan, genellikle ceza kanunlarında suç tanımları ile birlikte düzenlenmiş, “usule ilişkin” şartlardır. Ceza muhakemesinde “mecburilik ilkesi” geçerli olmasına rağmen, kanun koyucu bazı suçların özelliği dolayısıyla “maksada uygunluk ilkesi” gereğince, kamu davasının açılması bazı organların ya da suçtan zarar gören kişinin iradesine bırakılmıştır<sup>36</sup>.

Kovuşturma şartları, izin (örneğin TCK’nun 299 uncu maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret suçunda Adalet Bakanının izni), talep (örneğin TCK’nun 12/1 maddesine göre, yurtdışında Türkiye’nin zararına suç işleyen yabancıнын, yurt dışında hüküm verilse bile, Türkiye’de yargılanabilmesi için Adalet Bakanı’nın talebi), karar (örneğin Anayasa’nın 83. maddesi gereğince milletvekilinin işlediği suç dolayısıyla yargılanabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin kararı) ve şikâyetir (örneğin, TCK’nun 151 inci maddesinde yer alan mala zarar verme suçundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için suçtan zarar görenin şikâyeti).

Gerek objektif cezalandırılabilme şartlarının, gerek kovuşturma şartlarının gerçekleşmemesi durumunda, fail cezalandırılmaktan kurtulmaktadır<sup>37</sup>.

Kovuşturma şartları usule ilişkin, objektif cezalandırılabilme şartları ile maddi ceza hukuka ilişkindir. Diğer bir ifade ile kovuşturma şartlarının failin suçluluğu ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, failin cezalandırılması niteliği gereği objektif bir takım koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş, buna karşılık kovuşturma şartı aranan suçlarda, failin cezalandırılabilmesi suçun mağdurunun veya belli bir merciin iradesine tabi kılınmıştır<sup>38</sup>.

Failin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartının suçun işlenmesinden önce ya da suçun işlenmesi sırasında ortaya çıkması mümkün iken, kovuşturma koşullarında failin cezalandırılması suçun işlenmesinden sonra gerçekleşmesi gereken bir koşula bağlanmıştır<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Dönmezer-Erman, I, s.323; Demirbaş, s.192; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.431.

<sup>37</sup> Üzülmöz-Akkaş, s.75.

<sup>38</sup> İçel-Evik, s.19; Üzülmöz-Akkaş, s.75.

<sup>39</sup> İçel-Evik, s.19; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.431.

Bununla birlikte, kanunda bir suç yönünden hem objektif cezalandırılabilme şartı hem de kovuşturma şartı aranmış olabilir. Bu durumda failin cezalandırılabilmesi için suçun unsurlarının yanı sıra bu şartların da gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin, TCK'nun 125 inci maddesinde, gıyapta hakaret yönünden, failin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi aranmış ve suç şikâyete tabi tutulmuştur. Buna göre, hakaret suçunda "ihtilat" objektif cezalandırılabilme şartı, "şikâyet" ise kovuşturma şartı olarak karşımıza çıkmakta olup, ihtilat ve şikâyet şartı gerçekleşmeden failin cezalandırılması söz konusu değildir.

Objektif cezalandırılabilme şartları ile kovuşturma şartları arasındaki diğer bir fark, kovuşturma şartının gerçekleşmemesi halinde verilecek hükme ilişkindir.

5271 sayılı CMK'nun 223 üncü maddesinin 8 inci fıkrasında; "*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir*" denilmektedir. Buna göre, kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında düşme kararı verilmeli<sup>40</sup>, buna karşılık şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek için durma kararı verilmelidir.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi halinde ise, aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız üzere durma ya da düşme kararı verilmemektedir.

### 5- Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Şahsi Cezasızlık Sebebi Ayırımı

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun icrası sırasında mevcut bulunan, belirli kişisel özellikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı dolayısıyla haksızlık ve suç teşkil eden fiilden failin cezalandırılmaması sonucunu doğuran hallerdir<sup>41</sup>. Şahsi cezasızlık sebeplerinin tatbik edilebilmesi için somut olayda fail tarafından bilinmesine gerek yoktur<sup>42</sup>.

Kanun koyucu suç siyaseti gereğince, failin suç teşkil eden eyleminden dolayı cezalandırılabilmesi için, objektif cezalandırılabilme şartı ismini verdiğimiz ek koşullar aramıştır.

Buna göre, şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde failin işlediği ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılması mümkün değil iken, objektif cezalandırılabilme şartlarının somut olayda gerçekleşmiş olması durumunda fail cezalandırıl-

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. **Öztürk-Erdem**, s.156.

<sup>41</sup> Örneğin, 5237 sayılı TCK'nun 167 nci maddesinin 1 inci fıkrasında; yağma ve nitelikli yağma dışında kalan malvarlığına karşı suçların, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerden birinin zararına işlenmiş olması, akrabalığın derecesine göre şahsi cezasızlık sebebi kabul edilmiş olup, bu durumda fail cezalandırılmayacaktır.

<sup>42</sup> Bkz. **Öztürk-Erdem**, n.134; **Özgenç**, s.545.



maktadır<sup>43</sup>. Diğer bir ifade ile şahsi cezasızlık sebepleri, cezalandırmanın olumsuz şartı, buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartları cezalandırmanın olumlu şartı olarak nitelendirilebilecektir.

Bunun dışında, şahsi cezasızlık sebepleri şahsa bağlı oldukları için, sadece ilgili kişi hakkında sonuç doğururlar. Diğer bir ifade ile, iştirak halinde işlenen suçlarda şahsi cezasızlık halinden, bütün suç ortaklarının faydalanması mümkün değildir. Bu hususla ilgili olarak TCK'nun 40 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasında; *“Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”* denilmektedir.

Buna karşılık, iştirak halinde işlenen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, objektif cezalandırılabilme şartının somut olayda gerçekleşmemiş olması, bütün suç ortaklarının cezalandırılmasını engellemektedir.

## 6- Objektif Cezalandırılabilme Şartının Gerçekleşmediği Durumlarda Mahkeme Tarafından Verilecek Hüküm

5271 sayılı CMK'nun 223 üncü maddesinde; *“Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür”* denilmiş ve hangi hallerde ne tür hüküm verileceği belirtilmiştir. Madde metni incelendiğinde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, bu şart gerçekleşmediği takdirde hangi hükmün verileceğinin düzenlenmediği görülmektedir.

765 sayılı TCK döneminde objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği hallerde beraat kararı verilmesi gerektiği ifade edilmekteydi<sup>44</sup>. Ancak 5271 sayılı CMK'nun 223 nci maddesinin 2 nci fıkrasında hangi hallerde beraat kararı verileceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre; beraat kararı;

- a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilir.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi beraat kararı verilecek haller arasında sayılmadığından ve şart gerçekleşmese bile eylem suç olma vasfını koruduğundan, beraat kararı verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira her ne kadar

<sup>43</sup> İçel-Evik, s.19.

<sup>44</sup> Dönmezer-Erman, I, s.322 vd.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.378.

şart gerçekleşmediği için faili cezalandırmak mümkün değil ise de, haksızlık ve suç teşkil eden bu eylem için failin disiplin ya da tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Beraat kararı verildiğinde ise, artık failin cezai sorumluluğunun yanı sıra disiplin ve tazminat sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Bu durum ise kanun koyucunun iradesine uygun düşmeyecektir.

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nun 179 uncu maddesinde<sup>45</sup>; trafik güvenliğini tehlikeye sokma suç olarak tanımlanmış ve failin cezalandırılabilmesi için maddede objektif cezalandırılabilme şartları öngörülmüştür. Buna göre, kara ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş işareti değiştiren kişi hakkında TCK'nun 179 uncu maddesi uyarınca açılan davada, mahkeme eylemin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olmadığı sonucuna ulaştığında, beraat kararı vermemelidir. Zira beraat kararı verildiğinde, faili 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 14. maddesine göre<sup>46</sup> idari yaptırıma tabi tutmak da mümkün olmayacaktır.

Bu nedenle kanaatimizce, hukuki niteliğini de dikkate alarak, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği durumlarda CMK'nun 223/4. maddesinde göre, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir<sup>47</sup>.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi failin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olduğu için, soruşturma aşamasında şartın gerçekleşmediğinin fark edilmesi ihtimalinde dahi, yeterli şüphenin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını sağlamalıdır. Zira ob-

<sup>45</sup> Maddede; "(1) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır..." denilmektedir.

<sup>46</sup> Maddede; "Karayolu yapısı ve trafik işaretleri ile ilgili olarak;

a) Karayolu yapısı üzerine, trafiği güçleştirecek, tehlikeye sokacak veya engel yaratacak, trafik işaretlerinin görülmelerini engelleyecek veya güçleştirecek şekilde bir şey koymak, atmak, dökmek, bırakmak ve benzeri hareketlerde bulunmak,

b) Karayolu yapısını, trafik işaretlerini ve karayoluna ait diğer yapı ve güvenlik tesislerini, üzerlerine yazı yazarak, çizerek veya başka şekillerde bozmak, yerlerini değiştirmek veya ortadan kaldırmak, Yasaktır.

Meydana gelen tehlike ve engeller, ilgili kuruluşlar ve zabıtaca ortadan kaldırılır, bozukluk ve eksiklikler yolun yapımı ve bakımından sorumlu kuruluşca derhal giderilir, zarar karşılıkları ve masrafları sorumlulara ödetilir.

Bu madde hükmüne uymayanlara 7 200 000 lira para cezası verilir" denilmektedir.

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz. **Üzülmmez-Akkaş**, s.76; Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde beraat kararı verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Öztürk-Erdem**, s.155; **Demirbaş**, s.193.

jektif cezalandırılabilme şartı, soruşturma veya kovuşturma engeli olmayıp, sadece failin cezalandırılması ya da cezalandırılmamasına neden olmaktadır.

Burada son olarak objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bu suçta, zama-  
naşımı süresi soruşturma aşamasında dolduğunda nasıl hareket edilmesi gerektiğine  
de değinmek gerekir.

Dava zamaşımı süresinin dolması soruşturma ve kovuşturmanın devamı-  
na engeldir. Buna göre, dava zamaşımı süresinin dolduğu soruşturma aşamasın-  
da tespit edilirse, şüpheli hakkında “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” (CMK.  
m.172), kovuşturma aşamasında anlaşılırsa “kamu davasının düşmesi kararı”  
(CMK. m.223/8) verilmelidir.

Doktrinde ise, dava zamaşımının 5237 sayılı TCK’da davanın düşürülmesi-  
ni gerektiren sebepler arasından sayılmış olması nedeniyle, dava zamaşımı süresi-  
nin dolduğundan bahisle kamu davası açılmasından sarfinazar edilemeyeceği, kamu  
davasının açılması gerektiği, kamu davası açıldıktan sonra mahkeme tarafından da-  
vanın düşmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>48</sup>.

5271 sayılı CMK’nun 171 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; “Cumhuriyet  
savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluş-  
turacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde  
kovuşturmaya yer olmadığına karar verir” denildiğine göre, soruşturma aşamasında  
zamaşımı süresinin dolduğunu tespit eden savcının “kovuşturmaya yer olmadığı-  
na dair karar” vermesi gereklidir. Zira zamaşımı süresinin dolması kovuşturmaya  
engel olan bir durumdur. Aksinin kabulü yani zamaşımına uğramış bir fiil hak-  
kında kamu davası açılması, CMK’nun 171 inci maddesine açıkça aykırı olacağı  
gibi, ceza muhakemesi ilkelerinden usul ekonomisi ilkesini de ihlal etmiş olacaktır.

Bununla birlikte dava zamaşımının 5237 sayılı TCK’da davanın düşürül-  
mesini gerektiren sebepler arasında sayılması, dava zamaşımı süresinin dolmasına  
rağmen kamu davasının açılması gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Zira 5237 sayılı  
TCK’da davanın düşürülmesini gerektiren sebepler arasında yer alan şüphelinin so-  
ruşturma aşamasında ölümü halinde de “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar”  
verilmektedir.

## 7- Zamaşımı Kavramı

Zamaşımı, kanunda öngörülen belli sürelerin geçmesi ile devletin cezalan-  
dırma yetkisini ortadan kaldırmaktadır<sup>49</sup>. Belli bir sürenin geçmesi ile suç unu-

<sup>48</sup> Özgenç, s.746.

<sup>49</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.974; Lorenz, Max, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetz-  
gebung, Berlin 1955, s.1 vd.; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, s.432.  
Özgenç, dava zamaşımının, işlenen suçun cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran (Strafaufhe-  
bungsgrund) bir sebep olduğunu belirtmektedir. Bkz. Özgenç, s.745.

tulduğu için, zamaşaşımı fiilin cezalandırılmasını ve tedbirlere hükmedilmesini engeller<sup>50</sup>.

Devlet, cezalandırma yetkisini suç teşkil eden fiilin işlenmesiyle birlikte kamu davası açmak ve bu dava sonucunda hükmedilen cezanın infazını sağlamak suretiyle kullanmaktadır<sup>51</sup>. Cezalandırmanın devlet açısından bir hak mı yoksa yetki mi olduğu hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte<sup>52</sup>, kanımızca cezalandırma devlete hukuk tarafından verilmiş bir yetkidir. Zira suçun işlendiğini öğrenen devlet, derhal olaya el koymak ve suçlu veya suçluları yargılayarak, bu kişilerin suç işledikleri sabit olduğu takdirde mahkûm oldukları cezaların infazını yerine getirmek zorundadır.

Cezalandırmayı hak olarak kabul ettiğimizde ise, böyle bir zorunluluktan bahsetmemiz mümkün olmayacak, bu hususta devletin takdir hakkı söz konusu olacaktır<sup>53</sup>. Bu ise cezaların konuluş amacına aykırı nitelik arz edecektir.

Cezalandırmanın devlete ait bir yetki oluşu mutlak suretle bu yetkiden vazgeçilemeyeceği anlamına gelmez. Kanunkoyucu kimi hallerde devletin bu yetkisinin kullanılmasında gerektiğini de öngörebilir. Nitekim 5237 sayılı TCK'da sanığın veya hükümlünün ölümü (m.64), af (m.65), dava ve ceza zamaşaşımı (m.66 vd.) gibi hallerde, kanunkoyucu devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırmıştır.

Buradan hareketle zamaşaşımının devletin belli şartlar dâhilinde cezalandırma yetkisinden vazgeçtiği bir kurum olduğunu söyleyebiliriz. Burada devlet, suç işleyen, suç işlediğinden şüphelenilen kişi hakkında, soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yapmaktan vazgeçmektedir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> **Stree, Walter-Detlev Sternberg, Lieben**, in: Schönke, Adolf-Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006, s.1089.

<sup>51</sup> Suçun işlenmesi ile birlikte ceza davasının değil, devletin ceza vermesine yönelik subjektif hakkının ortaya çıktığı, ceza davasının esas itibarıyla suçları takip etmekle görevli olanları harekete geçiren bir çeşit büro işi olduğu, bu itibarla zamaşaşımı, af gibi hallerde ceza davasının değil, suçun düştüğü belirtilmektedir. Bkz. **Bettiol G.**, Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi, (Çev.:Faruk Erem), AÜHFD, C:XII, 1955, S:1-2, s.3 vd.

<sup>52</sup> **Taner, Fahri Gökçen**, Ceza Hukukunda Zamaşaşımı, Ankara 2008, s.18, 19; **Dönmezer-Erman**, C.:I, s.44, 45; **Hafizoğulları, Zeki**, Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, s.390-394.

<sup>53</sup> **Hafizoğulları**, cezalandırmanın devlete ait bir hak olduğunu ve bunun süresinde kullanılmamasının devletin suç kovuşturma veya cezayı çekirme hakkını ortadan kaldırdığını belirtmektedir. **Hafizoğulları, Zeki**, 5237 s. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi, s.4 vd., (<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, erişim tarihi:15.04.2013). Ayrıca yazar devletin sonsuza kadar suçlunun peşinde olma hakkı bulunmadığını belirtmektedir. **Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s.536.

<sup>54</sup> **Koca-Üzülmez**, s.595; **İçel, Kayıhan- Sokullu Akıncı, Füsün- Özgenç, İzzet- Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener**, İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s.344; **Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s.984; **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: II-III, İstanbul 1992, s.768.

Zamanaşımı kurumu 5237 sayılı TCK.'nun "Genel Hükümler" kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının "Dava ve Cezanın Düşürülmesi" başlıklı dördüncü bölümünde 66-72 nci maddeler arasında dava ve cezayı düşüren bir sebep olarak kabul edilmiştir.

Bunun yanında 1982 Anayasası'nın 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında, zamanlaşımı, suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, zamanlaşımı konusunda sanığın veya hükümlünün lehine olan kanunların geçmişe yürüyebileceği, lehe olan kanunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>55</sup>.

## 8- Dava Zamanlaşımı Kavramı

Dava zamanlaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren kanunda öngörülen sürelerin geçmesi ile şüpheli hakkında soruşturma yapılmasına ve kamu davası açılmasına ya da sanık hakkında açılmış olan kamu davasının devam etmesine, böylece devletin cezalandırma yetkisini kullanmasına engel olan kurumdur. Buna göre, dava zamanlaşımı fiilin işlendiği tarih ile hükmün kesinleşmesi arasında söz konusu olabilmektedir. Hükmün kesinleşmesi ile birlikte ise artık dava değil ceza zamanlaşımından bahsedilecektir<sup>56</sup>. Bu itibarla dava zamanlaşımı ile ceza zamanlaşımı arasında hiçbir boşluk yoktur<sup>57</sup>.

Dava zamanlaşımı süresinin dolması durumunda işlenen fiil suç olma vasfını korumaktadır. Ancak bu sürenin geçmesi, devletin cezalandırma yetkisini sona erdirdiğinden, suçun kovuşturulabilirliğini<sup>58</sup>, cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmaktadır<sup>59</sup>. Buna karşılık doktrinde; dava zamanlaşımının fiilin haksızlık muhtevasını yani suç olma özelliğini de ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir<sup>60</sup>.

Doktrinde dava zamanlaşımı terimi yerine farklı kavramlar kullanılmaktadır. (Mukayeseli hukuk incelendiğinde; Alman Hukukunda "takibat zamanlaşımı" (Verfolgungsverjährung), Fransız Hukukunda "kamu davası zamanlaşımı" (presc-

<sup>55</sup> 1982 Anayasası'nın 38 inci maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkralarında; "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanununun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

*Suç ve ceza zamanlaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır*" denilmektedir.

<sup>56</sup> İfade edelim ki, ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildikten sonra temyiz yoluna müracaat edilmiş ise, hüküm tarihi ile temyiz tarihi arasında geçen süre dava zamanlaşımından sayılmalıdır.

<sup>57</sup> **Schmid, Johann**, in: Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, Berlin 2008, s.1497.

<sup>58</sup> **Öztürk-Erdem**, Ceza Hukuku, s.436; *Soyaslan*, suçun işlenmesinden itibaren belli bir sürenin geçmesine rağmen, sanık hakkında "dava açılmamışsa" dava zamanlaşımından bahsedilebileceğini belirtmektedir. **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s.583.

<sup>59</sup> **Özgenç**, s.745.

<sup>60</sup> **Özgenç**, s.745; **Maurach, Reinhart- Gössel, Karl Heinz-Zipf, Heinz**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage 1989, §75, kn.15, s.747; **Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s.911.

ription de l'action publique), Amerikan Hukuku'nda "dava zamanaşımı" (statue of limitations), İtalyan Hukukunda ise "suç zamanaşımı" (prescrizione del reato) terimleri kullanılmaktadır.)

Kunter, dava zamanaşımı ibaresi yerine "cezalandırma zamanaşımı" teriminin kullanılması gerektiğini belirtmekte ve bunu "suç faili hakkında suçu koğuşturmamaz hale getirmek sonucunu doğurmak üzere belli bir zamanın kanunda yazılı şartlar altında geçmesi" şeklinde tanımlamaktadır<sup>61</sup>.

Doktrinde bir diğer görüş ise, dava zamanaşımı yerine, "koğuşturma ve dava zamanaşımı" teriminin kullanılması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>62</sup>.

Majno ise, "ceza davası zamanaşımı" terimi kullanmaktadır<sup>63</sup>.

1982 Anayasası'nın 38 inci maddesinin 2 nci fıkrasında ise "suç zamanaşımı" ibaresi kullanılmıştır. Dava zamanaşımı süresinin dolması fiili suç olmaktan çıkarılmadığı için, bu terimin doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

Dava zamanaşımı sadece kamu davasının düşmesine neden olmadığından<sup>64</sup>, "soruşturma ve kovuşturma zamanaşımı" teriminin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira bu ibare yukarıda yaptığımız tanımı da kapsayıcı niteliktedir. Ancak kanunkoyucu "dava zamanaşımı" terimini tercih ettiği için, biz de açıklamalarımızda bu kavramı kullanacağız.

Dava zamanaşımı süresinin dolması soruşturma ve kovuşturmanın devamına engeldir. Buna göre, dava zamanaşımı süresinin dolduğu soruşturma aşamasında tespit edilirse, şüpheli hakkında "kovuşturmaya yer olmadığı kararı", kovuşturma aşamasında anlaşılırsa "kamu davasının düşmesi kararı" verilmelidir.

Doktrinde ise, dava zamanaşımının 5237 sayılı TCK'da davanın düşürülmesini gerektiren sebepler arasından sayılmış olması nedeniyle, dava zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle kamu davası açılmasından sarfınazar edilemeyeceği, kamu davasının açılması gerektiği, kamu davası açıldıktan sonra mahkeme tarafından davanın düşmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>65</sup>.

5271 sayılı CMK'nun 171 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; "*Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde*

<sup>61</sup> Kunter, Nurullah, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, (Doçentlik tezi), İstanbul 1946, s.44.

<sup>62</sup> Özgenç, İzzet, Banka Yolsuzlukları ve Zamanaşımı Sorunu, Türk Hukuk Dergisi, S.:71, Ocak 2003, s.3.

<sup>63</sup> Majno, Ceza Kanunu Şerhi -Türk ve İtalyan Ceza Kanunları-, C.: I, Ankara 1977, s.513.

<sup>64</sup> Kanaatimizce, her ne kadar kanunda dava zamanaşımı süresinin dolması durumunda, kamu davasının düşeceği belirtilmişse de, usul ekonomisi ve zamanaşımının dava şartı olması nedeniyle soruşturma aşamasında zamanaşımına uğrayan fiiller için kamu davası açılmamalı, doğrudan kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmelidir.

<sup>65</sup> Özgenç, s.746.

*kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir*” denildiğine göre, soruşturma aşamasında zamanaşımı süresinin dolduğunu tespit eden savcının “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar” vermesi gereklidir. Zira zamanaşımı süresinin dolması kovuşturmayaya engel olan bir durumdur. Aksinin kabulü yani zamanaşımına uğramış bir fiil hakkında kamu davası açılması, CMK’nun 171 inci maddesine açıkça aykırı olacaktır gibi, ceza muhakemesi ilkelerinden usul ekonomisi ilkesini de ihlal etmiş olacaktır.

Bununla birlikte dava zamanaşımının 5237 sayılı TCK’da davanın düşürülmesini gerektiren sebepler arasında sayılması, dava zamanaşımı süresinin dolmasına rağmen kamu davasının açılması gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Zira 5237 sayılı TCK’da davanın düşürülmesini gerektiren sebepler arasında yer alan şüphelinin soruşturma aşamasında ölümü halinde de “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar” verilmektedir.

Bu görüşümüzün bir diğer dayanağı 5237 sayılı TCK’nun 72 nci maddesidir. Maddenin ikinci fıkrasında; *“Dava ve ceza zamanaşımı re’sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler”* denilerek, dava zamanaşımının soruşturma aşamasında da nazara alınabileceği ifade edilmek istenmiştir.

Sonuç olarak, dava zamanaşımı süresi soruşturma aşamasında dolarsa “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar”<sup>66</sup>, kovuşturma aşamasında dolarsa “kamu davasının düşmesi kararı” verilmelidir.

Dava zamanaşımı dolayısıyla hakkında açılan davanın düşmesine karar verilen failin işlediği başka bir suçtan dolayı zamanaşımına uğrayan fiilin cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>67</sup>. Kanımızca dava

<sup>66</sup> Nitekim Yargıtay dava zamanaşımının dolması sebebiyle verilen takipsizlik kararını yasaya aykırı bulmamıştır. “Sanıkların yakınana ait işyerinin sağlam ve dayanıklı olan kepenk kilitlerini demir kesme makası ile keserek hırsızlık suçunu işledikleri iddia edildiğinden, eylemlerinin 765 sayılı TCY.nın 493/1 veya 5237 sayılı TCY.nın 142/1-b maddelerinde belirtilen hırsızlık suçuna uyduğu, anılan Yasanın 493/1. maddesinde öngörülen cezanın üst sınırına göre aynı Yasanın 102/3. maddesine göre 10; yine 5237 sayılı TCY.nın 142/1-b maddesinde öngörülen cezanın üst sınırına göre de adı geçen Yasanın 66/1-e maddesine göre 8 yıllık zamanaşımına tabi olduğu, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca, sanık yararına olan hükmün önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle bulunacağına hükme bağlandığı, takipsizlik kararını veren Cumhuriyet Savcılığınca ise cezanın miktarı ile zamanaşımı sürelerini düzenleyen hükümler yönünden karma uygulama yapılarak zamanaşımının dolduğu sonucuna varılarak takipsizlik kararının verildiği 20.02.2006 tarihinde her iki Yasa hükümlerine göre dava zamanaşımının dolmadığı gözetilerek takipsizlik kararına karşı yapılan itirazın kabulüne karar vermek gerektiği anlaşıldığından, kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay C.Başsavcılığının ihbar yazısı, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden kabulü ile Eyyüp 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.4.2006 günlü 2006/481 sayılı takipsizlik kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin kararın 5271 sayılı CMK’nun 309. maddesi gereğince bozulmasına...” Yarg. 6.CD.’nin 21.06.2007 tarih ve 2006/12769, 2007/7972 sayılı kararı, karar için bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, TCK Şerhi, Genel Hükümler, Madde 37-75, 2. Cilt, Ankara 2009, s.1740, 1741.

<sup>67</sup> Zamanaşımının dolmasının suçun haksızlığını ortadan kaldırmadığı, diğer suçlar açısından cezanın artırılmasında değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Bkz. **Schmid**, s.1502; **Özgenç**, s.745.

zamanaşımına uğramış olsa dahi, hiç suç işlememiş ve hakkında dava açılmamış bulunan kişi açısından fark oluşması yönünden ileri sürülen bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira zamanaşımı durumunda işin esası hakkında bir karar verilmemekte, böylece kişinin suçu işlediği konusu ispatlanmamış olmasına rağmen, şüpheli olan bir hususa sanık aleyhine sonuç izafe edilmektedir. Ayrıca, kişinin adli sicil kaydında dava zamanaşımına ilişkin bilgilerin yer almaması da bu hususun takibini imkânsız kılmaktadır. Ayrıca ifade etmeliyiz ki, bu görüşü dava zamanaşımından ziyade ceza zamanaşımı bakımından kabul etmek gerekmektedir. Zira ceza zamanaşımından kişinin suçluluğu mahkeme kararı ile tespit edilmiş ve kesinleşmiştir. Bunun yanında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4 üncü maddesinde adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında ceza zamanaşımının dolduğunun tespitine ilişkin kararın yer alacağı belirtilmiştir<sup>68</sup>.

## 9- Dava Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı

### a- Suçun Ortaya Çıktığı Günden Başlaması

Bu görüşe göre, bir suç toplumda en fazla etkiyi ortaya çıktığı gün gösterir. Sosyal endişe ve toplumun suçu unutmaması da ancak suçun ortaya çıkmasından sonra gerçekleşebilir. Suçun varlığı bilindikten sonra ise, her geçen gün toplumun tepkisi azalır ve belli bir süre sonra (zamanaşımını süresinin dolması ile) tamamen ortadan kalkar<sup>69</sup>.

Ancak bu sistem, dava zamanaşımını sonsuz hale getireceği, devletin suçu ortaya çıkarmaktaki ihmalinin suçluya yükletileceği, suçlunun belli bir süre geçtikten sonra kendini savunma imkânından mahrum olacağı, suçun ne zaman öğrenildiğinin kesin olarak ispatlanmasının zor olacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>70</sup>.

Fransız Yargıtay'ı güveni kötüye kullanma, şirket mallarının kötüye kullanılması, hile ile sosyal yardım alma, rüşvet ve dolandırıcılık gibi suçlarda, suç niteliği taşıyan davranışın gizli kalmasının suçun kurucu unsuru olması nedeniyle, dava zamanaşımının suçun öğrenildiği günden başlaması gerektiğini belirtmektedir<sup>71</sup>.

Kanaatimizce, devlet cezalandırma yetkisini suçun ortaya çıktığı günden değil, suçun işlendiği günden itibaren kullanabilecek olduğu için, zamanaşımı kuruğunu şüpheli ve sanığın aleyhine genişletmek doğru değildir.

<sup>68</sup> 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 9 uncu maddesinde ise, adli sicildeki bilgilerin ceza zamanaşımının dolması halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek, arşiv kaydına alınacağı belirtilmiştir.

<sup>69</sup> Erem-Danışman-Artuk, s.998; Uzun, Mehmet Ali, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul 1994, s.81; Aktaş, Yusuf, Ceza Davalarında Yasayolları, Zamanaşımı ve Süreler, İstanbul 1979, s.19.

<sup>70</sup> Erem-Danışman-Artuk, s.998; Aktaş, s.19.

<sup>71</sup> Taner, Zamanaşımı, s.66.



### **b- Soruşturmaya İlişkin İlk İşlemin Yapıldığı Günden Başlaması**

Bu görüşe göre, zamanaşımı süresi şüpheli hakkında ilk soruşturma işleminin yapıldığı günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Böylece işlendiği iddia edilen fiille ilgili olarak savcılığın harekete geçtiği gün, zamanaşımının başlangıç günüdür. Nitekim savcı tarafından gerçekleştirilen usuli işlemlerin zamanaşımı süresini kesmesi de bu görüşün bir uzantısıdır<sup>72</sup>.

Kanaatimizce soruşturma aşamasında olayın aydınlatılmasına yönelik usuli işlemler zamanaşımının kesilmesi nedeni olarak kabul edildiği için, ayrıca ilk soruşturma işlemini zamanaşımının başlangıcı saymak, zamanaşımı kurumunun amacı dışında genişletilmesi ve uygulanamaz hale getirilmesine neden olacaktır.

### **c- Suçun İşlendiği Günden Başlaması**

Bu görüşü benimseyenlere göre, suçun işlendiği gün zamanaşımı hesaplanırken dikkate alınmalı ve zamanaşımı süresinin birinci günü suçun işlendiği gün kabul edilmelidir<sup>73</sup>. Suçun işlendiği günden itibaren devletin cezalandırma yetkisi ortaya çıktığına göre, zamanaşımının bu günden itibaren işlemeye başlaması gerekir. Zira suçun işlendiği gün faili yakalamak ve dava açmak imkânı bulunmaktadır. Zamanaşımının suçun işlendiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlaması, zamanaşımını bir gün süre ile durduracak ve zamanaşımı bir günlüğüne işlememiş sayılacaktır. Bu görüşü savunan bazı yazarlar ise zamanaşımının başlangıcının tespitinde suçun işlendiği saatin de hesaba katılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>74</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun 78a maddesinde; "Dava zamanaşımı süresi fiil tamamlanır tamamlanmaz işlemeye başlar" denilerek zamanaşımının fiilin işlendiği günden itibaren başlaması gerektiği belirtilmiştir<sup>75</sup>.

Aynı şekilde Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 7 nci maddesinde; dava zamanaşımının "suçun işlendiği tarihten itibaren" hesap edileceği hususu açıkça düzenlenmiştir<sup>76</sup>.

### **d- Suçun İşlendiği Günü Takip Eden Günden Başlaması**

Bu görüşü savunanlara göre, zamanaşımı suçun işlendiği günden değil, bir sonraki günden itibaren hesaplanmalıdır. Bir gün yirmidört saat olduğu ve suçun işlendiği andan itibaren henüz yirmidört saat geçmediği için, suçun işlendiği günün zamanaşımının başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Eğer suçun

<sup>72</sup> Lorenz, s.81; Erem-Danışman-Artuk, s.988, 999.

<sup>73</sup> Dönmezer-Erman, III, s.261; Önder, II-III, s.783; Erem-Danışman-Artuk, s.998, 999.

<sup>74</sup> Dönmezer-Erman, III, s.261; Önder, II-III, s.783.

<sup>75</sup> Schönke-Schröder, s.1091.

<sup>76</sup> <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview> , erişim tarihi, 27.04.2013.

işlendiği gün hesaba katılacaksa, bunun saatinin de bilinmesi gerekir. İşlendiği saat tespit edilemeyen suçlarda suçun işlendiği günden zamanaşımını başlatmak kanunda öngörülen süreden daha kısa bir zamanda fiilin zamanaşımına uğramasına sebebiyet verecektir<sup>77</sup>.

Bu görüşte olanlar, bir şeyin başlamasının diğer şeyin bitmesine bağlı olduğunu, zamanaşımının başlangıç günü ile suçun işlendiği günün aynı zaman diliminde bulunamayacağını, bu nedenle suçun işlendiği gün değil, takip eden günün zamanaşımının birinci günü olduğunu ileri sürmüşlerdir.

765 sayılı TCK'nun mehazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'na göre de, zamanaşımının, suçun işlendiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmişti<sup>78</sup>.

### e- 5237 sayılı TCK'nun Benimsediği Sistem

5237 sayılı TCK'da dava zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağı zaman, suç tiplerinin özelliği, işleniş biçimi ve mağdurun yaşı ve konumu göz önünde bulundurularak belirtilmiştir.

Aşağıda dava zamanaşımı sürelerinin başlangıcı çeşitli ihtimaller ve 5237 sayılı TCK'nun düzenlemesi çerçevesinde incelenecektir.

5237 sayılı TCK'nun 66 ncı maddesinin 6 ncı fıkrasında; dava zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin tamamlanmış suçlar, teşebbüs halinde kalan suçlar, kesintisiz suçlar, zincirleme suçlar ve çocuklara karşı üstsoy veya nüfuzu altında buldukları kişiler tarafından işlenen suçlar açısından bir takım hükümler getirilmiştir.

Ancak dava zamanaşımının başlangıcına dair genel bir hüküm kanunda yer almamaktadır.

66 ncı maddenin 6 ncı fıkrasından kanun koyucunun suçun işlendiği günü dava zamanaşımının başlangıcı olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılmalıdır.

765 sayılı TCK döneminde de kanunda açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Kanunun 104 üncü maddesinin 11.06.1936 tarih ve 3038 sayılı kanunla değiştirilmesinin ardından, zamanaşımı süresinin başlangıcının suçun işlendiği gün olduğu fikri ağırlık kazanmıştı. Söz konusu değişikliğe ilişkin gerekçede; *"Hukuk amme davasının mürruru zamanını kesen muamelelerin neden ibaret olduğu yazılı bir şekilde*

<sup>77</sup> **Dönmezer-Erman**, III, s.261; **Önder**, II-III, s.784; **Kunter**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s.72.

<sup>78</sup> 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında maddenin, "tamamiyle icra olunmuş suçlarda zamanaşımı, fiilin tamamen icrasından başlar" şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiş ancak bu kabul görmemiştir. Bu itibarla Zanardelli Ceza Kanunu'nda suçun işlendiği günün zamanaşımına dâhil olmadığı benimsenmişti. 1889 İtalyan CK'nun hazırlık sürecindeki tartışmalar için bkz. **Majno**, C.:I, s.519, 520.

*anlaşılmadığından ve bu yüzden tatbikatta muhtelif içtihatlarla yol açılmış bulunduğundan bu muameleleri birer birer tasrihin faydalı olacağına kani olan encümen bunları birer birer tespit ettiği gibi kesilme üzerine müruru zamanın ertesi günü değil aynı gün cereyana başlaması esasını doğru bulmuştur” denilmektedir<sup>79</sup>.*

Yine söz konusu dönemde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.01.1940 tarih ve 1940/6 E., 1940/64 K. sayılı ilamında<sup>80</sup>; *“Suçun vukuu gününden başlayan hukuku amme davasının müruruzaman müddeti...”* denilerek zamanaşımının başlangıç zamanı açıkça belirtilmişti.

Kanaatimizce<sup>81</sup> 5237 sayılı TCK'nun 66 ncı maddesinin 6 ncı fıkrası çerçevesinde, suçun işlendiği günün de zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınması gerekmektedir<sup>82</sup>.

Zamanaşımı süreleri 72 nci maddenin 1 inci fıkrasına göre hesaplanmalıdır. Buna göre; *“Dava ve ceza zamanaşımı süreleri, gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmî takvime göre hesap edilir”*.

Burada incelenmesi gereken bir diğer husus, suçun işlendiği günün tam olarak belirlenememesi durumunda zamanaşımı süresinin başlangıcının nasıl tespit edileceğidir. Bu ihtimalde “şüpheden sanık yararlanır ilkesi (in dubio pro reo)” uyarınca failin lehine olan günün suçun işlendiği gün kabul edilmesi gerekir<sup>83</sup>. Buna göre, zamanaşımının başlangıcı dosyadaki mevcut delil durumuna göre tespit edilebilen

<sup>79</sup> Bkz. **İçel, Kayıhan-Yenisey, Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994, s.466.

<sup>80</sup> Karar için bkz. **Uzun**, s.84.

<sup>81</sup> 5237 sayılı TCK'nun mevcut düzenlemesi her ne kadar zamanaşımı süresinin suçun işlendiği tarihten başlamasını öngörmüşse de, kanımızca suç gününün zamanaşımına dâhil edilmeyeceği bir düzenlemenin olması daha doğru olacaktır. Zira, aynı günün hem suçun işlendiği hem de zamanaşımının başladığı an olmamalıdır. Hatta bu konuda en adilane düzenleme suçun işlendiği saate göre bir belirleme yapılmasıdır. Nitekim TCK'nun 72 inci maddesinde bir gün yirmidört saat olarak belirtilmiştir. Buna göre, suçun işlendiği saatten itibaren yirmidört saat geçmedikçe bir günden bahsedilemeyecektir.

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz. **Demirbaş**, s.663; **Kayanççek, Murat**, Dava Zamanaşımı, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/158.doc>, erişim tarihi, 27.04.2013, s.6; **Erem-Danışman Artuk** ise, suçun işlendiği günü saymayarak zamanaşımının başlangıcının, suçun işlendiği günü izleyen gün olarak belirlenmesi gerektiğini, zira bir şeyin başlamasının diğer şeyin bitmesine bağlı olduğunu, kanunda saat ölçüsü bulunmadığı için, suçun işlendiği gün bütün olarak kabul edilerek, suçun işlendiği günün ertesinin zamanaşımının birinci günü sayılması gerektiğini belirtmektedirler. **Erem-Danışman-Artuk**, s.1000.

<sup>83</sup> **Schönke-Schröder**, s.1096; **Kühl, Kristian**, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2007, s.527; **Schmid**, s.1505; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.745; **Demirbaş**, s.663; **Soyaslan**, s.586; **Taner**, Zamanaşımı, s.69. “Sanığın her iki suçu da 1994 yılı ekim ayında işlediği anlaşılakta ise de, suçların ekim ayının hangi gününde işlendiği kesin biçimde saptanamamıştır. Bu bakımdan, zamanaşımının hesabında sanığın en lehine sonuç verecek tarih olan 1 Ekim 1994 gününün zamanaşımının başlangıç günü olarak kabulü zorunludur” Yarg. CGK'nun 03.06.2003 tarih ve 5-106/232 sayılı kararı, karar için bkz. **Kayanççek**, Dava Zamanaşımı, s.21-24.

ve sanığın en lehine olabilecek andır. Nitekim Yargıtay da suçun işlendiği günün belirlenememesi durumunda, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanacağına hükmetmiştir<sup>84</sup>.

Bunun yanında dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği günden itibaren başlayacağı için, söz konusu suçun henüz ortaya çıkmamış olması herhangi bir öneme sahip değildir. Zira kanunda suçun öğrenildiği tarihten değil, suçun işlendiği tarihten bahsedilmektedir.

Suç biliniyor, tarihi biliniyor, faili bilinmiyorsa yani faili meçhul bir suç söz konusu ise, yine dava zamanaşımı suçun işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu fiille ilgili olarak iddianame düzenlenebilecek ve kamu davası açılacaktır. Dava zamanaşımı süresi içerisinde mahkeme delilleri toplayacaktır. Mahkeme tarafından sanık hakkında kaçak olduğuna karar verilirse, dava zamanaşımı duracak, aksi takdirde sanığın yokluğunda karar verilemiyorsa, kanunun öngördüğü sürenin geçmesiyle birlikte davanın düşmesine karar verilecektir.

### 10- Objektif Cezalandırılabilme Şartı İhtiva Eden Suçlar Yönünden Dava Zamanaşımının Başlangıcı

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun bütün unsurları gerçekleştiikten sonra söz konusu olan ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır<sup>85</sup>. Bu şartlar, suçun unsurlarına dâhil olmadığı için, suçun gerçekleşme anına ilişkin herhangi bir etkiye sahip değildir<sup>86</sup>.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, bu şartlar gerçekleşmese dahi, suç olma özelliğine sahiptirler ve haksızlık teşkil etmektedirler. Sadece devletin bu şartlar gerçekleşmeden cezalandırma yetkisini kullanması mümkün değildir.

Kanaatimizce 5237 sayılı TCK'da objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar açısından özel bir düzenleme yer almadığı için, zamanaşımının genel kural

<sup>84</sup> "İddia ve dosya içeriğine göre, sanığa 1975 yılında teslim olunan otolara ait parçaların sanık tarafından hangi tarihte sökülüp alındığı belli değildir. Bu tarih otoların teslim edildiği 1975 yılının herhangi bir ayı olabileceği gibi, dava zamanaşımına neden olan başka yıllar da olabilir. Suç tarihinin sanık aleyhine olarak son güne kadar devam ettirmek, şüphe sanık lehine yorumlanır kuralına ters düşecektir. Bu itibarla yerel mahkemenin direnme kararında gösterdiği gerekçeler usul ve yasa-ya uygun bulunduğundan, katılan idare vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir" Yarg. CGK.'nun 24.06.1985 tarih ve 583/393 sayılı kararı, karar için bkz. **Günay, Erhan**, Gümrük Kaçakçılığı Davalarında Dava Zamanaşımı Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, Y.:4, S.:39, Kasım 2009, s.90, 91.

<sup>85</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.578; **Öztürk-Erdem**, s.149; **Özgenç**, s.559; **Soyaslan**, s.206.

<sup>86</sup> **Kunter**, Kanuni Unsurlar, s.217.

olan “suçun işlendiği tarihten”<sup>87</sup> başlaması gerekir<sup>88</sup>. Suçun işlendiği tarih cezalandırma şartının gerçekleştiği an olmadığı için, kanunda öngörülen hareketin yapılması ile birlikte suç oluşmuştur ve zamaşaşımı süresi bu tarihten başlamalıdır<sup>89</sup>. Ancak en doğru yol kanuna bu konuda bir hüküm ilave edilmesidir.

Nitekim İtalyan CK’nun 158 inci maddesinde, cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, dava zamaşaşımının şartın gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacağı açıkça belirtilmiştir<sup>90</sup>.

Örneğin 5237 sayılı TCK’nun 161 inci maddesinde yer alan “hileli iflas suçu” açısından objektif cezalandırılabilme şartı öngörülmüştür. Buna göre, bir ticari faaliyet bağlamında malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmakla birlikte hileli iflas suçu oluşmaktadır. Ancak bu suçu işleyen failin cezalandırılabilmesi için, iflasa karar verilmiş olması gerekir. İflas olgusu bu suçu açısından objektif cezalandırılabilme şartıdır. Bu tarz bir fiili işleyen kişi açısından suç, iflasa karar verildiği anda değil, malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunulduğu anda oluşmaktadır. Zamaşaşımı da “suçun işlendiği tarihte” işlemeye başladığı için, zamaşaşımı süresinin başlangıcı açısından iflasa kararının verildiği anın bir önemi bulunmamaktadır.

Buna karşılık, Yargıtay hileli iflas suçunda zamaşaşımı süresinin iflas kararının kesinleştiği tarihte başlayacağını belirtmektedir<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Özgenç, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlarda, suçun işlenmiş ve dolayısıyla tamamlanmış sayılabilmesi için, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi gerektiğini, bu itibarla bu suçlarda dava zamaşaşımı süresinin, maddi unsurların yanı sıra, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Özgenç, s.562.

<sup>88</sup> Aynı yönde bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.999; Demirbaş, s.663; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.432-434. Doktrinde, talep, izin ve karar gibi dava şartlarının gerçekleşmesine bağlı suçlarda, devletin cezalandırma hakkına hâle gelmemesi ve kovuşturma yapılmasının bu şartın gerçekleşmesine bağlı olması nedeniyle dava zamaşaşımının dava şartının gerçekleştiği günde değil, failin işlendiği tarihte başlayacağı ileri sürülmesine rağmen, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda dava zamaşaşımının şartın gerçekleştiği tarihte işlemeye başlayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Kayaççiçek, Dava Zamaşaşımı, s.7; Dönmezer-Erman, III, s.258; Önder, II-III, s.789; İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, s.360; Erem-Danışman-Artuk, s.1010; Uzun, s.91.

<sup>89</sup> Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartlarının söz konusu olması halinde, şart gerçekleşinceye kadar zamaşaşımının durması gerektiği ileri sürülmektedir. Kunter, Kanuni Unsurlar, s.221.

<sup>90</sup> Demirbaş, s.688; Taner, Zamaşaşımı, s.81; Önder, II-III, s.789.

<sup>91</sup> “Hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilme koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşme tarihi olduğundan; olayda, 765 Sayılı TCK. nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen dava zamaşaşımının, gerçekleşmediği gözetilmeden suç tarihinin iflas davasının açıldığı 12.10.1999 günü olduğu kabul edilerek kamu davasının zamaşaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi...” Yarg. 11. CD.’nin 25.03.2008 tarih ve 2008/352 E., 2008/1731 K. sayılı kararı. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

Bu husus Alman Hukukunda da tartışmalı olup, ağırlıklı olarak zamanaşımının şartın gerçekleştiği andan başlaması gerektiği belirtilmektedir.

Bir görüşe göre, suç hareketin yapıldığı anda işlendiğine ve suçun varlığı için neticeye de ihtiyaç olduğuna göre, suçun işlendiği tarih, hareketin yapıldığı tarihtir. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda suçun oluşumu için şartın gerçekleşmesine gerek yoktur. Ancak zamanaşımında durum farklıdır. Bu farklılık 78 inci maddedeki neticeli suçlarda zamanaşımının neticeden başlaması ile alakalı değildir. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, bu şart gerçekleşmeden devletin ceza verme hakkı mümkün olmadığından, zamanaşımı da bu tarihte işlemeye başlamalıdır<sup>92</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, objektif cezalandırılabilme şartı suçun oluşumu ve zamanı bakımından önemsizdir. Ancak dava zamanaşımı için farklı kurallar geçerlidir. Bu tür suçlarda soruşturma ve kovuşturma şartın gerçekleşmesinden önce mümkün olmadığından, zamanaşımı süresi şartın ortaya çıkması ile birlikte işlemeye başlayacaktır<sup>93</sup>.

Bir diğer görüş ise, objektif cezalandırılabilme şartının suçun oluşumu ve bitimi için bir önem arz etmediğini, objektif cezalandırılabilme şartı suçun içinde değilse, bu şart ortaya çıkmadan da zamanaşımının bağımsız olarak başlayabileceğini, ancak bunu kabul etmenin doğru olmayacağını, zira o şart gerçekleşene kadar devletin cezalandırma yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir. Bu itibarla bu görüşü benimseyenler, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşene kadar zamanaşımının ertelendiğini kabul etmektedirler<sup>94</sup>.

## SONUÇ

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç bütün unsurları ile gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının mutlaka suçun işlenmesinden sonra gerçekleşmesi gerekmemekte, suçun işlenmesi sırasında, hatta suç işlenmeden önce de gerçekleşebilmektedir. Örneğin, TCK'nun 161 inci maddesinde yer alan hileli iflas suçunda, objektif cezalandırılabilme şartı olan "iflasa karar verilmiş olması", malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruftan önce ya da sonra gerçekleşmiş olabilir.

<sup>92</sup> **Krause, Friedrich W.**, Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Juristische Ausbildung, Eylül 1980, s.449; **Wilhelm, Endrik**, Strafbares Verhalten und objektive Strafbarkeitbedingung bei § 283 b I Nr. 3 b StGB, NStZ 2003, Heft 10, s.511; **Schmid**, s.1532.

<sup>93</sup> **Stree, Walter**, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, Juristische Schulung, Heft 12, 1965, s.473.

<sup>94</sup> **Satzger, Helmut**, Die objektive Bedingung der Strafbarkeit, Juristische Ausbildung, 2006, s.108-112; **Kühl**, s.527.

Objektif cezalandırılabilme şartı, suçun bir unsuru olmadığından, kastın bilme unsuruna dâhil değildir ve somut olayda objektif cezalandırılabilme şartının varlığının fail tarafından bilinmesine gerek yoktur.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, unsurların gerçekleşmesi ile birlikte suç oluşmakta, buna karşılık objektif nitelikteki bu şartlar gerçekleşmedikçe kişiye ceza verilememektedir. Bu itibarla objektif cezalandırılabilme şartı, “cezalandırılabilirliğin alanını daraltan” bir etki doğurmakta ve cezalandırmayı sağlayan olumlu bir nitelik taşımaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçların teşebbüse müsait olmayan suçlar arasında yer aldığı söylemek doğru olmayacaktır. Zira icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, teşebbüsün varlığından söz edilebilecektir.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, suçun işlendiği zaman ve yer, unsurların gerçekleştiği zaman ve yerdir. Diğer bir ifade ile, suç tarihi ve yeri objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği tarih ve yer değildir.

İştirak halinde işlenen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, objektif cezalandırılabilme şartının somut olayda gerçekleşmemiş olması, bütün suç ortaklarının cezalandırılmasını engelleyecektir.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği durumlarda, hukuki niteliğini de dikkate alarak, CMK’nun 223/4. maddesinde göre, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi failin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olduğu için, soruşturma aşamasında şartın gerçekleşmediğinin fark edilmesi ihtimalinde dahi, kamu davasının açılması mümkündür. Zira objektif cezalandırılabilme şartı, soruşturma veya kovuşturma engeli olmayıp, sadece failin cezalandırılması ya da cezalandırılmamasına neden olmaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda zamanaşımı konusu da büyük önem arz etmektedir.

Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren kanunda öngörülen sürelerin geçmesi ile şüpheli hakkında soruşturma yapılmasına ve kamu davası açılmasına ya da sanık hakkında açılmış olan kamu davasının devam etmesine, böylece devletin cezalandırma yetkisini kullanmasına engel olan kurumdur.

Dava zamanaşımı süresinin dolması soruşturma ve kovuşturmanın devamına engeldir. Buna göre, dava zamanaşımı süresinin dolduğu soruşturma aşamasında tespit edilirse, şüpheli hakkında “kovuşturmaya yer olmadığı kararı”, kovuşturma aşamasında anlaşılırsa “kamu davasının düşmesi kararı” verilmelidir.

Kanaatimizce, devlet cezalandırma yetkisini suçun ortaya çıktığı günden değil, suçun işlendiği günden itibaren kullanabilecek olduğu için, zamanaşımı kurumunu şüpheli ve sanığın aleyhine genişletmek doğru değildir.

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, bu şartlar gerçekleşmese dahi, suç olma özelliğine sahiptirler ve haksızlık teşkil etmektedirler. Sadece devletin bu şartlar gerçekleşmeden cezalandırma yetkisini kullanması mümkün değildir.

5237 sayılı TCK'da objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar açısından özel bir düzenleme yer almadığı için, dava zamanaşımı süresinin genel kural olan "suçun işlendiği tarihten" başlaması gerekir.

### KAYNAKÇA

- Aktaş, Yusuf**, Ceza Davalarında Yasayolları, Zamanaşımı ve Süreler, İstanbul 1979.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, TCK Şerhi, Genel Hükümler, Madde 37-75, 2. Cilt, Ankara 2009.
- Bettiol G.**, Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi, (Çev.:Faruk Erem), AÜHFD, C:XII, 1955, S:1-2.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Daragenli, Vesile Sonay**, "Tehlike Suçları", in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.:I, 14. Bası, İstanbul 1997.
- Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- Günay, Erhan**, Gümrük Kaçakçılığı Davalarında Dava Zamanaşımı Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, Y.:4, S.:39, Kasım 2009.
- Hafizoğulları, Zeki**, 5237 s. Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi, s.4 vd., (<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, erişim tarihi:15.04.2013.
- Hafizoğulları, Zeki**, Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011.



- Hirsch, Hans Joachim**, “Gefährdungsdelikte”, “Tehlike Suçları İle İlgili Suç Tiplerinin Ceza Hukukunun Sistematiğine Uygunluğu Konusu” (Çev.: Feridun Yenisey), (Yayınlanmamış Konferans Metni).
- İçel, Kayıhan- Sokullu Akıncı, Füsun- Özgenç, İzzet- Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener**, İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000.
- İçel, Kayıhan-Akıncı, Füsun Sokullu- Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem – Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- İçel, Kayıhan-Evik, A. Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007.
- İçel, Kayıhan-Yenisey, Feridun**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994.
- Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kayanççiek, Murat**, Dava Zamaşıımı, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/158.doc>, erişim tarihi, 27.04.2013.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2010.
- Krause, Friedrich W.**, Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Juristische Ausbildung, Eylül 1980.
- Kunter, Nurullah**, Ceza Hukukunda Zamaşıımı, (Doçentlik tezi), İstanbul 1946.
- Kunter, Nurullah**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.
- Kühl, Kristian**, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2007.
- Lorenz, Max**, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzbgebung, Berlin 1955.
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi -Türk ve İtalyan Ceza Kanunları-, C.: I, Ankara 1977.
- Maurach, Reinhart- Gössel, Karl Heinz-Zipf, Heinz**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage 1989.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: II-III, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2012.
- Özgenç, İzzet**, Banka Yolsuzlukları ve Zamaşıımı Sorunu, Türk Hukuk Dergisi, S.:71, Ocak 2003.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011.
- Satzger, Helmut**, Die objektive Bedingung der Strafbarkeit, Juristische Ausbildung, 2006.

- Schönke, Adolf-Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005.
- Stree, Walter**, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, Juristische Schulung, Heft 12, 1965.
- Taner, Fahri Gökçen**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.
- Tiedemann, Klaus**, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, Berlin 2008.
- Toröslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009.
- Uzun, Mehmet Ali**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul 1994.
- Üzülmez, İlhan-Akkaş, Ahmet Hulusi**, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, EÜHFD, C:II, S:1-2, 2007.
- Wilhelm, Endrik**, Strafbares Verhalten und objektive Strafbarkeitbedingung bei § 283 b I Nr. 3 b StGB, NStZ, Heft 10, 2003.
- Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009.

**AVUKATLIK KANUNUNDAKİ, DİSİPLİN  
KOVUŞTURMASININ BİR YIL İÇİNDE AÇILMASI  
ZORUNLULUĞU (MADDE 141/II)**  
*(The Question of the Procedural Binding Force of the Provision  
Specifying that the Pre-investigation Must be Completed in One Year)*  
*(Law on the Attorneys-at-Law Art.141/II)*

*Rona AYBAY\**

**ÖZET**

**Avukatlık Kanununa göre** “Yönetim Kurulu, ivedilikle ve her halde ihbar, şikayet veya istek tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde disiplin kovuşturması hakkında bir karar vermeye mecburdur.” Danıştay, bu kanun hükmünün, hakkında soruşturma başlatılmış olan avukata çağdaş insan hakları anlayışınca sağlanmış güvenceye ilişkin yönünü gözden uzak tutan bir tutum sergiliyor ve bunu “İdarenin iç işleyişiyle ilgili” bir düzenleme sayıyor. Makalede bu tutum eleştiriliyor ve bu süreye uyulmaması halinde kovuşturma aşamasına geçilmesinin hukuka aykırı olduğu görüşü savunuluyor.

**Anahtar kelimeler:** Avukatlar; Disiplin soruşturması; İnsan hakları; Usulî güvenceler.

*Abstract*

Law on Attorneys-at-law provides that the Board of Directors of the Bar Association is “obliged” to complete pre-investigation report and decide whether the disciplinary investigation should begin, in a period of no more than one year. The Council of State (Supreme Administrative Court) appears to overlook the legal certainty aspect of the matter and opines that this provision relates only the “internal matters” of the Administration and when the one-year period rule is not complied with, the accused lawyer has no recourse within the framework of the disciplinary action procedure. The author argues that this approach is not compatible with the guarantees provided for the accused by the human rights law.

**Keywords:** Attorneys; Disciplinary action; Human rights; Procedural guarantees.

---

\* Prof. Dr., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (KKTC), Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## I- Giriş

Belli statülerde bulunan kişiler hakkında, disiplin cezası verilip verilmemesi-ne ilişkin olarak yürütülen işlemler, genellikle, “soruşturma” ve “kovuşturma” adı verilen ve birbirine bağlı olan iki aşamadan oluşur. Avukatlık Kanunu’nun disiplin işlerine ilişkin düzenlemesinde de bu ikili yapı benimsenmiştir; avukatlar hakkında disiplin suçu işlediği savı ile yürütülen işlemler, başlıca iki aşamadan oluşmaktadır: “disiplin soruşturması” ve “disiplin kovuşturması”.

Avukatlık Kanunu madde 141’de “Disiplin kovuşturmasının açılması” başlığı altında, disiplin kovuşturmasının ilgili Baro Yönetim Kurulu tarafından verilen bir kararla açılacağı belirtilmiştir. Ancak, yine aynı maddeden, kovuşturma açılmasına esas oluşturan bir işlem olarak öncelikle disiplin soruşturması yapılması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Yani, disiplin soruşturmasının, disiplin kovuşturmasını önceleyen bir aşama olması zorunludur; soruşturma yapılmaksızın kovuşturma yapılamaz. Bunlar, bir zincirin iki halkasına benzetilebilir nitelikte, birbirine bağlı işlemlerdir.

Baro Yönetim Kurulu, kovuşturma açılması yada açılmaması gerektiği konusundaki kararına temel olacak “soruşturmanın yapılması görevini kendi üyelerinden birine verebilir” (m.141/III). Uygulamada da hemen her zaman böyle olmakta ve Yönetim Kurulu üyelerinden biri “soruşturmacı” (yada “raportör”) olarak görevlendirilmektedir. Soruşturmayı yapmakla görevlendirilen üye; “delilleri toplar, gerekli gördüğü kimselerin ifadelerini yeminle de alabilir; hakkında soruşturma yapılan avukatı da dinledikten veya dinlemek için verilen süre dolduktan sonra, dosyayı bir raporla Yönetim Kuruluna verir”. Yönetim Kurulu da, soruşturmacının raporunu inceleyip değerlendirerek soruşturma açılıp-açılmaması konusunu karara bağlar.

Ancak, Avukatlık Kanunu bu sürecin “en çok bir yıl içinde” sonuçlandırılmasını zorunlu kılmaktadır:

“Yönetim Kurulu, *ivedilikle* ve *her halde* ihbar, şikayet veya istek tarihinden itibaren *en çok bir yıl içinde* disiplin kovuşturması hakkında bir karar vermeye *mecburdur*.” Kanun hükmünün “*mecburdur*” sözcüğüyle bitmesi, bunun kesin ve emredici nitelikte bir hüküm olduğunu göstermektedir. Kanunun gerekçesinde de, hükmün konuluşundaki amaç “*işin sürüncemede bırakılmasına mani olmak*” biçiminde açıklanmıştır. Yine gerekçeye göre: “*Konulan (bir yıllık) müddetin de, soruşturma ve karar için yeterli olduğu düşünülmüştür.*”

Amaç; hakkında soruşturma başlatılmış bulunan avukatın durumunu açıklığa kavuşturmanın ilk aşaması olan soruşturma evresinin, en hızlı biçimde yürütülüp, en çok bir yıl içinde sonuçlandırılmasıdır. Kanımca, bu hüküm, usul hukuku yönünden kamu düzenine ilişkin, başka bir deyişle emredici bir nitelik taşımaktadır.

Bir işlemin sonuçlandırılması konusunda, kanunun açık ve kesin bir süre belirlediği hallerde o süreye uyulmamasını haklı gösterecek nedenler, ancak olağanüstü haller, zorlayıcı nedenler (mücbir sebepler) gibi durumlarda sözkonusu olabilir.

Avukatlık Kanunu madde 141/II'de belirtilen “*bir yıllık süre*”nin, belli bir olaydaki uygulamasında; durumun, öncelikle, hükmün *emredici* niteliği açısından değerlendirilmesi gerekir. Kanımca, bu hükümdeki anlatım; bir avukatın disiplin suçu işlendiğine ilişkin savın, sürüncemede kalmasının, yasa koyucu tarafından sakıncalı bulunduğunu, durumun en kısa sürede aydınlığa kavuşturulmasının amaçlandığını göstermektedir.

Konunun bir yönü, Avukatlık Kanununa göre avukatlığın “serbest meslek” olmaktan önce gelen <sup>1</sup> “kamu hizmeti” niteliğinden kaynaklanmaktadır. Kamu hizmeti görmekte olan bir kimse olan avukatın disiplin suçu işlediği hakkındaki savın sürüncemede kalması, mesleğin saygınlığı ve güvenilirliği açısından sakıncalıdır; durumun en kısa sürede aydınlığa kavuşturulmasında kamusal yarar olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, işin sürüncemede kalmayarak sonuca bağlanmasında, kamunun olduğu kadar hakkında disiplin suçu işlediği savı bulunan avukatın da yararı bulunduğu gözden uzak tutulamaz. Soruşturmanın, kanunda uyulması zorunlu olduğu belirtilen süre içinde tamamlanmayıp, kovuşturmanın buna karşın açılabilirliğinin kabulü halinde; ilgili avukat, belirsiz bir dönem boyunca kovuşturma tehdidi altında kalmaya devam edecektir. Böyle bir durumda, soruşturmanın bir yıl içinde bitirilmesi zorunluluğu, kesin bir anlatımla belirtilerek, avukata sağlanmış olan hukuksal güvence ortadan kalkmış olacaktır. Bu, çağdaş insan hakları anlayışı açısından kabulüne olanak bulunmayan bir sonuçtur.

Konunun, “hukuk güvenliği” yada “hukuksal kesinlik” (*legal certainty*) kavramıyla ilişkisi bu açıdan önemlidir. Hukuk devleti kavramını oluşturan temel öğelerden biri olan bu kavramın, Türkiye açısından taşıdığı özel önem, Kamu Hukukçuları Platformu'nun Kasım 2013'te gerçekleştirilecek Dördüncü Toplantısının konusu olarak seçilmesine neden olmuştur.

Bu konunun seçilmesinin gerekçesi, toplantının tanıtım yazısında şöyle açıklanmıştır:

*“Ülkemizde son yıllarda yaşanan değişimler, her alanda hukuk devleti ve onun ayrılmaz bir unsuru olan “hukuk güvenliği” konusunda önemli boşluklar doğurmuş, fiili ya da hukuksal yönden geniş kesimlerde hissedilen bir güvensizliğe yol açmıştır. Bu olgunun bilimsel düzeyde araştırılıp tartışılması, hukuk güvenliği ile ilgili sorun-*

<sup>1</sup> Avukatlık Kanunu madde 1/I 'e göre, “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest meslektir.” Kanunun anlatımında önceliğin “kamu hizmeti”ne verilmiş olması, avukatlığın kamuyu ilgilendiren yönünü göstermektedir.

ların nasıl aşılabileceği üzerinde fikir üretilmesi toplantının ana amacını oluşturmaktadır.”<sup>2</sup>

“Hukuksal kesinlik” (hukuk güvenliği, *legal certainty*) kavramı, kişilerin hukuka güvenini sağlamak ve sürdürmek için kabul edilmiş ve hukuk devletinin temellerinden biri sayılan bir ilke olmuştur. Bu ilke, sadece tam anlamıyla “yargısal” olan süreçlerde değil, hukuk uygulamasının her alanında geçerlidir. Dolayısıyla, disiplin işlemleri gibi “yargı benzeri” süreçlerde de konuyla ilgili yasa kurallarının düzgün biçimde uygulanmasını gerektirir. Örneğin, Ceza Hukukunun “işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı kimse cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (kanunsuz ceza olmaz)<sup>3</sup> temel ilkesine aykırı olarak verilmiş bir disiplin cezası, hukuk açısından geçerli sayılamaz; çünkü, düzgün işleyen bir “yargı –benzeri” süreçte, insanlar bu kurala aykırı davranılarak bir hüküm verilemeyeceğini varsaymak durumundadır.

Yasalar, açık-seçik (“anlaşılabilir”<sup>4</sup>) olmalı; yargı yada benzeri süreçlerde yargılanan kişiler başta olmak üzere makul bir değerlendirme yapabilen ilgili herkes, sonucun ne olacağını ana çizgileriyle öngörebilmelidir.<sup>5</sup>

Makalemizin baskıya gireceği sırada Resmi Gazetede yayımlanan bir Anayasa Mahkemesi kararından aşağıya alıntıladığımız bölüm, bizim “Hukuksal belirlilik” (hukuk güvenliği, *legal certainty*) olarak adlandırdığımız kavramlar konusunda şu açıklamaya yer vermiştir:

*“Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin key-*

<sup>2</sup> 8-9 Kasım 2013 tarihlerinde Ankara’da düzenlenecek toplantıda konuşmacılar “Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi” (Yar.Doç.Dr. Selda Çağlar); “Ceza Hukuku Uygulamasında Hukuk Güvenliği” (Doç.Dr.Tuğrul Katoğlu); “Vergi Hukukunda Hukuk Güvenliği” (Doç.Dr.Funda Başaran Yavaşlar) konularında bildiri sunacaklardır.

<sup>3</sup> Anayasa m.38/1; AİHS m.7; İHEB m.11/2.

<sup>4</sup> Yasanın “anlaşılabilir” olması, her yasa hükmünün herkesçe anlaşılabilmesi değildir. Ancak, kişiler kendilerine uygulanacak yasaların amacı, kapsamı ve uygulamanın sonuçları konusunda hiç değilse genel düzeyde bir anlayışa ulaşabilmelidir. Bk. AYBAY, A. - AYBAY, R., Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniv. yay. 8.bası, 2012, s.99.

<sup>5</sup> AİHM’nin içtihatlarına göre, gözaltına alma işlemi için kanunla konulmuş azami bir süre sözkonusu olan hallerde, sürenin çok kısa biçimde aşılmış olması durumunda bile AİHS madde 5 ihlal edilmiş olur. HARRIS, O’BOYLE & WARBRICK, Law of the European Convention on Human Rights, s.150-51

fi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.<sup>6</sup>

Bu ilkelerin ışığında; kişinin, hakkındaki savın kanunda “mecburdur” sözü ile betimlenmiş bir yıllık süre içinde bir sonuca bağlanmasını beklemeye hakkı olduğunun kabulü gerekir.

Avukatlar hakkında disiplin soruşturması işlemlerinin Savcılığın istemi üzerine yada Baro Yönetim Kurulunca “görevinden ötürü” (*re’sen*) başlatılması da sözkonusu olabilmekle birlikte, Disiplin soruşturmalarının büyük çoğunluğu, yakınma (şikayet) üzerine başlatılmaktadır. “Şikayet” üzerine başlatılan bir soruşturmanın kanundaki süre içinde bitirilmesinde yakınanların (şikayetçilerin) de yararı olduğu düşünülmelidir.

Baro yönetim kurulları, Avukatlık Kanunu madde 141/II hükmü uyarınca “bir yıl” süre içinde vermeye “mecbur” oldukları kararı geciktirirler; ve sonraki aşamalar sürenin sona ermesinden sonra yürütülürse, kanun hükmü, bütünüyle işlevsiz kalacak ve hükmü koymuş olan kanunkoyucunun -eski deyimle- “*abesle iştigal ettiği*” kabul edilmiş olacaktır.

“**Mecburdur**” sözcüğüyle biten bir kanun hükmünü, yaptırımsız bir hüküm (*lex imperfecta*) saymak hukuka uygun sayılamaz. Yaptırım, fıkranın, zorunluluk içeren anlatımında aranmalıdır.

Yönetim Kurulunun bu “mecburiyete” uygun davranmamış olduğu, yani ivedilikle (ve her halde ihbar, şikayet ve istek tarihinden en çok bir yıl içinde) disiplin kovuşturmasının başlaması konusunda bir karar vermemesi durumunda; disiplin uygulaması açısından sonuç, dosyanın işleminden kaldırılması (yani işlemin “düşmesi”) olmalıdır.

Çünkü, suçluluğu kanunda gösterilmiş usullerle kanıtlanmış olmayan kişinin suçsuzluğu (masumluk karinesi) çağdaş hukukun en temel ilkelerindedir. Kanunda, uyulmasının zorunlu (mecburi) olduğu açıkça yazılmış süreye uyulmayarak yürütülmüş bir soruşturmaya dayanan kovuşturma sonucunda verilecek ceza usul açısından ciddi biçimde sakat olacaktır.

<sup>6</sup> AYM Avukatlık Kanunu madde 5/1,c hükmünü oybirliğiyle iptal eden kararı; E.2012/116;K.2013/32,karar t. 28/2/2013,RG. 13 Ağustos 2013, 28734.

## II- Danıştay Sekizinci Daire'nin Görüşü ve Eleştirilerimiz

Yukarıda, uyulmasının zorunlu (mecburi) olduğu kanunda açıkça yazılmış süreye uyulmayarak yürütülmüş bir soruşturmaya dayanan kovuşturma sonucunda verilecek cezanın usul açısından ciddi biçimde sakat olacağı görüşümüzü belirtmiştik.

Ancak, Danıştay 8. Dairesi'nin bir kararından, bu konuda çok farklı düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin, disiplin cezası verilmesi işlemini, soruşturmanın kanunda öngörülen sürelerle uyulmadan yürütüldüğü gerekçesiyle iptal eden kararı, 8. Dairece, "hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle bozulmuştur.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin kararına ulaşamadığımız ve Danıştay 8. Daire kararında da, Ankara İdare Mahkemesinin gerekçeleri konusunda bir açıklık bulunmadığı için, o konuda bir değerlendirme yapma olanağından yoksunuz.

Danıştay 8. Daire kararında şu anlatım yer almıştır:

***"Avukatlık Kanununun 141. maddesinde belirtilen 1 yıllık süre idarenin iç işleyişiyle ilgili olarak, kanıtların kaybolmasının önlenmesi, soruşturmanın daha çabuk yapılarak disiplin suçu işlemiş olan kişi veya kişilere daha etkin ve çabuk ceza verilmesinin sağlanması amacıyla getirilmiştir."***

Danıştay kararında yer verilmiş olan bu anlatım, işin sürüncemede bırakılması amacının sadece bir yönünü (disiplin suçu işlemiş olanların hızlı biçimde cezalandırılmasını) dikkate almakta; disiplin suçu işlediği ileri sürülerek aleyhine soruşturma başlatılmış kişilerin durumunun, hızlı biçimde belirlenmesini beklemek hakkını gözardı etmektedir. Kovuşturma açılmasına karar verilirken, kanunda açık ve kesin olarak belirtilmiş olan sürenin ihmal edilmesi; yani bu sürenin geçmesinden sonra kovuşturma açılması hukuka uygun sayılamaz. Çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunla uyulması "mecburi" kılınmış olan sürenin konulmasındaki bir amacın da, o kişiye bir yasal güvence sağlamak olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Danıştay 8. Dairesi'nin kararında, dava ve ceza zamanaşımına ilişkin düzenlemenin, Avukatlık Kanunu'nun 159. maddesinde yer aldığı; 141. maddede belirtilmiş olan 1 yıllık sürenin ise, "görevli olanların (Yönetim Kurulu üyelerinin) kişisel sorumluluğu ile ilgili olup, disiplin cezası işleyen kişiye ceza verilememesi sonucunu doğurmayacağı"; bunun, "İdare'nin iç işleyişiyle ilgili" bir hüküm olduğu anlatımına da yer verilmiştir.

Kanundaki "***1 yıllık süre(yi) idarenin iç işleyişiyle ilgili***" bir hüküm saymanın pozitif dayanağı, kanımca, yoktur. Bu süreye uyulmadan yürütülmüş işlemlerin

<sup>7</sup> Danıştay 8. Da. E.2007/1723, K.2008/2485, Karar t. 4.4.2008.



sonucu İdare'nin içinde kalmayıp, dışa (bu olayda avukata) yansımakta ve onun çağdaş hukukça korunması gereken en temel güvencelerinden olan suçsuzluk belirgesinden (masumluk karinesinden) ve “hukuksal kesinlik yada “hukuksal güvenlik” ilkelerinden yararlanmasını engellemektedir

Sekizinci Dairece 1991 yılında verilmiş bir kararda da, yukarıda belirttiğimiz, 4 Nisan 2008 tarihli karardakine benzer bir değerlendirme yapılmış görünmekle birlikte; dikkatli okunduğunda durumun oldukça farklı olduğu anlaşılmaktadır. O karara göre:

**“657 Sayılı Devlet Memurları Yasasınının 128. maddesi ( 1. ) bendinde “Disiplin amirlerinin, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını, soruşturmanın tamamlandığı günden başlayarak 15 gün içinde vermek zorunda oldukları belirtilmiş, 127. maddesinde ise, ceza verme yetkisinin hangi durumlarda zamanaşımına uğrayacağı kuralı yer almıştır. İki kuralın birlikte incelenmesinden; ilgilinin son savunması da alınarak her türlü usul ve işlemleri tamamlanmış olan bir soruşturmada disiplin amiri veya kurulunun kararını belli süre içinde vermemesi durumunda, hakkında soruşturma açılanların tedirgin olacağı ve uzun süre baskı altında tutulmalarının önlenmesi amacıyla 15 gün içinde karar verilmesi zorunluluğunun getirildiği, bu sürenin ceza verme yetkisini kaldıran bir niteliği bulunmadığı, aksine disiplin amiri ve kurullarını kısa sürede karar vermeye zorlayıcı nitelikte olduğu bu sürenin dışında karar verilmesinin disiplin cezasını kusurlandırıcı bir durum olamayacağı, sadece, ilgili amir veya kurulun görevini belli süre içinde yapmaması nedeniyle sorumluluğunun doğacağı açıktır. Yasanın 128. maddesinde disiplin amiri veya kurullarına karar vermek için tanınan süreler, idarenin işleyişi ve düzeni ile ilgili olduğundan, bu süre geçirdikten sonra ceza verilmiş olmasında yasaya aykırılık olmadığı gözetilmeden dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”<sup>8</sup>**

Danıştay'ın bu kararının yerinde olup olmadığının tartışılmasına girişmek sizin şu noktayı saptamamız gerekir: Devlet Memurları Kanunu madde 128/1'de belirlenmiş olan süre “Disiplin amirlerinin, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını, soruşturmanın tamamlandığı günden başlayarak 15 gün içinde vermek zorunda oldukları”nı belirtmektedir. O hükmün uygulanması için soruşturmanın “tamamlanmış” olması gereklidir. Avukatlık Kanunu madde 141/II uygulanmasında ise durum bütünüyle farklıdır; burada “tamamlanmış” değil, kanundaki kesin süreye karşın başlatılmamış bir soruşturma sözkonusudur.

Öte yandan, konunun zamanaşımı süreleri açısından da değerlendirilmesi gerekir. Avukatlık Kanunu madde 141/II hükmü, aynı kanunun 159. maddesinde düzenlenmiş olan genel nitelikli zamanaşımı sürelerinden oldukça farklı nitelikte-

<sup>8</sup> Danıştay 8. Da. E.1991/1370, K.1991/1358, karar t. 17.9.1991.

dir. Avukatlık Kanunu madde 142/II, 159. madde karşısında “özel hüküm” niteliğindedir; dolayısıyla genel hüküm karşısında öncelikle uygulanması gerekir.

İki düzenleme arasındaki nitelik farkı, sözkonusu olan sürelerin başlangıç tarihlerinden de anlaşılabilir. 159. maddedeki süreler; kanunun anlatımıyla “disiplin cezasını gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren” başlamakta ve üç yıl yada dört\_buçuk yıl sürmektedir; buna karşılık 141. maddedeki süre ise “ihbar, şikayet veya istek tarihinden” başlamakta ve “bir yıl” sürmektedir. Bu farklı düzenlemeler de, iki hüküm arasındaki nitelik farkını ve 141/II'deki hükmün “özel” niteliğini göstermektedir.

İşlerin sürüncemede bırakılmaması amacıyla konulmuş olan bu özel hükümden, hakkında disiplin soruşturması başlatılmış olan kişinin yararlanmasına olanak verilmemesi, suçsuzluk belirgesine (masumluk karinesine) aykırı sayılacak bir durumdur.

## SONUÇ

1) Kanunun anlatımıyla, uyulması “mecburi” olan bir süreyi, başta hakkında soruşturma başlatılmış avukat olmak üzere ilgili olabilecek öteki kişileri dikkate almadan; sadece “idarenin iç işleyişiyle ilgili bir konu” olarak kabul eder biçimde yorumlamak yerinde değildir. Kanunda açıkça belirtilmiş bulunan bir süreye uyulmamasında kusuru olan Baro Yönetim Kurulu üyelerinin, Ceza Hukuku yada İdare Hukuku yönünden kişisel sorumlulukları, işin sadece bir yönüdür. Baro Yönetim Kurulu üyelerine, ceza yargılaması sonundaki yada İdare Hukuku (Disiplin Hukuku) alanındaki yaptırım uygulamaları gerçekleşse bile; bunlar, hakkında şikayette bulunulmuş yada şikayette bulunmuş kişilerin hukuk alanlarında doğrudan sonuç doğuracak nitelikte değildir. Özellikle, bir yıllık soruşturma süresi dolduktan sonra hakkında kovuşturma başlatılan avukatın durumu üzerinde, bu yaptırımların doğrudan bir etkisi olmayacaktır.

2) Yönetim Kurulunu “*ivedilikle ve her halde*” (ihbar, şikayet veya istek tarihinden itibaren) bir yıl içinde disiplin kovuşturması hakkında bir karar verme zorunluluğunu belirten hükümden (Avukatlık Kanunu madde 141/II) yer verilmiş olan “her halde” vurgusu da göz ardı edilmemeli; *her halde* geçerli sayılmalıdır.

Giderek, disiplin soruşturmasına konu olan eylemle ilgili olarak, avukat hakkında ceza davası açılmış olsa bile, Yönetim Kurulu, disiplin kovuşturması açılıp - açılmayacağı konusunda bir karar vermelidir.

3) İdeal olan durum, elbette, soruşturmanın bir yıllık süre içinde tam anlamıyla bitirilip, kovuşturmaya yer olup olmadığı kararının verilmesidir. Ancak, bu durumun gerçekleşmesini engelleyen çeşitli fiili nedenlerin varlığı da bir gerçektir.

Özellikle, başta İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları olmak üzere, zaten yüksek

olan üye sayıları sürekli ve hızlı biçimde artan Barolarda, Yönetim Kurullarının ve Disiplin Kurullarının işyükü olağanüstü fazlalaşmış görünmektedir.

Üye sayısı bakımından büyük barolarda, yönetim kurulları ve “soruşturmanın yapılması görevi” kendisine verilmiş üyeler (m.141/III) sorumluluk gerektiren ve bu görevleri, “kamu hizmeti niteliğindeki serbest meslek” (m.1/I) çalışmalarının “kamu hizmeti” yönünü öne çıkararak, “gönüllü” nitelikte bir hizmet olarak yerine getirmektedirler.

Bu özveriyi gösteren avukatları; uygulamada bir yanda, kanunla belirlenmiş süreye aykırı davranmamak, öte yanda ise, olgunlaşmamış bir dosya ile kovuşturma aşamasına geçmek ikilemiyle karşı karşıya bırakan durumlar az değildir. Çünkü, soruşturma işlemlerini asıl mesleki çalışmalarının yanında yürütmek durumundaki avukatlar, kanıt (delil), bilgi ve belge toplamak, ifade ve savunma almak gibi işlemlerle ilgili hazırlıkları, ancak baro görevlilerinin yardımı ve aracılığıyla yapabilmektedir. Barolarımızın bu işler için görevlendirebildikleri memurların, sayıca ve zamanca yeterli oldukları ise, her zaman söylenemez. Kanıt, bilgi ve belge toplamak için başvurulmak üzere da çoğu zaman gerekli işbirliği anlayışıyla değil; yavaş yavaş isteksiz davranabilmektedirler.

Sonuç olarak, uygulamada karşılaşılan çeşitli güçlükler ve aksaklıklar nedeniyle, bu işlemler çoğu kez, tahmin olunabilenden çok daha uzun zaman almaktadır.

4) Kanımca, bu güçlükleri aşmak ve kanunda “zorunlu” olduğu belirtilmiş süreye uymayı göz ardı etmek yerine, bu zorunluluğa uymayı kolaylaştırmak için önlemler düşünülmelidir.

Uzun dönemde, Avukatlık Kanununda değişiklik yapılarak, üye sayısı, belli bir sınırı aşan Barolarda Yönetim Kurullarının disiplin işleriyle ilgili görevlerini yerine getirmelerini kolaylaştıracak yeni örgütlenme biçimleri düşünülebilir. Örneğin, Yönetim Kurulunun üye sayısı arttırılarak, disiplin konularıyla ilgili işlerle ilgilenmek üzere bazı Yönetim Kurulu üyelerinden oluşan bir alt-kurul oluşturulması düşünülebilir. Disiplin Kurullarının üye sayısının arttırılması; Disiplin Kurulunun birkaç daire biçiminde örgütlenmesi vb. düzenlemeler yapılması gibi çözümler de geliştirilebilir.

Yasa değişikliği gerektiren uzun dönemli çözümler gerçekleşinceye değin; kısa dönemde, disiplin işlerinde Yönetim ve Disiplin kurullarına yardımcı olmak üzere, baro personelinin yanısıra, yeterli sayıda sözleşmeli avukatlardan yararlanılması düşünülmelidir. Disiplin işlerinin “gizli” niteliği böyle bir görevlendirmeye aykırı sayılmamalıdır; çünkü, “avukatların görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır (Avukatlık Kanunu'nun “Sır saklama” başlıklı 36. maddesi).

5) Aynı eylemden dolayı avukat hakkında ceza mahkemesinde kamu (ceza) davası açılmış ise, disiplin kovuşturmasının, kamu (ceza) davasının sonuna kadar

bekletilmesi gerekmektedir (madde 140/II). “Bekletilecek” olan “disiplin soruşturması” değil “disiplin kovuşturması”dır. Uygulamada, Yönetim Kurulunca, kovuşturma açılmasına karar verilirse, kovuşturma başlatılıp, ceza davasının sonuna kadar “durdurulması” (tatil edilmesi) yoluna gidildiği görülmektedir. Bu, kanımca, Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından yerinde bir uygulamadır. Ancak yukarıda (paragraf 3’te) açıklamaya çalıştığımız gibi, işyükünün fazla olduğu barolarda, kanundaki süreye uymak için gösterilen çaba nedeniyle, disiplin kurularının önüne yeterince olgunlaşmamış kovuşturma dosyalarının gelmesi olasılığı da dikkate alınmalıdır.

6) Avukatlık Kanunu madde 141/II hükmündeki, uyulması zorunlu (mecburi) olan bir yıllık sürenin geçmesinden sonra disiplin kovuşturması açılması kararına katılıp olumlu oy kullanmış Baro Yönetim Kurulu üyeleri hakkında “görevi kötüye kullanma” yada “görevi ihmal” savıyla ceza davası açılması sözkonusu olabilecektir. Özellikle, disiplin kovuşturması sonucunda suçsuz bulunan kişiler açısından, TCK m. 257 (2)’deki “*görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine neden olma*” koşulunun gerçekleştireceği kabul edilmesi gereken bir olasılıktır.<sup>9</sup>

Böyle bir durumda, Baro Yönetim Kurulu üyelerinin, Avukatlık Kanunu’nda “bir yıl içinde sonuçlandırılması zorunlu olduğu belirtilmiş bir soruşturmayı sürüncemede bıraktıkları” gerekçesiyle ceza mahkemesi önünde “görevi kötüye kullanma” ya da “görevi ihmal” savıyla yargılanması<sup>10</sup>, avukatlık mesleği açısından gerçekten çok olumsuz bir görünüm olacaktır.

7) Çağdaş demokratik hukuk devletini ve hukukun üstünlüğü ilkesini savunma çabaları nedeniyle, Baroların ve avukatların; siyasal iktidarın çeşitli ağır baskı

<sup>9</sup> Görevi kötüye kullanma suçu konusunda, bu ARMAĞAN’da yayınlanan ayrıntılı bir inceleme için bkz. MEMİŞ KARTAL, Pinar; Görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257).

<sup>10</sup> Böyle davalar açılmamış değildir. Örneğin, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyeleri hakkında, Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi önünde “haklarında soruşturma bulunan avukatlarla alakalı olarak raportör (soruşturmacı) tayin etmeyerek soruşturmaların uzamasına sebebiyet verildiği, raportör tayin edilen bazı soruşturma dosyalarında gerekli denetimin yapılmadığından tahkikatın sürüncemede kalmasına sebebiyet verdikleri” savıyla görevi ihmal suçundan dava açılmıştır.

Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi, davada sonuç olarak İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyeleri hakkında aklama kararı vermiştir. Mahkeme, kararını “Olayımızda sanıkların görevini kasıtlı olarak ihmal ettiklerine dair herhangi bir delil bulunmadığı; sürüncemede kaldığı iddia edilen disiplin soruşturma dosyalarının aşırı iş yoğunluğu sebebiyle vaktinde ikmal edilemediği kanaatine varılmıştır” gerekçesine dayandırmıştır (Beyoğlu İkinci Ağır Ceza Mahk. E.2002/218;K.2003/198. Kararın bir örneğini yararlanmamız için sağlayan Sayın Av. Mert Er Karagülle’ye teşekkür ediyorum).

Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi kararında, Avukatlık Kanunu madde 141/II’de belirtilen “en çok bir yıl içinde verilmesi mecburi” düzenlemesine değinilmemiştir; dolayısıyla, aklama sonucuna varılırken, konunun bu yönü açısından değerlendirme yapılmamıştır. İleride açılacak benzer davalarda, mahkemelerin konuyu başka açıdan değerlendirerek, farklı sonuçlara varması olasılığı yoktur denilemez.

ve yıpratma uygulamaları karşısında savaşım vermekte oldukları bir gerçek olarak karşımızdadır. Bu ortamda, Barolarımızın yasa değişikliğini beklemeksizin, işyükü fazlalığından doğan güçlükler en ivedi biçimde çözümler bulmalarında ve Avukatlık Kanunu madde 141/II'deki süreye uygun davranmalarında, bu kurumlarımızın saygınlığı açısından da büyük yarar vardır.



# KASTEN ADAM ÖLDÜRME

## (*Voluntary Manslaughter*)

*Marmara Hukuk Fakültesi'nin kuruluşundan gelişmesine kadar uzanan süreçte, yazdığı eserlerle, yetiştirdiği öğrencilerle, büyük katkıları olan Prof.Dr. Nur Centel'e saygı ile,*

***Köksal BAYRAKTAR\****

### ÖZET

Kasten Adam Öldürme Suçu TCK'nın Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısımda Hayata Karşı Suçlar başlığını taşıyan birinci bölümde düzenlenmiştir. Yeni TCK önceki Ceza Kanunundan, töre saiki ile eylemin işlenmesi nitelikli hali ve ihmâl suretiyle icraen adam öldürmenin ayrıca öngörülmesi yönünden ve yaptırımının daha da ağırlaşması ile ayrılmıştır. Bu çalışmada suç, genel hatları ile bir bütün olarak incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Adam öldürmede hareket, kast, ötenazi, ölüm anı, tasarlama, kan gütme, töre saiki

### *Abstract*

The crime "Voluntary Manslaughter" is set in Turkish Criminal Code under the second chapter "Offenses against Persons" and the first section "Offenses against Life". The related Article in the recent Turkish Criminal Code differs from the former 765 numbered Turkish Criminal Code with some elements of the crime. If there are ethical reasons in the crime; the crime is considered as an aggravated crime. Additionally, it is firstly arranged that the crime could be conducted due to failure or negligence and the suspect could face higher punishments under these circumstances. In this article, the subject crime is totally examined in general terms.

**Keywords:** The action of manslaughter, deliberate action, euthanasia, the moment of death, premeditation, blood feud, the honor motive.

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## I- Giriş

Adam öldürme, insanlık tarihinin en eski suçlarından biridir. Bunun, ilkel toplumlardan bu yana var olduğunu, yüzyıllar boyunca devam edegeldiğini belirtmek çok olağan bir söyleyiş biçimidir. İnsanların birbirleri üzerinde baskı kurmalarında, üstün ve egemen bir konuma geçmelerinde başvurdukları araç eylem, öldürme olmuştur. Düşmanlıklarda, savaşlarda, güç odağı haline gelme mücadelelerinde hep öldürmeler ortaya çıkmıştır.

Toplumların kültürel ve ekonomik yönden gelişimlerine, uygarlıklara, eğitim, sanat, edebiyattaki değişimlere, iletişim ve haberleşme araçlarındaki ilerlemelere, özetle toplumsal ve bireysel yönden onca gelişmelere rağmen, insanın bu ilkel eylemi, aynı biçimde ya da biçim değiştirerek devam etmektedir.

Eylemin, insanlık tarihi kadar eski dönemlere uzanması, bunun çok eski tarihlerde düzenlenmiş pek çok kanunda yer almasına neden olmuştur. Adam öldürme suçu ile ilgili hukuki düzenlemeye Roma Hukuku'nda da rastlanıyordu; suçun cezası failin imparatorluğun orta ya da aşağı toplum tabakalarına ait olmasına göre değişiyordu <sup>(1)</sup>. Eylemin, bir ara, zehirleme ile gerçekleşmesinin giderek artması üzerine "Lex Cornelia de sicariis et veneficiis" yürürlüğe konulmuştu <sup>(2)</sup>.

Ortaçağ'da ve Yeniçağ'da çıkarılan, pek çok imparatorluk ve kraliyet kanunlarında da eylem, ağır cezalarla karşılanmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda da, Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman ve IV. Mehmet Kanunnameleri'nde, 1274 Kanunname-i Hümayun'da, Adam Öldürme, ağır bir suç olarak öngörülmüştü <sup>(3)</sup>.

Eylemin ağırlığı, kişinin en önemli ve en temel hakkı olan yaşama hakkına doğrudan doğruya bağlantılı olması dolayısı ilelerdir. "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme"nin ikinci maddesinde, "her ferdin yaşama hakkının kanunun himayesi altında olduğu" ifade edilmiştir. Anayasamızın 17/1. maddesinde, "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilirken, yaşama hakkının kişinin vazgeçilmez hakkı olduğu belirtilmiştir.

## II. TÜRK CEZA KANUNU'NDA KASTEN ADAM ÖLDÜRME SUÇU

### 1. Suçun Önceki ve Yürürlükteki Türk Ceza Kanunlarında Düzenleniş Biçimleri

01.06.2005 yılında yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'da adam öldürme suçu, suçu etkileyen ağırlaştırıcı nedenler ve benzer suçlarla birlikte ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Bugünkü 5237 sayılı Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında, iki ka-

<sup>1</sup> Sulhi DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bs., İstanbul, 2001, s.11.

<sup>2</sup> DÖNMEZER, s.11.

<sup>3</sup> DÖNMEZER, s.11.



nun arasında pek çok farkı saptayabilmek mümkündür. Bu farklı yönler şu şekilde belirtilebilir:

1) “Kasten Adam Öldürme Suçu’nda” ölümün, failin fiilinden önce var olup failce bilinmeyen sebebin de birleşmesiyle meydana gelmesi halini düzenleyen ETCK 451. madde, yeni Kanun’a alınmamıştır.

2) Katil kastıyla olmayan müessir fiilde; müessir fiil sonucu ölümün meydana gelmesi halini öngören ETCK 452. madde, yeni Kanun’a alınmamıştır. Ancak; buna ilişkin genel bir düzenleme, YTCK 87/4. maddede öngörülmüştür.

3) Yeni doğan çocuğu öldürme eylemi YTCK’ya alınmamıştır.

4) Faili belli olmayan adam öldürme ve müessir fiili düzenleyen ETCK 463. madde, YTCK içinde öngörülmemiştir.

5) Kavga suçu (ETCK.m.464), Yeni Kanun’da bulunmamaktadır.

6) İntihara ikna ve yardımı düzenleyen ETCK’nin 454. maddesi hayli geniş ve ayrıntılı biçimde YTCK’nin 84. maddesinde düzenlenmiştir.

7) Eski Ceza Kanunu’nda bulunmayan ihmal suretiyle, icrai davranışla adam öldürme eylemi YTCK’nin 83. maddesinde ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

8) Eski Kanun’da “Suça Tesir Eden Sebepler” olarak dikkate alınan ağırlaştırıcı sebepler Yeni Ceza Kanunu’nda “Nitelikli Haller” olarak isimlendirilmiştir.

9) Son olarak suçta bir kavram değişikliği yapılmıştır. Önceki Ceza Kanunu’nda suç, adam öldürme olarak belirtilirken, Yeni Kanun “adam” kavramını kaldırarak “kasten öldürme” sözcüklerini kullanmıştır.

Önceki yıllarda, Türk Ceza Hukuku Doktrininde “Suça Tesir Eden Sebepler” olarak adlandırılan, sonraki yıllarda “Suçu Etkileyen Nedenler” biçiminde belirlenen sebepler, şimdiki kanunda “Nitelikli Haller” olarak belirtilmiştir.

Bu hallerde (nedenlerde) görülen farklılıklar şunlardır:

- a) Fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin sınırları daraltılmıştır.
- b) Zehirleme hali yürürlükten kaldırılmıştır.
- c) Mağdurun TBMM üyesi olması ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmemektedir.
- d) Birden fazla şahıs aleyhine suçun işlenmesi artık dikkate alınmamaktadır.
- e) Devlet memuruna karşı; görevini yerine getirdiği esnada fiilin işlenmesi ağırlaştırıcı nedeni yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükten kaldırılan bu ağırlaştırıcı nedenlere karşı bazı nedenler yeni nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Şöyle ki;

- a) Gebe olduğu bilinen kadına karşı eylemin işlenmesi,
- b) Fiilin töre saikiyle işlenmesi, nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

10) Önceki Ceza Kanunu'nda suçun basit hali için 24 yıldan 30 yıla kadar ağır hapis cezası öngörülürken, yeni Kanun'da müebbet hapis cezası kabul edilmiştir.

Buna karşılık; suçun nitelikli hali, Yeni Ceza Kanunu'nda ağırlaştırılmış müebbet hapis olarak belirlenmiştir.

Eski Ceza Kanunu'nda ağırlaştırıcı sebeplerde göz önünde tutulan ölüm cezası; 09.08.2002 tarih ve 24841 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilerek; ağırlaştırıcı müebbet hapis cezası haline getirilmiştir.

## 2. YTCK'da Adam Öldürme

Kasten adam öldürme suçu, YTCK'nin 81 – 83. maddelerinde düzenlenmiştir. 81. maddede suçun basit hali düzenlenmiş, 82. maddede suçun nitelikli halleri öngörülmüştür. 83. maddede ise, suçun maddi unsuru içinde yer alan “ihmal suretiyle icra” hareketi, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

YTCK. 81. maddesi çok basit bir belirleme ve bir cümle olarak kaleme alınmıştır:

“Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

## 3. Korunan Hukuki Yarar

Adam öldürme suçunu cezalandırmakla korunan hukuki yarar, doğaldır ki, insan hayatıdır. İnsanın, maddi ve manevi varlığının, en yüksek değer olması, XXI. yüzyılın önde gelen ilkelerinden biridir. İnsan hayatının kutsallığı, toplumsal ve siyasal düzenlemelerin başlıca amaçlarından birinin insan oluşu, buna yönelik saldırıların yok edilmesini zorunlu kılmaktadır. İnsanın amaç olması nedeniyledir ki, öldürme, her dönemde ve her toplumda ağır cezalarla karşılanmaktadır. İnsanın, uygarlıklarda ve toplumsal gelişmelerde, çalışması ve eserleri ile önemli güç olması, yaşama hakkını toplumsal bir değer haline de getirmektedir<sup>(4)</sup>.

Yaşama hakkının önemi, tüm hakların temelini oluşturması ve diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasının “olmazsa olmaz” koşulu olmasıdır<sup>(5)</sup>.

<sup>4</sup> Bkz. Nur CENTEL–Hamide ZAFER–Özlem ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, c. I, İstanbul, 2007, s.23.

<sup>5</sup> Bkz. Emin ARTUK–Ahmet GÖKÇEN–Caner YENİDÜNYA, TCK Şerhi, c. III, Ankara, 2009, s.2037.

#### 4. Maddi Unsur

##### a) Fail

Kasten adam öldürmenin faili herkes olabilir. Kadın, erkek, çocuk, yaşlı her kişi suçun faili olabilir. Kanunda fail hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Sadece TCK. 82/d maddesinde yakın akrabalık ilişkisi suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür.

Fail yönünden ilginç bir duruma ETCK'da rastlanmakta idi. Bu kanunun 463. maddesine göre, birden fazla kişinin birbirlerinden habersizce bir kişiyi öldürmeleri hali, bağımsız suç sayılmakta idi (6). "Faili belli olmayan adam öldürme hali" YTCK'da düzenlenmemiştir. Birden fazla failin, iştirak kuralının uygulanmadığı durumda, mağduru, öldürücü nitelikteki eylemlerle öldürmeleri durumunda, ETCK'da kasten adam öldürmeye göre daha hafif bir ceza verilmekte idi. YTCK'da, ETCK. 463'e benzer bir düzenleme olmadığından, kimi yazarlara göre her fail hakkında kasten adam öldürmeye teşebbüs hükmünün uygulanması (7) gerekecektir. Bu durumda YTCK. 87/4. maddenin uygulanması da söz konusu olabilecektir.

##### b) Mağdur

Adam öldürme suçunun mağduru, tıpkı failde olduğu gibi herkes olabilir. Mağdurun ırkı, cinsiyeti, yaşı önemli değildir. Mağdur aynı zamanda suçun üzerinde işlendiği suç konusudur. Bu yönden mağdur ve suç konusu birleşmektedir.

Suç mağdurunda iki özellik aranmaktadır :

- 1) İnsan olmak,
- 2) Hayatta olmak.

1) Adam öldürmede, mağdurun insan olması özelliği, "ana rahmindeki cenin" nedeniyle belirtilmiştir.

Ana rahmindeki cenin, bu özellik nedeniyle insan olarak kabul edilmemekte ve cenini ortadan kaldırma, kasten adam öldürme olarak nitelendirilmemektedir.

Cenin, ana rahminden tam olarak çıkıp nefes almaya başlamasından itibaren, kısaca doğumun bitmesi ile insan olarak kabul edilmektedir (8).

<sup>6</sup> ETCK. 463 şöyle idi : "448, 449, 450, 456, 457'nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ölüm cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde on altı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz."

<sup>7</sup> Bkz. Veli Özer ÖZBEK, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, c. II, Ankara, 2008, s. 212.

<sup>8</sup> Bkz. Sahir ERMAN-Çetin ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994, s.7; Aksi görüşe göre, ceninin insan sayılması için doğumun başlaması yeterlidir. Bkz. DÖNMEZER, s.12; ÖZBEK, s.210; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, 2042.

Doğumun tamamlanması ile dünyaya gelen küçüğün, yaşayabilme imkanına sahip olup olmamasının önemi yoktur. Doğum ile bağımsız varlığa kavuşan varlık, artık insandır (9).

Mağdurun, insan vücudunun ayrılmaz parçalarından birine ve bazılarına sahip olup olmaması, “hilkat garibesi” biçiminde nitelendirilen görünüm içinde olması, özürlü olup olmaması, kısa süre sonra hayatta kalamayacağının kesin olması gibi durumların önemi bulunmamaktadır. Suçun oluşumu için insan olmak yeterlidir.

2) Adam öldürme suçunun var olabilmesi için mağdurun hayatta olması gerekmektedir. Bu nedenle ölmüş kişi, suçun mağduru olamaz; ceset üzerinde adam öldürme suçu işlenemez.

Adam öldürmede mağdur kavramı ile yakından bağlantılı bir konu, ötenazidir: “İstek üzerine öldürme” (10).

Ötenazi’de, mağdurun içinde bulunduğu hastalığa tıp; teşhis, tedavi ile bir çözüm getirememekte, hasta onulmaz acılar içinde bulunarak hayatına son vermek istemektedir. Savaş dönemlerinde çok ağır yaralanan, yaranın dehşeti ve acısına dayanamayan kişinin öldürülmesi ya da tedavi olanağı olmayan hastalıkta geçici tıp önlemlerine devam edilmemesi, bu durumun örnekleri olmaktadır. Ötenazi; aktif, dolaylı ve pasif ötenazi olarak üçe ayrılmaktadır.

Aktif ötenazide hastaya ya da mağdura karşı doğrudan doğruya öldürücü harekette bulunulmakta ve hayata son verilmektedir.

Dolaylı ötenazide hasta üzerinde tedavi edici yöntemler kullanılmamakta, sadece hastanın acısı dindirilmeye çalışılmaktadır.

Pasif ötenazide, uygulanmakta olan tedavi geri bırakılmakta, tedaviden vazgeçilmektedir (11).

Belirtilen bu kavramların yanı sıra, talep üzerine öldürme olarak belirlenen bir durum ile de karşılaşılmaktadır. Talep üzerine öldürmede, tıpkı aktif ötenazide olduğu gibi, mağdurun isteği ile eylem gerçekleştirilmektedir. Bu durumun gerçekleştirilebilmesi için, mağdurun önceden talepte bulunması, bu talebinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ciddi ve açık olması gerekmektedir (12).

<sup>9</sup> Bkz. ÖZBEK, s.200.

<sup>10</sup> Bu eylem alını zamanda, “tatlı, acısız, iyi, güzel, kolay ve rahat ölüm” olarak da belirtilmektedir. Bkz.. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.29.

<sup>11</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.34, 35; Köksal BAYRAKTAR Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.149 vd.; Ayrıntılı açıklama için bkz. Sibel İNCEOĞLU, Ölme Hakkı – Ötenazi, İstanbul, 1999, s.132, 156.

<sup>12</sup> Bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, 35. Alman CK. 216, İsviçre CK. 114, Avusturya CK. 77. maddelerinde bu durum düzenlenmektedir.

Hekimin gerçekleştirdiği ötenazinin adam öldürme suçundan farklı olduğu değişik açılardan savunulmuş ve hekimin sorumsuzluğu ileri sürülmüştür <sup>(13)</sup>.

Eski bir görüşe göre ötenazi ile intihar birbirlerine yakın kavramlardır. Nasıl ki intihar, insanın kendi hayatının sahibi olması dolayısıyla ve buna kendi eliyle son verebilmesi sebebiyle cezalandırmazsa, bunun üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilmesinin de cezalandırılmaması gerekir. Kimsenin yardımı olmaksızın intihar eden şahsın hareketi ile üçüncü bir şahsın, hekimin, fiili ile intihar eden kimsenin hareketi arasında hiçbir fark yoktur. İntihar etmek cezalandırılmadığı gibi, ölmek isteyen hastaya yardım eden hekimin de cezalandırılmaması gerekir.

Ötenaziye adeta illiyet rabitası yönünden değerlendiren bir görüşe göre, hekimin fiili, ölümü meydana getirecek diğer sebebin yerine geçmiştir. Fakat ölümün sebebini hekimin fiili değil, bundan önce gelen tabii fizyolojik sebep teşkil etmektedir.

Hekimin ötenaziden dolayı sorumlu olamayacağı manevi unsur yönünden de savunulmuştur. Adam öldürme suçlarında, cürmi kasta bağlı olarak zarar verme kastını arayan bu görüşte kast, öldürerek zarar verme şeklinde anlaşılmaktadır. Ötenazide zarar verme kastı değil, hastanın acılarına son verme kastı bulunduğu göre, ortada adam öldürme suçu bulunmamaktadır.

Hasta yönünden ötenazinin değerlendirilişine rastlanmaktadır. Buna göre, “biçimsiz, beyinsiz, gerçek bir hayvan, basit bir bitkisel hayatı olan, hiçbir içgüdüsel tepkisi olmayan, ölüme kadar kaderi sadece uyumak, yemek yemek, içmek, inlemek ve çürümek olan” kimselerin yaşamasının anlamı bulunmamaktadır. Yaşama imkanı kalmayan bir hastayı bir süre daha yaşatarak ona acı vermenin de tıpla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu gibi hallerde rahat bir ölüm sağlamak daha insani bir davranış olacaktır. Artık bu anda hekimin, hastasını tedavi etme görevi sona ermiştir. Ve hekimin, hastayı iyileştirecek yeni bir buluşu beklemesi mantığa aykırı bir davranış olacaktır.

Doktrinde birçok yazar, ötenaziye eleştirmiş ve bunun kasten adam öldürme suçundan farklı olmadığını ileri sürmüştür <sup>(14)</sup>.

İnsan değeri açısından ötenaziye karşı çıkılarak, yaş, sağlık durumu ne olursa olsun hiçbir hayatın diğerlerinden farklı değerinde olmadığı, hekimin her durumda ve bütün vasıtalarla hastayı kurtarmak ve onun hayatını uzatmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Konuyu insanın değeri açısından inceleyen diğer bir görüşe göre, insanlığın gelişimi insanların öldürülmesi ile değil, tedavi edilmesi, tıbbi bakım görmeleri ile gerçekleştirilebilir.

<sup>13</sup> Ötenaziye savunan bu görüşler için bkz. BAYRAKTAR, s.151, 152.

<sup>14</sup> Ötenaziye karşı düşünceler için bkz. BAYRAKTAR, s.154-156.

Tıbbın gelişimi karşısında ötenazi eleştirilmiştir. Buna göre tıbbın her gün yeni gelişmelere, buluşlara ulaşması ile evvelce tedavisi mümkün olmayan hastalıklar, artık tedaviye elverişli bir duruma gelmektedir. Tıbbın sürekli gelişmesi karşısında, bir hastalığın tedavisinin imkansız olduğunun, mutlak olarak kabul edilmesine imkan yoktur. Ayrıca tıbbın özelliği dolayısıyla, teşhis ve tedavinin kesinlikle doğru olduğunu savunmaya imkan olmamakta, yanlışlık ihtimali daima bulunabilmektedir. Bu durumda bir hastanın iyileşmesi imkansızdır, mutlaka ölecektir diye öldürülmesi, hiçbir surette kabul edilemez. Tedavisi o an için mümkün olmayan hastaların ortadan kaldırılması ile aynı zamanda tıbbi araştırmalar, tıbbi gelişim büyük ölçüde engellenmiş olacaktır.

Ötenazi hastanın iradesi yönünden de değerlendirilmiştir: “kendisinin öldürülmesine razı olan kimsenin akli melekelerinin bozulmuş olması ve bu itibarla muhtemelen bir rızaya ehil olmaması muhtemeldir. Çünkü en kuvvetli sevk-i tabiiilerden biri olan kendini koruma sevk-i tabii'sine aykırı olan bu hareket ruhi bir muvazenesizliğin mevcudiyetine delalet eder”.

Hekimin ızdıraplı bir yaşayışa son verme saikinin de ceza hukuku yönünden önemi bulunmamaktadır. Çünkü, saik kanunda belirtilmedikçe ceza hukukunda önem taşımamakta ve gerçekleşen suça etkisi olmamaktadır.

Diğer bir karşı görüşe göre de, böyle bir yetkinin hekime tanınması birçok su-iistimallere yol açabilecektir. Sözelimi bu gibi fiillerin sınırı ne olacaktır? Yayılma nasıl önlenecektir? Ötenazi, pekala ölmek üzere olan kimsenin öldürülmesinden, sakatların, tedavi edilemeyenlerin de öldürülmesine kadar genişleyebilecektir.

Dini düşüncelerin bu görüşlere tamamen uygun oldukları görülmektedir. İslam dininde bu husus, “bir insanı velev ki ölüm döşeginde bulunsun, velev ki kendi emriyle olsun öldürmek, bir cinayettir” şeklinde ifade edilmektedir. Hıristiyanlığa göre de insan vücudunun bir onuru olması, hayat ve gelecek üzerinde Tanrı'nın egemenliği bulunması dolayısıyla ötenazi kabul edilmemektedir.

Hollanda'da 21.04.2001'de kabul edilen kanun ile talep üzerine öldürmenin kanuni koşulları belirlenmiştir. Buna göre hasta, son derece ciddi ve kalıcı acılar içinde bulunduğunu bilerek hayatına son verilmesi için talepte ve yazılı beyanda bulunacaktır. Bu hastalık ve beyan bir komisyon tarafından incelenecek ve içine girilen süreç denetime tabi tutulacaktır <sup>(15)</sup>.

### c) Hareket

Kasten adam öldürme suçu her türlü şekilde ve her araç ile işlenebilen bir suçtur. Genellikle maddi ve icrai hareket kullanılmaktadır. Ateşli silah, kesici, paralayıcı, delici alet, zehir çoğunlukla kullanılan araçlardır; tabanca, bıçak, zehir bu

<sup>15</sup> Bkz. İNCEOĞLU, s.192 – 210.

araçların belirgin örnekleridir. Suç faili bu araçları kullanarak mağdurun vücudu üzerinde ağır tahribat yaratıcı eylemde bulunmaktadır: Tabanca ile ateş etmek, bıçağı mağdurun vücuduna saplamak, zehir kullanmak, boğmak, yüksekçe bir yerden itmek ve parçalayıcı bir köpeği mağdurun üzerine saldırtmak <sup>(16)</sup> gibi.

Hareketler maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Ölüm neticesinin meydana gelmesini isteyerek ağır ve üzüntü yaratıcı sözler söylemek, korkutmak, kalp hastası olduğu bilinen bir kişiye çok ağır bir haberi duyurmak gibi <sup>(17)</sup>.

Kullanılan araçların, hareketi meydana getirici nitelikte, kısaca elverişli olması gerekmektedir <sup>(18)</sup>. Dolayısıyla doğaüstü güçlerin kullanıldığı, büyü yapıldığı iddiaları, adam öldürme suçunun elverişli aracı olarak kabul edilemez <sup>(19)</sup>.

Ölüm süreci içinde bulunan kişinin ölmemesi için gerçekleştirilmeye çalışılan hareketlerin engellenmesi, önüne geçilmesi durumunda da, engelleyici hareket araç olarak kabul edilmektedir <sup>(20)</sup>.

Bu özellikleri ile suç, serbest hareketli suç olarak ortaya çıkmaktadır.

Kasten adam öldürme suçu, icrai şekilde işlendiği gibi, ihmal suretiyle icrai davranışla da meydana getirilebilmektedir. İhmal suretiyle icrai suç, aslında icrai hareketle işlenebilen suçun, somut olayda ihmali davranışla gerçekleştirilmesi halidir. Bu durumda, ihmali hareket icrai hareketin yerini almakta ve suçun neticesinin oluşmasına neden olmaktadır.

Önceki Ceza Kanunu'nda yer almayan ihmal suretiyle icrai hareket, YTCK'nın 83. maddesinde yer almıştır.

Maddenin ilk ve ikinci fıkraları ihmal suretiyle icrai davranışın koşullarını ortaya koymaktadır. Bu iki fıkra şöyledir :

“... (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

<sup>16</sup> Bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.2038.

<sup>17</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.14; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.2039; CENTEL-ZAFER – ÇAKMUT, s.27.

<sup>18</sup> Bkz. DÖNMEZER, 15.

<sup>19</sup> DÖNMEZER, s.14; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.2039; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.28.

<sup>20</sup> DÖNMEZER, s.14; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.28.

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.”

Aynen aktardığımız madde içeriğine göre, icranın yerine geçen ihmalin; kasten adam öldürmenin hareketi olarak kabul edilebilmesi için, üç koşuldan birinin gerçekleşmesi aranacaktır.

Bu üç koşul şöyledir :

- 1- Kişinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe rağmen buna aykırı olarak ihmalde bulunması,
- 2- Kişinin kanundan doğan bir yükümlülüğe aykırı olarak ihmalde bulunması,
- 3- Kişinin önceki hareketi başkalarının hayatı için tehlikeli bir durum yaratmasına rağmen daha sonra ihmalde bulunması.

Bu koşullar çerçevesinde failin ihmali harekette bulunması sonucunda mağdurun hayatını kaybetmesi, ihmal suretiyle icrai davranışla kasten adam öldürme suçunu meydana getirecektir <sup>(21)</sup>.

Kanunda öngörülen bu koşullara, doktrin önemli bir koşul eklemektedir: Failin neticeye engel olma imkanına sahip olması <sup>(22)</sup>.

Böylece, kasten adam öldürmenin ihmal suretiyle icrai davranışla işlenebilmesi için TCK. 83/1, 2. maddede öngörülen üç koşuldan birinin gerçekleşmesi öncelikle aranacak, ayrıca neticeye engel olabilme imkanının da var olup olmadığı araştırılacaktır.

#### d) Netice

Suçun neticesi, ölüm ile meydana gelecektir. Ölüm, insan hayatının, kişiliğin sona ermesidir <sup>(23)</sup>.

Ölümün saptanması ve kabulü ile ilgili uzun yıllar biyolojik ölüm ölçüt kabul edilirken, organ aktarmalarının ortaya çıkmasından bu yana beyinsel ölüm ölçütüne üstünlük tanınmaya başlanmıştır.

Biyolojik ölüm, insana canlılık veren dolaşım, solunum, sinir sistemi gibi temel yaşam fonksiyonlarının kendiliğinden durması ve bunların tekrar çalışmaması, geriye dönmemesidir <sup>(24)</sup>. Büyük hayat fonksiyonlarının sona ermesi, bu ölüm çeşidinin bir başka tanımlamasıdır<sup>(25)</sup>.

<sup>21</sup> Bkz. Cankat TAŞKIN, Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, sy. 79, s. 146, 173.

<sup>22</sup> DÖNMEZER, 16, 17.

<sup>23</sup> CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, 24.

<sup>24</sup> CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, 25; ÖZBEK, 201.

<sup>25</sup> ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 2039.



Ölüm, tıptaki gelişmelerin gerçekleştirilmesine kadar, doktrinde oybirliği ile, kişinin canlılığını sağlayan ve dolaşım, solunum ve sinir sistemleri fonksiyonlarında meydana gelen büyük hayat fonksiyonunun durması şeklinde kabul ediliyordu. Bu şekilde ölüm, fizyolojik ölüm olarak da nitelendiriliyor ve bu anlayışta vücuttaki bütün fonksiyonların sona ermesine bakılıyordu. Böylece ölüm son nefes ve son kalp atışı ile gerçekleşiyordu.

Fakat tıpta gerçekleştirilen “réanimation – yeniden canlandırma” metod ve aletleri karşısında klasik ölümün yeterli bir kıstas teşkil etmediği ileri sürülmüştür. Bugün “kalp-akciğer” cihazı gibi aletlerle veya reanimasyon metodları ile solunumu veya dolaşımı durmuş kimselerin, bazı durumlarda, bu fonksiyonları devam ettirebilmektedir; ayrıca, tıp biliminde doğrulandığı gibi, solunum ve dolaşımın durmasına rağmen, beynin faaliyetleri bazen devam edebilmektedir.

Büyük hayat fonksiyonlarının sona ermesinde bir düzensizliğin bulunması dolayısıyla tıpta yeni bir ölüm kıstası ortaya koymak zorunluluğu belirlemiştir. Bu durumda “beyin” e eğilinmiş ve “insana, insanlık özelliğini veren ana organ beyindir” şeklindeki iddiaya, beynin vücuttaki fonksiyonların birlikte işleyişini sağladığı gerçeği de eklenerek, yeni bir ölüm kıstası ortaya konulmuştur (26).

Beyin ölümü; beynin, vücudu yönetme gücünün tamamen ve geriye dönülemeyecek şekilde kaybolmasıdır (27).

Yeni kıstasa göre, ölüm beyin hücrelerinin ölmesi anından itibaren başlamakta ve yavaş yavaş devam etmektedir. Beyin ölümünde; büyük beyin kabuğu harap olmakta ve bunun sonucu olarak bilinç ortadan kalkmaktadır. Bu dönemden sonra beliren solunum felciyle oksijen temini de sona ermekte ve beynin harap olması diğer organlara da hızla yayılmaktadır.

Vücuttaki fonksiyonların birlikte düzenli olarak işleyişini sağlayan beynin harap olması ile fonksiyonlar arasındaki koordinasyon bozulmaktadır. O halde çeşitli fonksiyonlar arasındaki koordinasyon tamamen durmuşsa ve birbirini tamamlamaktan yoksunsa, vücutta ölümün başladığını kabul etmek gerekmektedir. Bu yeni ölüm anlayışında beynin; ölümü değil, fakat vücudu yönetim yeteneğini kaybedip kaybetmemesi önem kazanmaktadır. Şayet beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneği tamamen ve geriye dönülemeyecek derecede kaybolmuş ise ölüm söz konusu olacaktır.

Bu yeni anlayışın hukukça desteklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre insanın kişiliğini sağlayan esas organ beyin ve bunun faaliyetleridir. İnsanın çevresine uyması, hareketlerini düzenlemesi beyine bağlıdır. Beynin fonksiyonlarını kaybetmesi ve bilincin ortadan kalkması halinde vücuttaki dolaşım ve solunumun suni olarak devam ettirilmesi sadece “görünüşte bir hayat” sağlayacaktır.

<sup>26</sup> Bkz. BAYRAKTAR, 183, 184.

<sup>27</sup> CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, 25.

Bu yeni anlayışta; beynin harap olması, hayatiyetini kaybetmesi kıstası üzerinde durulmuş ve bunun beyin aktarmalarında yetersiz kalacağına değinilerek daha geniş kapsamlı bir kıstas verilmiştir. Buna göre: “Bir şahısa canlılık vasıflarını kazandıran solunum, dolaşım, sinir sistemi fonksiyonlarının kendi başına çalışmalarının durması ve ancak birtakım suni vasıtalarla bu fonksiyonlar tekrar harekete geçirildiğinde spontane çalışmaya muktedir olmamaları hali ölüm demektir”.

Türk hukukunda, mevzuattaki boşluk karşısında sadece Yüksek Sağlık Şurası'nın ilginç bir kararına rastlanmaktadır. Bu kararda beyinsel ölümün kabul edildiği şu şekilde belirtilmiştir: “(ölüm)... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur” (28).

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek.1'de beyin ölümü kabul edilmiştir.

#### e) Nedensellik Bağı

Kasten adam öldürme suçunda hareket ile netice arasındaki bağlantı, tek hareketten tek bir neticenin meydana gelmesi durumunda sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak neticenin, birden fazla hareketin etkisi ile meydana gelmesi ya da failin hareketinden önce var olan sebeplerin ve hareketten sonra başka sebeplerin de ortaya çıkması durumunda önemli bir nedensellik sorunu ortaya çıkmaktadır. Sebeplerin çokluğu olarak isimlendirilebilecek bu durumda kimin hareketi ya da kimlerin hareketleri ile netice arasında bağlantının, nedenselliğin bulunduğu, önemli sorunu oluşturmaktadır. Örneğin failin mağdura ateş ederek öldürmeye teşebbüs ettiği bir olayı varsayalım: Bu olayda failin ateş etmesinden sonra, mağdurun yaralanmasına rağmen uzun süre beklemesi ve sonra hastaneye kaldırılması, hastanede de operatörün hatalı şekilde ameliyat etmesi ve son aşamalarda hastabakıcıların yanlış bakımları, ilaçları zamanında vermemeleri sonucunda mağdurun ölmesinde, sebeplerin çokluğu ile karşılaşılmaktadır.

Bu durumda, failin hareketi ile meydana gelen netice arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Buna göre; failin içinde bulunduğu şartlar, neticenin meydana gelebilip gelemeyeceği yönünde önce objektif tahmin ve takdirle araştırma yapılacaktır. Ancak bununla yetinilmeyip failin de meydana gelen neticeyi bilip bilmediği, isteyip istemediği araştırılacaktır. Objektif ve sübjektif araştırma olarak adlandırılan bu aşamalarda sübjektif yönden hareket ve netice arasında bilme ve isteme saptandığında, nedensellik bağının varolduğu kabul edilecektir.

<sup>28</sup> Bkz. BAYRAKTAR, 186...’dan Yüksek Sağlık Şurası, 24.11.1969 tarih, K. 6293 (yayınlanmamıştır).

### f) Teşebbüs Hali

Adam öldürme suçunda mağdurun ölmemesi, hayatta kalması durumunda teşebbüs söz konusu olmaktadır. İncelenen suçta, teşebbüs durumu, yapılan eylemin mağdurda yarattığı müessir fiil nedeniyle önem kazanmaktadır. Öldürmeye yönelik hareket, mağdurun vücudunda yara, sağlığında bozulma meydana getirmekle TCK'nın 86. maddesindeki etkileri de sonuçlayacaktır. Başka bir anlatımla, adam öldürmeye teşebbüs hali ile kasten müessir fiil (yaralama) arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Bu nedenle, kasten adam öldürmeye teşebbüs ile kasten yaralama arasındaki ayırımı belirleyebilmek için Yargıtay'ın ve doktrinin ortaya koyduğu bazı ölçütler bulunmaktadır. Aşağıda belirtilen ölçütler kullanılarak, bunlardan bazılarının olayda bulunup bulunmamasına göre eylem kasten adam öldürmeye teşebbüs veya kasten müessir fiil olarak nitelendirilmektedir.

Bu ölçütleri şu şekilde belirtebilmek mümkündür :

1- Fail ve mağdur arasında bir düşmanlığın, geçmişte önemli bir anlaşmazlığın bulunup bulunmadığı,

2- Failin kullandığı aletin adam öldürme için elverişli olup olmadığı,

3- Failin hareketlerine devam edebilme olanağına sahip olmasına rağmen devam edip etmemesi,

4- Failin kullandığı silahı etkili olarak kullanma olanağına sahip olmasına, örneğin, silahında mermi olmasına rağmen, hareketlerine devam etmemesi, silahını tamamen boşaltmaması,

5- Fail ve mağdurun buldukları yerler, bunlar arasındaki mesafe ve fail atış mesafesi,

6- Mağdurun vücudundaki yara yeri, yaranın vücudun üç hayati boşluğunda (baş, göğüs, karın) yer alıp almadığı,

7- Failin saiki,

8- Failin psikolojik durumu,

9- Failin olay anındaki hareketleri, kullandığı sözleri,

10- Eylemin işlendiği zaman.

Yargıç bu ölçütleri olayda araştırarak, eylemin özelliğine göre kasten adam öldürmeye teşebbüs veya kasten müessir fiil olarak nitelemeye bulunacaktır (29).

<sup>29</sup> Bkz. DÖNMEZER, 23; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, 37; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, 2043-2048; Ali PARLAR – Muzaffer HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. III, 2. bs., Ankara, 2008, s. 1265-1267.

### 5) Manevi Unsur

Suç kasten işlenen bir suçtur. Failin hareketi ve neticeyi bilerek ve isteyerek işlemesi durumunda ortaya çıkan kusurluluk çeşidi kast olmaktadır. Bu kast, suçun basit halinde ve pek çok nitelikli halde, genel kasttır.

TCK 21/2'de belirtilen olası kast, adam öldürme suçunda ortaya çıkmaktadır. Olası kast, bu maddedeki tanımı ile “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halidir”. Bu tanımda belirtildiğine göre kişi, suçun unsurlarını, kısaca hareketin ve neticenin gerçekleşebileceğini dikkate almasına, bunu bilmesine rağmen hareketine devam ettiğinde olası kasttan söz edilecektir. Kalabalık üzerine kayanın yuvarlanarak atılması, grup üzerine ateş edilmesi olası kastın örneklerini teşkil etmektedir <sup>(30)</sup>.

Kast; adam öldürme sürecinin başlangıcında varolabildiği gibi, sürecin yarılarında ya da sonunda da ortaya çıkabilir. Suç yolundaki kastın beliriş zamanlarına göre ayırimda; başlangıçta kast, eklenen kast, sonradan ortaya çıkan kast çeşitleri ile karşılaşılmaktadır.

Weber kastı olarak da adlandırılmış “sonradan meydana gelmiş kast” ile ilgili ortaya atılan ilginç örnek olayda, bir kimseyi öldürmek isteyen kişinin mağduru yaralamakla beraber öldüğünü sanarak onu yakması ve mağdurun bu yakma sonucunda ölmesidir. Bu örnekte fail mağduru öldürmek isteyerek hareketlerde bulunmakta, fakat mağdur ölmemektedir; fail mağdurun öldüğünü zannederek esas öldürücü hareketi yapmakta ve mağduru yakmaktadır. Mağdurun yakılması ve böylece ölmesi “sonradan meydana gelen kastın - Weber kastının” örneğini teşkil etmektedir <sup>(31)</sup>.

### 6) Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanunda adam öldürme ile ilgili hukuka aykırılığı belirleyen bir terim kullanılmamış, hukuka uygunluk hali de öngörülmemiştir.

Kasten adam öldürme suçu, kişinin hayatına yönelik ağır bir suç olmakla, kişinin kendini savunmak için aynı ağırlıkta karşılık vermesi, uygulamada meşru savunmanın ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla, çok ağır nitelikli saldırılarda, haksız taarruzlarda, kendini savunma durumunda kalan kişi aynı eylemi gerçekleştirdiğinde meşru savunma söz konusu olabilmektedir.

Aynı durum zorunluluk halinde de ortaya çıkabilmektedir. Kişinin, başka türlü korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden korumak için, başka bir kimseyi öldürmesi durumunda “ıztırar hali” ile karşılaşılmaktadır.

<sup>30</sup> Bkz. ve kıstz. ÖZBEK, s.250, 251; PARLAR-HATİPOĞLU, s.1261.

<sup>31</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.27.

Bir insanın hayatının ortadan kaldırılması gibi ağır bir durumda meşru savunma ve zorunluluk halinin kabul edilebilmesi için her iki hukuka uygunluk sebebinin koşullarının varolması gerekmektedir.

ETCK. 461. maddesinde düzenlenmiş özel bir meşru müdafaa hali olan “mala karşı meşru müdafaa” yeni Kanuna alınmamıştır<sup>(32)</sup>. Ancak YTCK. 25/1. maddesinde belirtilen bir hakka yönelik meşru savunma ifadesi dikkate alındığında yürürlükten kalkan mal için meşru müdafaa'nın devam ettiği ileri sürülebilecektir.

### III. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Yeni Ceza Kanunu'nda yer alan “suçun nitelikli hali” kavramında, suçun unsurları değişmemekte, ancak yeni unsurlar eklenerek suç daha ağır bir görünüme bürünmektedir. Önceki kanunda belirtilen suç etkileyen “ağırlaştırıcı neden” kavramı, Yeni Ceza Kanunu'na bu şekilde “nitelikli hal” olarak girmiştir.

Nitelikli halleri şu şekilde belirtebilmek mümkündür :

#### 1) Fiilin tasarlanarak işlenmesi

TCK. 82/1-’da öngörülen bu hal, kastın yoğun halini ifade etmektedir. Kasten adam öldürme bu nitelikli halinde yoğun bir bilme, isteme ile işlenmektedir. Bu yoğun hal, bir görüşe göre; failin, fiilini soğukkanlılıkla işlemesi şeklinde açıklanmıştır. Buna göre, adam öldürme gibi ağır bir hareket ve sonucu olan ölümü bilerek ve isteyerek yerine getiren ve bu süreci sinirsel bir değişmezlik içinde gerçekleştiren, mağduru hiçbir acıma, heyecan, sinirlenme olmaksızın öldüren kişi, taammüden fiilini işlemiş kişidir. Buna karşılık ileri sürülmüş ikinci görüşe göre; adam öldürmede failin belirli bir plan çerçevesinde fiilini işlemesi, plana uygun olarak silahını alması, mağduru gözlemesi, fiilin zamanını tespit etmesi durumunda kastın yoğunluğundan söz edilir. Plan kurmanın söz konusu olabilmesi, planın tamamen, tüm ayrıntıları ile uygulanmaması ve fakat ana hatlarına bağlı kalınarak fiilin icra edilmesi yeterlidir<sup>(33)</sup>.

<sup>32</sup> ETCK 461. maddesi şöyle idi :

“Yukarıda iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler :

495, 496, 497, 499uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müstemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapısını kıranları veyahut işbu mebani ve müstemilatına ateş koyanları –bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müstemilatı, ücra bir mahalde bulunmak şartıyla- içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmektedir.

Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaada ifrata gidilmiş ve hane ve sükna müstemilatına merdiven kurmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini def için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiile mürettep ceza, ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir.”

<sup>33</sup> Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, II, s.237-240.

Türk hukuk uygulamasında, daha çok plan kurmaya doğru yönelmiş bir karma görüş ileri sürülmüştür: Failin, eylemini icrada sebat ve ısrarı gösteren makul bir zaman aralığının bulunması, bu zaman içinde failin sağlıklı olarak düşünmesi ve fiilini gerçekleştirip gerçekleştirilmeme yönünde muhakeme yapması, buna rağmen kararından vazgeçmemesi kastın yoğunluğunu ortaya koyacaktır (34).

## 2) Fiilin canavarca bir hisle veya eziyet çektirerek işlenmesi

Canavarca his, insan hayatının ortadan kaldırılmasından zevk duyulmasını ve bu zevkin tatmin edilmesi için öldürmenin yerine getirilmesidir (35). Sırf öldürmek için öldürmek, ölenin acı çekmesinden zevk duyarak eylemini sürdürmek bu hissi ortaya koyabilmektedir (36).

Canavarca hisle öldürmede, öldürme vahşi bir yöntemle, acımasızca, öldürmeden zevk alınarak fiil ürpertici bir şekilde işlenmektedir. Tıpkı insan kafasının kesilmesi, farklı ve kısa aralıkla ateş edilmesi, kişinin yakılarak öldürülmesi, vücuda ve başa kızgın yağ dökülmesi gibi (37). Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 29.12.2004 tarihli ve 2994/4402 sayılı kararında canavarca hissi; toplumun ortak bilincinin, duygusunun ve vicdanının hiçbir zaman onaylamayacağı, alçakça bir güdü, içtepi ve amaç itibarıyla tehlikeli ve vahşi kötülük eğilimi sergileme şeklinde belirtmiştir (38).

Eziyet çektirme; daha çok mağdurla ilgili bir kavramdır ve acı ve ıstırap duymayı, zaman içinde sürekli bir ıstırapla hayatı kaybetmeyi ifade etmektedir (39).

## 3) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle fiil işlenmesi

Bu bentte öngörülen suçu etkileyen nedenlerden bazıları eski Ceza Kanunu'nda da var iken, yeni teknik gelişmeler ve buluşlarla ortaya çıkan yeni silahlar da etkileyici sebep olarak kanuna konulmuştur: Nükleer, biyolojik ve kimyasal silah gibi.

Öngörülen nedenlerden bazılarında tabiat kuvvetleri harekete geçirilmekte ve belirsiz kişiler için büyük tehlikeler yaratılmaktadır (40). Kanunda yazılı tabiat kuvvetlerinin veya silahların kullanılması, kendini koruma ve fiilden kurtulma olanağı kişinin elinden alınmaktadır (41).

<sup>34</sup> Bkz. PARLAR-HATİPOĞLU, s.1319.

<sup>35</sup> CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.42.

<sup>36</sup> Yargıtay 1. CD., 27.09.1994 tarih, 2431/2977 sayılı kararı, Bkz. DÖNMEZER, s.51.

<sup>37</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.53; Ersan ŞEN, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, c.I, İstanbul, 2006, s.259; Ceza Kanunu Gerekçesi, TCK Tasarısı, S Sayısı: 664, s.484.

<sup>38</sup> Bkz. ÖZBEK, s.225.

<sup>39</sup> CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.42, 43; DÖNMEZER, s.53.

<sup>40</sup> DÖNMEZER, s.66.

<sup>41</sup> CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.45; Bkz. PARLAR-HATİPOĞLU, s.1322-1323.

Belirtilen tabiat kuvvetleri ile silahların alanının genişletilebilip genişletilemeyeceği, ileride, tartışılabilecektir. Sorunu şimdiden gören **Özbek**, kıyasın mümkün olmadığını<sup>(42)</sup>, öngörülen tabiat kuvvetleri ve silahların tahdidi olduğunu ifade etmektedir.

Ancak yangın, su baskını gibi tehlikeli hallerin ayrıca öngörüldüğü TCK. 171. maddenin içeriğine bakıldığında, “bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın” gibi haller de görülmektedir. Bu durumda TCK. 82/c'nin içeriği yetersiz kalmaktadır.

Bent kapsamında öngörülen haller, büyük tahrip güçleri itibarıyla pek çok kişinin ölümünü meydana getirebilecek özelliklere ve niceliklere sahiptir. Bu açıdan, failin öldürmeyi düşündüğü ve istediği kişiler dışındaki ölümlerde olası kast uygulanacak ve diğer kişilerin ölümünde TCK 21/2 gereğince cezada indirimle gidilecektir. Bu sonuç kanun koyucunun bent içinde yer alan nedenlerin vahametini dikkate alan tutumu ile çelişkili olmaktadır.

#### 4) Üstsoy ve altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı failin işlenmesi

Fail ile mağdurun üstsoy veya altsoy olması, bu ilişkinin kan hısımlığına bağlı olması, evlilik nedeniyle bu ilişkinin oluşmaması (sıhri hısımlık) gerekmektedir<sup>(43)</sup>. En önemli kan hısımlığı olan bu hal, evlilik içi ilişki nedeniyle gerçekleşmiş olmalıdır; Dolayısıyla evlilik dışı altsoy ya da üstsoy ilişkisi bu durumu meydana getirmektedir<sup>(44)</sup>. Ancak bu evlilik dışı durum tanınma ile sabit olmuş, ahvali şahsiye kayıtlarına geçmiş ise, kısaca fiili ilişki hukuki bir niteliğe kavuşmuşsa, altsoy üstsoy ilişkisi var olarak kabul edilecektir<sup>(45)</sup>.

Kardeş terimi, evlilik içi kardeşi, ana bir ya da baba bir kardeşi ifade etmektedir. Evlilik dışı kardeşin bu anlamda kabul edilebilmesi için, Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde tanınma gereklidir<sup>(46)</sup>.

Eş, Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde evlenmiş karı kocayı belirtmektedir<sup>(47)</sup>. Ayrılık kararı verilmiş olması, eşlerden birinin diğerini terk etmesi, boşanma kararının kesinleşmemesi, bu ilişkinin ortadan kalkmaması sonucunu meydana getirmemektedir<sup>(48)</sup>. İmam nikahı sonucu birlikte yaşama, eşler arası ilişki olarak kabul edilmemelidir, hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü bunu

<sup>42</sup> ÖZBEK, s.228.

<sup>43</sup> Bkz. ÖZBEK, s.230.

<sup>44</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.50.

<sup>45</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.50.

<sup>46</sup> Bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.46; ÖZBEK, s.230.

<sup>47</sup> DÖNMEZER, s.46; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.45.

<sup>48</sup> DÖNMEZER, s.46.

gerektirmektedir<sup>(49)</sup>. Evliliğin mutlak butlan ile malul olmasında da bu maluliyet mahkeme kararı ile sabit olmadıkça ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır<sup>(50)</sup>.

Bu durumun nitelikli hal olarak kabul edilmesinin nedeni, evlilik içinde, bir çatı altında yaşayan yakın akrabalarda ölüm gibi çok ağır bir olayın işlenmemesini sağlamak, bu yönde önlem almaktır. Bunun yanı sıra, yakın akrabalar arasında, eylemin daha kolay işlenebilmesi varsayımı müeyyidenin ağırlığını sonuçlamıştır.

##### 5) **Kasten adam öldürme suçunun, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi hali**

Bu durumun öngörülmesi, kanunun gerekçesinde, “faildeki ahlaki bozukluk, kötülük, fiilin icrasındaki kolaylık” olarak açıklanmıştır<sup>(51)</sup>. Çünkü bu durumda olan kişilerin savunma olanakları çok zayıftır; Özellikle beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olma, somut olaylara göre değerlendirilmelidir<sup>(52)</sup>. **Centel – Zafer – Çakmut**'un belirttikleri gibi, mağdurların bu duruma düşmelerinde kusurlu olup olmadıklarına bakılmamalıdır<sup>(53)</sup>.

Çocuğun kim olduğu TCK. 6/1-b'de tanımlanmıştır. Buna göre çocuk, on sekiz yaşını doldurmamış kişidir.

Beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak halde bulunan kimseler, yaşlı, hasta, sakat ya da geçici, daimi rahatsızlık içinde bulunanları ya da benzer durumda olan kişileri belirtmektedir.

##### 6) **Fiilin gebe olduğu bilinen kişiye karşı işlenmesi**

Bu nitelikli halin kabul edilmesinin nedeni, gene savunmasız bir kişiye karşı fiilin işlenmesi kolaylığı olduğu gibi, anne rahminde bir varlığın bulunmasıdır.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurenin gebe olduğunun bilinmesi, dolayısıyla failin bunu bilmesi gereklidir.

Fiil sonucunda cenin de ölmüş ise, failde kast olmadığı için ayrıca çocuk düşürmeden sorumlu tutulmaz<sup>(54)</sup>.

<sup>49</sup> ÖZBEK, s.230.

<sup>50</sup> Bkz. PARLAR–HATİPOĞLU, s.1325; ERMAN–ÖZEK, s.32; Aksi görüş DÖNMEZER, s.46; CENTEL–ZAFER–ÇAKMUT, s.45.

<sup>51</sup> Ceza Kanunu Gerekçesi, TCK Tasarısı, S Sayısı: 664, s.484.

<sup>52</sup> ÖZBEK, s.232.

<sup>53</sup> CENTEL–ZAFER–ÇAKMUT, s.47.

<sup>54</sup> ÖZBEK, s.233.



### 7) **Kasten adam öldürmenin, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi**

TCK. 6/1-c kamu görevini yerine getiren kişinin, kamu görevlisi olduğunu belirtmektedir. Bu maddeye göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.

Söz konusu madde çerçevesinde kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesini sağlayan kişi olmaktadır.

Nitelikli halin kabul edilmesinin nedenini, kamu görevinin güvenlik içinde yürütülmesi ve kamu görevlisinin korunması gerekliliği oluşturmaktadır.

### 8) **Bir suç gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten adam öldürmenin işlenmesi**

Belirtilen nedenlerin nitelikli hal olarak kabul edilmesi, adam öldürmenin bir başka suçla bağlı olarak işlenmesi şeklindeki daha ağır süreci önlemek içindir.

Bendin uygulanabilmesi için adam öldürme ile diğer suç arasında fikri ve fiili bir bağlantının bulunması gerekmektedir<sup>(55)</sup>; ancak diğer suçun işlenmesinin şart olmadığı da belirtilmektedir<sup>(56)</sup>.

### 9) **Suçun, bir suç işleyememekten dolayı duyulan infiale işlenmesi**

Bu nitelikli hal, bir önceki paragrafta sayılan nedenlerin bir devamı özelliğini taşımaktadır. Failin bir başka suç işlemek istemesi ve fakat bu suç işleyememesi dolayısıyla içine sürüklendiği kızgınlık ve tepki ile adam öldürme suçuna yönelmesi, daha ağır bir suçluluk biçimi olarak kabul edilmiştir. Gerçekten bu durumdaki failde daha büyük bir ahlaki düşüşün yaşandığı, yıllardan bu yana varolan genel bir görüştür.

### 10) **Kan gütme saiki**

Önceki Ceza Kanunu'nda da varolan bu neden Yeni Kanun'a da alınmıştır. Türkiye'mizdeki toplumsal ve kültürel koşulların çağdışı inanışlara kişiyi itmesinin göstergelerinden biri de kan gütmedir. Kan gütme, bir kişinin, kendi ailesinden ya da akrabalarından birini başka bir aileden bir kişinin öldürmesi ya da buna teşebbüs etmesi karşısında onu öldürmeyi görev sayması ve bu eylemi yerine getirmesidir<sup>(57)</sup>.

<sup>55</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.69.

<sup>56</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.66; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.51.

<sup>57</sup> Bkz. DÖNMEZER, s.72-75; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.53-54.

Kan gütmede, öncelikle, geçmişte meydana gelmiş bir ölüm vardır. Bu ölümün failine karşı, ölenin yakınları, akrabaları bir toplumsal baskı altında öldüren kişiyi izleyip onu görev bilinci içinde öldürmeyi amaçlarlar (58).

Ağırlaştırılmış müebbet hapis ile karşılanan bu eylemde toplumun, çevrenin, ailenin baskısı dikkate alındığında, failin kusurluluğu ve kastının yoğunluğu üzerinde tartışılabilir ve cezanın yerindeliği de irdelenebilir.

Toplumsal gerçek olduğu ileri sürülen ve iddia edilen geri inanış ve değerlerin, çok ağır cezalarla kaldırılabilceği anlayışı, varsayıma dayalı bir anlayıştır. Kan gütme saikinin ağır ceza ile karşılanması olgusu uzun yıllar toplumsal değişimlerde çok etkili olmamıştır.

### 11) Töre saiki

Yeni Ceza Kanunu koyucusu, kan gütme saiki yanında ikinci bir saiki de töre saiki şeklinde kabul etmiştir.

Töre, bir toplumdaki bireylerin büyük bir kısmının inandığı ve terbiye ve ahlak kuralları ve bunların etkilediği davranış biçimleri olarak belirtilmektedir (59). Bu belirlemeye yakın bir tanım da, “töre, bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kurallarının, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü” şeklinde ifade edilmektedir (60).

Töre saiki, son yıllarda, aile içi cinsel saldırı sonucu baba evini terk eden ya da cinsel saldırı sonucu hamile kalıp evini, barkını bırakan kadının aile meclisinin, grubunun kararı ile öldürülmesi gerekliliğini belirleyen bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Töre cinayetinde özellikle genç kız ve evli kadınların; aile veya aşiret ileri gelenlerinin onayı olmaksızın karşı cinsle ilişki kurması, evlenmesi, kaçması gibi olayların ailenin onurunu kırması gerekçesi ile aile meclisi kararı ile öldürülmesi söz konusudur (61).

Töreyle ilişkin tanımlar incelendiğinde, terbiye, ahlak, gelenek, görenek ilke ve kurallarının ön plana çıktığı görülmektedir. Korunmasız ve cinsel saldırıya uğramış bir kadını öldürme görevinin töre olduğu şeklinde bir yaklaşımı kabul etmek, ‘töre’ nin hukuki tanımına aykırı bir husustur. Bu nedenle Ceza Kanunu’nda kabul edilmiş bu yeni kavram bizce yanlış bir esasa dayanmaktadır.

<sup>58</sup> Öldüren kişi ile geçmişte ölen kişi arasında akrabalık ilişkisini aramayan görüş için bkz. ÖZBEK, s.241.

<sup>59</sup> CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.56; PARLAR-HATİPOĞLU, s.1330.

<sup>60</sup> Bkz. ÖZBEK, s.242; PARLAR-HATİPOĞLU, s.1330.

<sup>61</sup> PARLAR-HATİPOĞLU, s.1331.

**KAYNAKÇA**

- ARTUK, Emin –GÖKÇEN, Ahmet –YENİDÜNYA, Caner, TCK Şerhi, c. III, Ankara, 2009
- BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972
- CENTEL, Nur –ZAFER, Hamide –ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, c. I, İstanbul, 2007
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bs., İstanbul, 2001
- DÜZGÜN, Nuri –ELMACI, Şerafettin, Olası Kast, Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, 2. bs., Ankara, 2009
- EREM, Faruk, Adam Öldürmek Cürümleri, Ankara, 1982
- ERMAN, Sahir –ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994
- HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2. bs., Ankara, 2007
- İNCEOĞLU, Sibel, Ölme Hakkı – Ötenazi, İstanbul, 1999
- OTACI, Cengiz, Kan Gütme Saiki ile İnsan Öldürme Suçu, (Terazi, 2008, sy. 18)
- OTACI, Cengiz, Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara, 2009
- ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, c. II, Ankara, 2008
- PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. III, 2. bs., Ankara, 2008
- ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, c.I, İstanbul, 2006
- TAŞKIN, Cankat, Kasten İhmal Davranışla Adam Öldürme, "Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, sy. 79
- YÜKSEL, Turgut, Adam Öldürme, Yaralama, İntihara Yönlendirme, İşkence ve Eziyet Suçları, İstanbul, 2007



# İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI VE KAPSAMI

*(Scope and Content of the Act on Health and Safety at Work)*

Tankut CENTEL\*

## ÖZET

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren ilk aşamada elli ve daha çok sayıda çalışanın bulunduğu işyerlerinde geçerli olmak üzere, yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yasa, Türk iş hukukundaki “işçi” (employee) kavramını terkedip, “çalışan” (worker) deyimini kabul etmekte ve yaklaşık herkesi kapsamına almayı amaçlamaktadır. Ancak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın mevcut denetim kadrosunun, böylesine geniş bir uygulama alanını denetim altında tutabilmesi son derece güç görünmektedir.

**Anahtar kelimeler:** İş sağlığı ve güvenliği, Çalışan, Çalışma koşullarının denetimi.

## *Abstract*

Law No. 6331 concerning Health and Safety at Work entered into force as of January 1<sup>st</sup>, 2013. The scope of the law is initially limited to workplaces, where fifty or more workers are employed. The law in question has abandoned the term “employee”, which is a basic concept in Turkish labor law and instead embraces a new concept, i.e. “worker”, with the objective of including as many people as possible within its scope. However the current number of administrative staff at the Ministry of Labor and Social Security seems to be inadequate to inspect such a large number of people falling into the scope of application.

**Keywords:** Health and safety at work, Worker, Supervision of working conditions.

## I. Giriş

İş sağlığı ve güvenliği hükümleri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSG Kanunu)'nun yürürlüğe girmesine kadar, çalışma mevzuatı içinde dağınık bir görünüm taşımıştır. İSG Kanunu ise, bunları, tek ve ayrı bir özel yasa içinde toplamayı

---

\* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, tcentel@ku.edu.tr

hedef edinmiştir. Nitekim, İSG Kanunu, tüm kamu ve özel işyerlerindeki çalışanlara uygulanmak üzere kabul edilmiştir (m. 2/I).

Bu anlamda, İş Kanunu içinde yer alan iş sağlığı ve güvenliği hükümleri, yürürlükten kaldırılmış (İSG Kanunu m. 37) ve çalışma mevzuatında iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak İş Kanunu'na yapılmış yollamalar (atıflar), İSG Kanunu'na yapılmış sayılmıştır (İSG Kanunu geç. m. 1). Buna karşılık, önceki BK. m. 332 hükmünün yerine geçmiş bulunan TBK. m. 417'nin ise, yürürlükten kaldırılması düşünülmemiştir.

İSG Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeknesak bir uygulamayı sağlamayı amaçlayarak, olabildiğince her çalışanın sağlık ve güvenlik koruması altına alınmasını öngörmüştür. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin çok geniş bir kesime uygulanmasının öngörülmesi önemli bulunmakla birlikte, söz konusu hükümlerin uygulanmasını, yani yaşama geçirilmesini sağlamak esas olmalıdır. Bu bağlamda, tek kişilik işyerlerinde ya da evde hizmet sözleşmesiyle üretim yapılan evlerde, İSG Kanunu hükümlerinin uygulanması güçlük yaratabilecektir.

Diğer yandan, ilke olarak her çalışanın sağlık ve güvenlik koruması altına alınması öngörülmekle birlikte, istisnaen bazı faaliyet ve kişiler hakkında, İSG Kanunu hükümlerinin uygulanmaması düşünülmüştür (İSG Kanunu m. 2/II). Bunlar içinde, ağırlık kazanan kesim, ev hizmetlerinde çalışanlardır.

Nihayet, İSG Kanunu, geleneksel (klasik) “işçi” yerine, “çalışan” kavramını kabul etmiştir. Bunu yasa koyucunun, özellikle kamu kesimindeki işyerleri için düşündüğü söylenebilir. Böylece, İSG Kanunu, statü hukukundan uzaklaşmakta ve statüye bakılmaksızın, kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilmiş gerçek kişilerin sağlık ve güvenlik korumasından yararlanmasını öngörmektedir.

Bu anlamda, aşağıda ilkin, sağlık ve güvenlik korumasından yararlanacak olan faaliyet ve kişiler ele alınacak ve daha sonra da, İSG Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan faaliyet ve kişiler üzerinde durulacaktır.

## **II. Güvende Olan Faaliyet ve Kişiler**

### **1. Tabi olunan yasa bakımından**

İSG Kanunu m. 2/I, “*Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır*” hükmünü öngörmektedir.

Buna göre, ilkin; iş yasalarının (İş K., Deniz İş K., Basın İş K.) uygulama alanı içinde bulunup bulunmadığı veya hangi iş yasasının kapsamına dahil olduğu, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanma konusunda, herhangi bir önem taşımayacaktır. Böylece, iş yasalarından herhangi birine tabi olma veya bunların uygulama alanı dışında kalıp TBK. m. 393 vd. hükümlerine tabi bulunma, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanma konusunda fark yaratmayacaktır.

Bu bağlamda, İş Kanunu'ndaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, yürürlükten kaldırılmakta (İSG Kanunu m. 37/I) ve İSG Kanunu içine alınmaktadır. Buna karşılık, iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren TBK. m. 417/II ve III'deki düzenlemeler, yürürlükte bırakılmıştır. Buna göre, özellikle işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü hakkında, İSG Kanunu m. 4 ile TBK. m. 417/II'nin yarışması (telahuku) söz konusudur. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel yasa olup kural olarak her çalışana uygulanacak bulunması nedeniyle, öncelikli olarak İSG Kanunu m. 4'ün uygulanması düşünülecektir.

## 2. İçinde bulunulan statü bakımından

İSG Kanunu m. 2/I, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin, kamu ve özel sektöre ait tüm işyerlerinin *"tüm çalışanlarına"* uygulanmasını öngörmektedir. Söz konusu çalışanlar ise, *"kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi"* biçiminde tanımlanmaktadır (İSG Kanunu m. 3/I bent b).

*"Çalışan"* deyimini, bilindiği üzere, işçi ile memur (devlet memuru) ve diğer kamu görevlisi (sözleşmeli personel) (Ay. m. 128) gibi değişik kategorik adlar altında, kamu kesimince istihdam edilen değişik (gerçek) kişileri birlikte anlatmak ve bunlar arasındaki farklılıkları örtmek üzere getirilmiştir. Nitekim, Ay. m. 51/I'de *"çalışanlar"* sözcüğüne yer verilmek suretiyle, memur sendikacılığına olanak tanınmıştır.

Aynı durum İSG Kanunu bakımından söz konusu olup; iş sağlığı ve güvenliği hükümleri, kamu kesiminde sadece işçilere değil, bunların yanısıra memurlar ile diğer kamu görevlilerine de uygulanmak istenmektedir. Nitekim, İSG Kanunu m. 3/I bent b'deki *"kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın"* anlatımıyla, bu durumun ifade edilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Ancak, bu durumun, geleneksel iş hukuku kalıplarına uyduğu söylenemez. Nitekim, İSG Kanunu m. 3/I bent b, *"çalışan"*ı kamu veya özel *"işyerleri"*nde istihdam edilen kişi olarak algılamaktadır. Memurlar ile diğer kamu görevlilerinin istihdam edildikleri resmi dairelerin ise, iş hukuku anlamında birer kamu işyeri olarak görülmesi son derece güçtür.

Sonra, iş sağlığı ve güvenliği, esas olarak iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçileri ilgilendirecek bir konudur. Nitekim, burada söz konusu olan, işin değil, işçinin sağlığı ve güvenliğidir.

Bu bakımdan, *"çalışan"*, hukuki bir terim olmaktan çok, ülkemizde kamu kesiminde faaliyet gösteren değişik kategorilerdeki kişileri birlikte anlatmak üzere kullanılacak bir deyimdir. Bunun ötesinde, *"çalışan"* deyiminin hukuki kavram ola-

rak algılanmak suretiyle kendisine terminolojik özellikler tanınması, hukuk tekniği bakımından sakıncalı görünmektedir<sup>1</sup>.

Diğer yandan, İSG Kanunu m. 2/I, iş sağlığı ve güvenliği koruması altındaki “çalışanlar” çevresine, işyerinde mal veya hizmet üretmeyen çıraklar ile stajyerleri katmaktadır. Gerçekten, çırak, işyerinde bir meslek veya sanatı öğrenmek üzere ve stajyer de, herhangi bir meslekle ilgili bilgilerini derinleştirmek amacıyla işyerinde bulunmaktadır.

Çırak ve stajyerler, işyerinde herhangi bir iş (hizmet) ilişkisi içinde bulunmayıp, mesleki eğitim ilişkisine dayanarak işyerinde faaliyet göstermektedir. Ancak, çırak ve stajyerin de işyerinde bulunmaları nedeniyle mesleki tehlikelere açık oldukları düşünülerek, bunlar bakımından da sağlık ve güvenlik korumasının geçerli bulunması öngörülmüştür.

### III. Koruma Dışındaki Faaliyet ve Kişiler

İSG Kanunu m. 2/II, bazı faaliyetler ve kişiler hakkında, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir. Bunlar:

“- *Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerindekiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri,*

- *Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri,*

- *Ev hizmetleri,*

- *Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar,*

- *Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri”*dir (bent a-d).

İSG Kanunu'nun öngördüğü söz konusu istisnalar içinde, ev hizmetlerinde çalışanların uygulama alanı dışında bırakılması, doğru ve yerinde olmamıştır. Gerçekten, İSG Kanunu'nun amacı; görülen işin niteliği zorunlu kılmadığı sürece, tek bir çalışan dahi bulursa, tüm işyerleri ile çalışanların, hatta işçi sıfatını taşımayan memur ve diğer kamu görevlilerinin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerden yararlandırılmasıdır. Böyle bir amacı taşıyan İSG Kanunu'nun, en çok korunması gereken kesimlerden birini korumasız bırakmasını açıklamak, son derece güçtür.

Bunun gibi, ücretle ve sürekli olarak ev hizmetlerinde çalışanlar kısa ve uzun

<sup>1</sup> Krş. Şükran Öztürk, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil VII, 27 (Eylül 2012), 14.



vadeli sigorta kolları bakımından sigortalı sayılırken (5510 sK. m. 6/I bent c), bunların işyeri tehlikelerine karşı korunmamasını anlama olanağı da yoktur<sup>2</sup>.

Öte yandan, sosyal iyileştirme kapsamında yürütülen “*işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri*”nin, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulama alanı dışında kaldığı (İSG Kanunu m. 2/II bent d) görülmektedir. Hükümlü veya tutuklu bulunsalar dahi işyurtlarında çalışanların faaliyetlerini sağlık ve güvenlik ortamından uzak tutmanın ise, yerinde olmadığı söylenmelidir. Nitekim, “*ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular*” hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinin uygulanması kabul edilmişken (5510 sK. m. 5/a), bunların iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlandırılmamasını öngörmek, çelişki yaratmaktadır.

Bu anlamda, genel güvenlik önlemlerinin ceza ve tutukevlerinde yoğun olarak uygulanması, buralara bağlı işyurtlarında çalışan tutuklu ve mahkumların sağlıksız ve güvensiz bir ortamda faaliyet göstermelerini gerektirmemektedir. Üstelik, işyurtları, kendisine ait bulunması nedeniyle, devletin en rahat denetleyebileceği yerlerden olup; buralardaki mahkum ve tutuklu kişilerin, devlet güvencesi altında buldukları (tutuldukları) varsayılmaktadır.

Nihayet, Türk Silahlı Kuvvetleri ile genel kolluk güçleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'nın faaliyetleri, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Buna karşılık, bunlara ait fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerinde çalışanlar ve de özellikle askeri işyeri çalışanları, iş sağlığı ve güvenliği korumasından yararlanacaktır (İSG Kanunu m. 2/II bent a).

#### IV. Sonsöz

İSG Kanunu'nun uygulama alanı ile kapsamının oldukça geniş tutulduğu, yukarıdaki açıklamaların ışığında ortaya çıkmaktadır. Bunun nedenleri arasında, ülkemizdeki iş kazası sayısının oldukça yüksek olması ve dolayısıyla olabildiğince geniş bir iş alanının kapsamak istenmesinin yanısıra, İSG Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği alanında çıkarılmış ayrı ve özel bir yasa olması nedeniyle bu alandaki tüm çalışma ilişkilerinin tek çatı altında toplanması isteğini de gösterebiliriz.

Ancak, uygulama alanı geniş tutulmak suretiyle sağlık ve güvenlik güvencesinin toplumun oldukça geniş bir kesimine yayılmak istenmesi ideal bir yasama politikası olmakla birlikte, bu siyasetin önünde önemli engellerin yattığı gözden kaçırılmamalıdır. Bunların başında da, ülkemizde yaygın ve etkin bir iş sağlığı güvenliği devlet denetim örgütünün kurulamamış olması gerçeği gelmektedir. Nitekim, az sayıdaki denetim elemanıya, çok sayıdaki işyerini sağlık ve güvenlik yönünden denetleme olanağı yoktur. Değişik bir söyleyişle; getirilen kurallar ne kadar tam olursa

<sup>2</sup> Ayrıca bkz. ve krş. *Ertürk*, 14.

olsun, bunların uygulanıp uygulanmadığının yaygın ve etkin bir biçimde devlet tarafından denetimi sağlanmadığı takdirde, sistemden başarılı olmasını beklemek yanlış olur.

İSG Kanunu açısından da, aynı şeyleri söylemek mümkündür. Gerçekten, söz konusu yasa hükümlerine bakıldığında; sağlık ve güvenlik hükümleri uygulamasının tek elde toplanmak istendiği, neredeyse tüm çalışan kesimlere güvence sağlanmaya çalışıldığı ve denetim elemanlarının yetkilerinin güçlendirildiği görülmektedir. İş sağlığı ve güvenliği alanında böyle bir yeknesak uygulamayı gerçekleştirebilmek ise, nicelik ve nitelik yönünden yeterli ve etkin bir devlet denetim örgütünün varlığına bağlıdır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın mevcut yapısı ise, şu anda böyle bir denetimi gerçekleştirmek için yeterli bir görünüme sahip değildir. Bu anlamda, İSG Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte iş kazası sayısında önemli bir düşüşün ortaya çıkmaması da, belirtilen gerçeği tüm çıplaklığıyla göstermektedir. Buna göre, İSG Kanunu'nun geniş tutulan uygulama alanına giren çalışanlara gerçekten bir koruma (güvence) sağlanmak isteniyorsa, öncelikle devlet denetim örgütünün yapısal eksikliklerinden arındırılması zorunlu görülmektedir.

**AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2012  
İLERLEME RAPORU**  
*(European Commission, Turkey 2012 Progress Report )*

**Abdullah DİNÇKOL\***

**ÖZET**

Türkiye ve AB ilişkilerinin **Türkiye 2012 İlerleme Raporu** açısından ele alındığı bu makalede, Türkiye'nin, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıklara saygıyı ve azınlıkların korunmasını güvence altına alan kurumların istikrarını gerektiren Kopenhag siyasi kriterlerinin karşılanmasına yönelik olarak kaydettiği ilerleme incelenmektedir. Ayrıca, uluslararası yükümlülüklerle uyum, bölgesel işbirliği ile genişleme ülkeleriyle ve üye devletlerle iyi komşuluk ilişkileri gözden geçirilmektedir. Türkiye'nin AB üyeliğine hazırlık sürecinde kaydettiği ilerleme hakkındaki bu Rapor, büyük ölçüde önceki raporlardaki yapıyı takip etmektedir.

Rapor; Birlik ve Türkiye arasındaki ilişkilere kısaca değinmekte; üyelik için karşılanması gereken siyasi kriterler açısından Türkiye'deki durumu incelemek; üyelik için karşılanması gereken ekonomik kriterler açısından Türkiye'deki durumu incelemek; Türkiye'nin üyelik yükümlülüklerini, diğer bir ifadeyle, Antlaşmalar, ikincil mevzuat ve Birlik politikalarından oluşan AB müktesebatını üstlenme kapasitesini gözden geçirmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Türkiye 2012 İlerleme Raporu, Üyelik yükümlülükleri.

***Abstract***

The article, in which the relations between Turkey and the EU are analysed from **Turkey 2012 Progress Report** perspective, examines progress made by Turkey towards meeting the Copenhagen political criteria, which require stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities. It also monitors compliance with international obligations, regional cooperation and good neighbourly relations with enlargement countries and Member States. This report on progress made by Turkey in preparing for EU membership largely follows the same structure as in previous years.

The report; briefly describes the relations between Turkey and the Union; analyses the situation in Turkey in terms of the political criteria for members-

---

\* Prof. Dr., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi – İstanbul

hip; analyses the situation in Turkey on the basis of the economic criteria for membership; reviews Turkey's capacity to take on the obligations of membership, that is the *acquis* expressed in the Treaties, the secondary legislation and the policies of the Union.

**Keywords:** Turkey 2012 Progress Report, The obligations of membership.

## I. GİRİŞ<sup>1</sup>

Avrupa Birliği-Türkiye ilişkilerinin resmî başlangıcı, 1958 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 6 ülke tarafından kurulmasının ardından Türkiye'nin ortaklık için 31 Temmuz 1959'da yaptığı başvuruya dayanmaktadır.

AET Bakanlar Konseyi Türkiye'nin ortaklık başvurusunu kabul etmiş ve yapılan hazırlık görüşmelerini takiben 12 Eylül 1963 tarihinde, Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir ortaklık yaratan anlaşma olan *Ankara Anlaşması*<sup>2</sup> imzalanmıştır. Anlaşma, hazırlık dönemi (5 yıl), geçiş dönemi (1973 itibarıyla 12 ve 22 yıllık iki ayrı dönem) ve nihai dönem olarak üç devre öngörmüştür. Geçiş döneminin sonunda ise gümrük birliğinin tamamlanması planlanmıştır. Anlaşmada öngörülen Hazırlık döneminin sona ermesiyle birlikte, 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanan ve 1973 yılında yürürlüğe giren *Katma Protokol*<sup>3</sup>de geçiş döneminin hükümleri ve tarafların üstleneceği yükümlülükler belirlenmiştir.

Ancak, Türkiye geçiş dönemindeki yükümlülüklerini yerine getirememiş, 1978-1988 yılları arasında gümrük indirimleri durdurulmuş ve ilişkiler 1980 askerî darbesiyle kesintiye uğramıştır. Türkiye'nin 14 Nisan 1987'de yılında yaptığı tam üyelik başvurusuyla ivme kazanan Avrupa Birliği (AB) – Türkiye ilişkileri, 1993 tarihinde Gümrük Birliği müzakerelerinin başlaması ile yeni bir boyuta geçmiştir. İki yıllık müzakerelerden sonra Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararıyla Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği 1 Ocak 1996'da yürürlüğe girmiştir.

1999 yılında Helsinki'de gerçekleştirilen *AB Zirvesi* (Avrupa Konseyi), AB – Türkiye ilişkileri için bir dönüm noktası olmuştur. Bu Zirve'de AB, Türkiye'nin adaylığını resmi olarak kabul etmiş ve bu kararın ardından Türkiye'yi AB üyeliği-

<sup>1</sup> Abdullah Dinçkol, "Avrupa Komisyonu Türkiye 2005 İlerleme Raporu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4, S.8, Güz 2005/2, s.83-100.

<sup>2</sup> [http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ile-avrupa-ekonomik-topluluğu-arasında-bir-ortaklık-yaratan-anlaşma-\\_ankara-anlaşması\\_-12-eylül-1963-.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ile-avrupa-ekonomik-topluluğu-arasında-bir-ortaklık-yaratan-anlaşma-_ankara-anlaşması_-12-eylül-1963-.tr.mfa) (erişim: 01.01.2013).

<sup>3</sup> <http://www.mfa.gov.tr/avrupa-ekonomik-topluluğu-ile-türkiye-arasında-ortaklık-iliskisi-kurulmasına-dair-anlaşmaya-katma-protokol---23-kasım-1970.tr.mfa> (erişim: 01.01.2013). Katma Protokol, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 5 Temmuz 1971, T.C. Senatosu'nda da, 22 Temmuz 1971 tarihinde onaylandıktan sonra, 1 Eylül 1971 tarihinde kanunlaştırılmış ve Ankara Anlaşması'nda olduğu gibi, 30 Eylül 1971'de GATT'a sunulmuştur. Sözü edilen Protokol üye ülke parlamentolarında da onaylandıktan sonra, 1 Ocak 1973'te yürürlüğe girmiştir. (Ancak, Katma Protokol'ün ticari hükümleri "geçici anlaşma" ile 1.9.1971 tarihinde yürürlüğe konmuş ve AT'nun yükümlülükleri bu tarih itibarıyla başlatılmıştır).

ne hazırlayabilmek için diğer aday ülkelerde olduğu gibi bir katılım öncesi strateji uygulanmaya başlanmıştır. Bu katılım stratejisi birbirine bağlı birkaç unsuru içermektedir:

- Katılım Ortaklığı Belgesi,
- İlerleme Raporları,
- Tek finansal çerçeve kapsamında yıllık yardım,
- Avrupa Topluluğu programlarına ve kuruluşlarına katılım.

Katılım Öncesi Strateji'nin en önemli unsuru Avrupa Komisyonu'nun her yıl düzenli olarak hazırladığı ve aday ülkelerin üyelik yolunda kaydettiği gelişmeleri değerlendirerek önerilerde bulunduğu “**İlerleme Raporu**”dur.

Bu raporlar, Konsey kararları için birer dayanaktır. Konsey, müzakerelerin yürütülmesini, katılım kriterlerine göre adaylık sürecine yeni eklenen ülkeleri durumunu, bu raporlar çerçevesinde değerlendirir.

Türkiye hükümeti de bu strateji çerçevesinde, düzenli olarak, Katılım Ortaklığı ve Müktesebatın Kabulüne ilişkin Ulusal Programlar hazırlamaktadır. Avrupa Komisyonu da İlerleme Raporu'nu hazırlarken Türk hükümetinin sunduğu bilgiler, Avrupa Parlamentosu rapor ve kararları, Avrupa Konseyi, AGİT ve uluslararası finans kuruluşları başta olmak üzere uluslararası örgütler ve sivil toplum örgütlerinin değerlendirmelerinden faydalanmaktadır. Bu husus “Türkiye 2005 İlerleme Raporu”nun “Giriş” bölümünün “Önsöz”ünde ayrıntılı bir şekilde ifade edilmişken<sup>4</sup>; 2006 İlerleme Raporu'ndan itibaren Türkiye 2012 İlerleme Raporu dahil, tüm ilerleme raporlarında hemen hemen aynı kelimelerle şu şekilde ifade edilmektedir:

*“(...) Rapor, Komisyon tarafından toplanan ve analiz edilen bilgilere dayanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin ve üye devletlerin katkıları, Avrupa Parlamentosu raporları ile çeşitli uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarından gelen bilgiler de dâhil olmak üzere, pek çok kaynaktan faydalanılmıştır.”<sup>5</sup>*

<sup>4</sup> “(...) Bu rapor çok sayıda bilgi kaynağından yararlanılarak hazırlanmıştır. Türkiye, son raporun yayınlanmasından bu yana üyelik için yürüttüğü hazırlıklar konusunda kaydettiği ilerlemeye ilişkin bilgi vermeye davet edilmiştir. Türkiye'nin Ortaklık Anlaşması, müktesebatın üstlenilmesine ilişkin Ulusal Program çerçevesinde sağladığı bilgiler ve bazı alanlarda idari kapasitenin değerlendirilmesi kapsamında verilmiş çeşitli uzman görüşler ilave kaynakları oluşturmuştur. Konsey görüşleri ile Avrupa Parlamentosu raporları ve kararları da raporun hazırlanmasında dikkate alınmıştır. Komisyon aynı zamanda başta Avrupa Konseyi, AGİT, uluslararası mali kuruluşlar ile sivil toplum örgütlerinin katkıları olmak üzere muhtelif uluslararası kuruluşların değerlendirmelerinden de istifade etmiştir.” [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_2005/pdf/package/sec\\_1426\\_final\\_en\\_progress\\_report\\_tr.pdf](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2005/pdf/package/sec_1426_final_en_progress_report_tr.pdf) (erişim: 01.01.2013).

<sup>5</sup> [http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/İlerlemeRaporlari/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/İlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf) (erişim: 01.01.2013).

Türkiye için ilk ilerleme raporu Kasım 1998'de yayımlandı ve 2012 yılına kadar aksamadan sürdürüldü<sup>6</sup>.

İlerleme Raporu, Birliğe aday ülkelerin performanslarını iktisadi ve siyasi kriterler ile üstlendikleri yükümlülükler (müktesebat) itibarıyla mercak altına alırken, katılım tarihi almış adayların performansları, üstlendikleri yükümlülüklerle sınırlı olarak değerlendirilmektedir<sup>7</sup>. Temel ölçüt, aday ülkelerin söz konusu kriterleri ve yükümlülükleri hangi ölçüde ve hızda yerine getirdiğidir, “nasıl” ve “neden” soruları ikincil bir öneme sahiptir. Nitekim kimi durumlarda kriterleri yerine getirme tarzı ile kriterlerin kendisi (demokrasi ve hukukun üstünlüğü) çelişkiye düşebilmektedir. Bu durumda bile temel değerlendirme uyum konusunda ilerlemenin kaydedildiği şeklinde olmakta, söz konusu çelişkiler ise “düzeltmesi” kaydı düşünülen ikincil problemler şeklinde ele alınmaktadır<sup>8</sup>. Örneğin, “Türkiye 2012 İlerleme Raporu”nda Türkiye'nin siyasi kriterlere uyum performansının ve değişim hızının yeterli olmadığına dair bir uyarı gelmekte ve Türkiye'nin müzakere süreci boyunca da siyasi kriterlere uyum ve uygulamaya azami özen göstermesi gerektiğine dikkat çekilmektedir. Raporun siyasi kriterler bölümünde sık sık “(...) *daha fazla iyileştirme yapılması gerekmektedir...*” şeklindeki ifadelerle reformların uygulanmasında aksaklıklar, eksiklikler ve özellikle de düzensizlikler gözlemlendiği vurgulanmaktadır.

Teknik olarak ilerleme raporları, her bir aday ülke için ayrı ayrı hazırlanmaktadır. Ancak spesifik karakterli bu raporlara ilaveten, bir de ilerleme raporlarının sonuçları itibarıyla genel bir değerlendirmesini içeren Karma Belge yayınlanmaktadır. Karma Belge, 2000 yılı ilerleme raporları itibarıyla “**Genişleme Stratejisi Belgesi**” adını almıştır<sup>9</sup>. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan “**2012 Genişleme Stratejisi Belgesi**” Batı Balkan Ülkeleri (*Hırvatistan, Karadağ, Makedonya, Sırbistan, Arnavutluk, Bosna-Hersek, Kosova*), Türkiye ve İzlanda İlerleme Raporları Sonuçlarına ilişkin değerlendirmeleri kapsamaktadır<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> 1998 -2012 İlerleme Raporları için bk: <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=46224&l=1> (erişim: 01.01.2013).

<sup>7</sup> İlerleme Raporları, genişlemenin AB kontrolünde ilerlemesini daha da kolaylaştırmakta ve AB'nin tüm aday ülkelere aynı objektif standart ve kriterleri uygulamasını mümkün kılan bir işlev görmektedir. Dinçkol, s.87.

<sup>8</sup> Dinçkol, s.86.

<sup>9</sup> 2003 – 2012 Genişleme Strateji Belgeleri için bk: <http://www.ekonomi.gov.tr/avrupabirligi/index.cfm?sayfa=DC1ECF54-D8D3-8566-452070396AC8970D> (erişim:01.01.2013).

<sup>10</sup> 2012 Genişleme Strateji Belgesi için bk: *Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013*, [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2012/package/strategy\\_paper\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/strategy_paper_2012_en.pdf) (erişim: 03.01.2013). Türkçe geniş özet için bk:<http://www.ekonomi.gov.tr/upload/DC1ECF54-D8D3-8566-452070396AC8970D/5.%202012%20Yılı%20Genişleme%20Stratejisi%20Geniş%20Özeti.docx> (erişim: 03.01.2013).

## II. TÜRKİYE 2012 İLERLEME RAPORU

Türkiye 2012 İlerleme Raporu, değerlendirmeleri aşamasında, bundan önceki raporlarda olduğu gibi “**alınan kararlar, kabul edilen mevzuat ve uygulanan tedbirler**”i temel almıştır. “*Kural olarak hazırlık aşamasında olan veya Parlamento tarafından kabul edilmeyi bekleyen mevzuat veya tedbirler*”i dikkate almamıştır. Bu yaklaşım sayesinde tüm raporlar eşit biçimde ele alınmakta ve objektif bir değerlendirme yapılabilmektedir.

Avrupa Komisyonu tarafından açıklanan Türkiye 2012 İlerleme Raporu’nda bilinmeyen, sürpriz olarak nitelenecek yeni bir şey yok diyebiliriz. Raporun yapısı, 2010, 2011 yılları İlerleme Raporlarıyla büyük ölçüde aynıdır. Bu durumu son üç yılın Türkiye İlerleme Raporlarınının “**Giriş**” bölümü altındaki “**AB ile Türkiye arasındaki ilişkiler**” başlığında şöyle görebiliriz:

2012 İlerleme Raporu	<p>Katılım müzakerelerine hazırlanma bakımından, tarama raporları temelinde münferit fasıllarda Türkiye’nin müzakerelere başlamak için gerekli olan hazır olma durumu değerlendirilmiştir. Toplam 33 tarama raporundan dokuzu Konsey’de görüşülmekte olup, bir rapor hâlâ Konsey’e sunulmamıştır.</p> <p>Bugüne kadar, 13 fasılda (<i>Bilim ve Araştırma, İşletme ve Sanayi Politikası, İstatistik, Mali Kontrol, Trans-Avrupa Ağları, Tüketicinin ve Sağlıkın Korunması, Fikri Mülkiyet Hukuku, Şirketler Hukuku, Bilgi Toplumu ve Medya, Sermayenin Serbest Dolaşımı, Vergilendirme, Çevre, Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı Politikası</i>) müzakereye açılmış olup bunlardan biri (<i>Bilim ve Araştırma</i>) geçici olarak kapatılmıştır. Aralık 2006 tarihli Konsey Kararı hâlâ yürürlüktedir.</p>
2011 İlerleme Raporu	<p>Türkiye ile katılım müzakereleri devam etmiştir. Hazırlık niteliğindeki analitik evrede, münferit fasıllarda müzakerelere başlamak için gerekli hazır olma düzeyi tarama raporlarına dayanarak değerlendirilmiştir. Toplam 33 tarama raporundan dokuzu Konsey’de görüşülmekte, biri hâlâ Komisyon tarafından Konsey’e sunulmayı beklemektedir.</p> <p>Bugüne kadar, on üç fasıl (<i>Bilim ve Araştırma, İşletme ve Sanayi Politikası, İstatistik, Mali Kontrol, Trans-Avrupa Ağları, Tüketicinin ve Sağlıkın Korunması, Fikri Mülkiyet Hukuku, Şirketler Hukuku, Bilgi Toplumu ve Medya, Sermayenin Serbest Dolaşımı, Vergilendirme, Çevre, Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı Politikası</i>) müzakereye açılmış olup, bunlardan biri (<i>Bilim ve Araştırma</i>) geçici olarak kapatılmıştır. Aralık 2006 tarihli Konsey Kararı hâlâ yürürlüktedir.</p>

2010 İlerleme Raporu	<p>Türkiye ile <i>katılım müzakereleri</i> devam etmiştir. Hazırlık niteliğindeki analitik evrede, münferit fasıllarda müzakerelere başlamak için gerekli hazır olma düzeyi tarama raporlarına dayanarak değerlendirilmiştir. Toplam 33 tarama raporundan biri Komisyon tarafından Konsey'e sunulmayı beklerken, dokuzu Konsey'de görüşülmektedir.</p> <p>Bugüne kadar on üç fasıl (<i>Bilim ve Araştırma, İşletme ve Sanayi Politikası, İstatistik, Mali Kontrol, Trans-Avrupa Ağları, Tüketicinin ve Sağlıkın Korunması, Fikri Mülkiyet Hukuku, Şirketler Hukuku, Bilgi Toplumu ve Medya, Sermayenin Serbest Dolaşımı, Vergilendirme, Çevre ve Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı Politikası</i>) müzakereye açılmış olup, bunlardan biri (<i>Bilim ve Araştırma</i>) geçici olarak kapatılmıştır. Aralık 2006 tarihli Konsey Kararı hâlâ yürürlüktedir.</p>
----------------------	---

Görülmektedir ki, ilerleme alanında en önemli aşama olan müktesebatın çeşitli fasıllarında müzakerelere başlama açısından son üç yılda hiçbir değişiklik olmamıştır. Sadece on üç fasıl müzakereye açılmış olup, bunlardan biri geçici olarak kapatılmıştır. Üstelik “*Aralık 2006 tarihli Konsey Kararı hâlâ yürürlüktedir.*” şerhi varlığını korumaktadır. Bu şerhte ifade edilen Karar, “*Türkiye'nin Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'ne yönelik kısıtlamalarıyla bağlantılı sekiz fasılda müzakerelerin açılmamasını*” ve “*Ortaklık Anlaşması'na Ek Protokol'ün Türkiye tarafından tamamen uygulandığı Komisyon tarafından teyit edilinceye kadar hiçbir fasılın geçici olarak kapatılmamasını*” öngörmektedir. Bu şerhle ilgisi olan bir diğer gelişme ise, Türkiye'nin Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin, 2012 yılının ikinci yarısındaki dönem başkanlığı ile ilgili “*ilişki dondurma kararı*”dır. Bu durum İlerleme Raporunda şöyle yer almıştır:

“*2012 yılının ikinci yarısında Türkiye, AB Dönem Başkanlığı ile ilişkileri dondurma ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi AB Dönem Başkanlığı'nın başkanlık ettiği toplantılara katılmama kararı almıştır. AB Zirvesi, Türkiye'nin söz konusu açıklamaları ve tehditlerine ilişkin olarak, duyduğu endişeleri dile getirmiş ve Türkiye'yi, Antlaşma uyarınca AB'nin temel bir kurumsal unsuru olan AB Dönem Başkanlığı'nın rolüne saygı duymaya çağırmıştır.*”

2012 İlerleme Raporu, bir önceki İlerleme Raporu'ndan bu yana Türkiye'nin siyasi ve ekonomik kriterler ile müktesebat uyumu alanlarında kaydettiği “*ilerlemeleri ve eksikliklerini*” eleştirel bir bakış açısı ile özellikle de eksikliklerin düzeltilmesini hedefleyerek, ayrıntıları ve örnekleri ile ortaya koymaktadır.

Rapor, “Giriş”, “Siyasi Kriterler ve Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog”, “Ekono-



mik Kriterler” ve “Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği” başlıklarını taşıyan dört bölümden oluşmaktadır.

Bu çalışma, İlerleme Raporunu siyasal ve sosyal yönleri ile değerlendirmeye yönelik olduğu için, sadece “*Siyasi Kriterler ve Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog*” bölümü üzerinde durulacaktır.

Burada şunu da belirtmek yerinde olacaktır ki, Türkiye ilk kez bir anlamda İlerleme Raporu’na cevap niteliğinde kendi ilerleme raporunu yayınlamıştır<sup>11</sup>. Çalışmanın sonunda, Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından hazırlanan “*Türkiye Tarafından Hazırlanan 2012 Yılı İlerleme Raporu, Yapılan Çalışmalar ve Kaydedilen İlerlemeler*” başlıklı bu rapora da değinilecektir.

### A. Raporun “Giriş” Bölümü

İlerleme Raporu’nun Giriş bölümü, “Önsöz”, “Çerçeve” ve “AB ve Türkiye arasındaki ilişkiler” alt başlıklarını içermektedir. Önsöz ve Çerçeve bölümleri, 2009 İlerleme Raporu’ndan bu yana, sadece tarihler değiştirilmek kaydıyla aynıdır.

AB ile Türkiye arasındaki ilişkiler alt başlığında ise ikili ilişkilerdeki son gelişmeler ve “Ortaklık Anlaşması”nın işlemeye devam ettiği belirtilmesine rağmen, yukarıda ifade edildiği gibi, müzakerelerde son üç yılda bir ilerleme görülmediği anlaşılmaktadır. 2012 yılında meydana gelen siyasi ve uluslararası gelişmeler bağlamında yeni bir tespit raporda yer almaktadır:

*(...) Türkiye, komşusu olduğu geniş coğrafyada giderek daha etkin hale gelmiş olup, önde gelen bir bölgesel aktördür. Konsey, Kuzey Afrika’da yaşanan son gelişmeler dâhil olmak üzere, Türkiye’nin reformları destekleme konusunda bölgede oynadığı etkin rolü kabul etmiştir. Ayrıca Türkiye, Suriye rejiminin sivillere karşı şiddet kullanılmasını şiddetle ve müteaddit kere kınamış ve ülkelerinden kaçan yaklaşık 100.000 Suriyeliye insani yardım sağlamıştır.”*

Raporda, Türk tarafının AB’nin bazı beklentilerini henüz karşılamadığı şöyle ifade edilmektedir: “*Türkiye gümrük birliğini tam olarak uygulamamaktadır.*” Bu bakımdan AB, Türkiye’den, “*Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’ne yönelik taşımacılık alanındaki kısıtlamalar da dâhil, malların serbest dolaşımı ile ilgili süregelen tüm kısıtlamaları kaldırmasını ve gümrük birliğini tam olarak uygulamasını talep etmiştir.*”

### B. Raporun “Siyasi Kriterler ve Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog” Bölümü

Bu bölümde, “*Türkiye’nin, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıklara saygıyı ve azınlıkların korunmasını güvence altına alan kurumla-*

<sup>11</sup> Türkiye Tarafından Hazırlanan 2012 Yılı İlerleme Raporu, Yapılan Çalışmalar ve Kaydedilen İlerlemeler, Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara, Ocak 2013, [http://www.abgs.gov.tr/files/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_02\\_01\\_13\\_fotomat\\_version.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotomat_version.pdf) (erişim: 03.02.2013).

*rın istikrarını gerektiren Kopenhag siyasi kriterlerinin karşılanmasına yönelik olarak kaydettiği ilerleme incelenmektedir.”* şeklinde, önceki raporlarda da yer verilen bir giriş mevcuttur. Ayrıca, 2005 İlerleme Raporundan bu yana Türkiye için başkaca kriterlerin de inceleneceği ifade edilmektedir: “Ayrıca uluslararası yükümlülüklerle uyum, bölgesel işbirliği ile genişleme ülkeleriyle ve üye devletlerle iyi komşuluk ilişkileri gözden geçirilmektedir.”<sup>12</sup>

Bu ifade de göstermektedir ki, Türkiye'nin karşılaması gereken kriterler, sadece Kopenhag Zirvesi'nde tanımlanan ve Mayıs 1999'da Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Avrupa Birliği Antlaşması'nın temel birer ilkesi haline gelen siyasi kriterlerden ibaret değildir. Ayrıca “iyi komşuluk ilişkileri”, “uluslararası yükümlülüklerle uyum”, “bölgesel işbirliği” konuları da, Türkiye'nin incelenen ve doğal olarak yerine getirmesi gereken kriterlerdir<sup>13</sup>.

Siyasi Kriterler ve Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog Bölümü; “demokrasi ve hukukun üstünlüğü”, “insan hakları ve azınlıkların korunması” ve “bölgesel konular ve uluslararası yükümlülükler” şeklindeki üç başlık altında düzenlenmiştir.

## 1. Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü

Demokrasi ve hukukun üstünlüğü başlığı altında Türkiye'nin, “anayasa”, “parlamento”, “cumhurbaşkanı”, “hükümet”, “kamu yönetimi”, “güvenlik güçlerinin sivil denetimi”, “yargı sistemi”, “yolsuzlukla mücadele politikası” sorunları ayrıntılı bir şekilde incelenmekte ve gerçekleştirilen veya gerçekleştirilemeyen uygulamalar, alınan veya alınamayan kararlar, kabul edilen veya kabul edilemeyen mevzuat ve uygulanan veya uygulanamayan tedbirlere yer verilmektedir. Bazı konuların sonunda bir sonuç kısmı bulunmaktadır.

Bu başlıkların incelenmesine geçilmeden, bir giriş niteliğinde bazı tespitler raporda yer almaktadır. Bu tespitlerin en önemlisi;

*“Savunma hakkı, yargılama öncesi tutukluluk sürelerinin uzunluğu ile fazlasıyla uzun ve çok kapsamlı iddianameler bakımından endişeler devam etmiş olup, bu durum, söz konusu yargılamaların hukuka uygunluğunun, kamuoyu tarafından kayda değer ölçüde sorgulanmasına yol açmıştır. Türkiye'deki demokratik kurumların düzgün işleyişine ve hukukun üstünlüğüne duyulan güvenin güçlendirilmesi bakımından bir fırsat teşkil eden bu da-*

<sup>12</sup> 2012 İlerleme Raporu'nda üstü kapalı olarak yazılsa da, kastedilen; 2005 İlerleme Raporu'nda daha ayrıntılı olarak ifade edilen şu tespitlerdir: “Komisyon, bu bölümde, ayrıca Türkiye'nin iyi komşuluk ilişkilerine yönelik taahhütleri bağlamında yerine getirmesi gerekenler ve halen çözümlenmemiş sınır anlaşmazlıklarının çözümünü yolundaki yükümlülükleri de dâhil olmak üzere bölgesel sorunları, Kıbrıs sorununun kapsamlı olarak halline yönelik çabalara verdiği desteği ve Kıbrıs'la ikili ilişkilerin normalleştirilmesini inceleme altına almaktadır.” [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_2005/pdf/package/sec\\_1426\\_final\\_en\\_progress\\_report\\_tr.pdf](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2005/pdf/package/sec_1426_final_en_progress_report_tr.pdf) (erişim: 01.01.2013).

<sup>13</sup> Dinçkol, s.92.

*valar, yargı süreçlerinin geniş kapsamlı olması ve söz konusu süreçlerle ilgili eksikliklere yönelik ciddi endişeler yüzünden gölgede kalmıştır. Ayrıca, söz konusu davalar, Türk siyasetinde kutuplaşmaya yol açma eğilimindedir.*

*Bu davalarda savunma hakkının güvence altına alınması ve şeffaflığın sağlanması amacıyla, yargı süreçlerinin hızlandırılması gerekmektedir. Soruşturmalar hızla genişleme eğilimindedir; yargı, yalnızca polis tarafından toplanan veya gizli tanıklar tarafından sağlanan kanıtları kabul etmektedir.”*

şeklinde ortaya konulmaktadır.

Yeni Anayasa çalışmalarına ilişkin olarak olumlu adımlar atıldığını, şeffaflık konusunda bazı sınırlamalar söz konusu olsa da demokratik ve katılımcı bir süreç uygulandığını vurgulayan 2012 İlerleme Raporu; “(...) *Yeni Anayasa, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunmasını teminat altına alan kurumların istikrarını güçlendirmeli ve başta Kürt meselesi olmak üzere uzun süreden beri devam eden sorunları ele almalıdır. Uzlaşma ruhunun devam ettirilmesi ve mümkün olan en geniş istişarenin sağlanması, yeni Anayasanın meşruiyeti için kilit unsur teşkil etmektedir.*” tespitinde bulunmaktadır.

Parlamento konusuyla ilgili analizde, seçim sistemine ilişkin olarak önemli bir değişiklik yapılmadığı vurgulanan Raporun en önemli tespitlerden birisi de seçim barajına ilişkindir: “*TBMM’ye seçilmek için gerekli % 10’luk seçim barajı, Avrupa Konseyi üyeleri arasında en yüksek oran olmaya devam etmektedir.*”

Kamu yönetimi mevzuatına ilişkin reformlarda ilerleme kaydedildiği ifade edilmesine rağmen, Sayıştay Kanunu’nda yapılan son değişikliklerin, Sayıştay denetimi ve kontrolünün bağımsızlık ve etkililiğine ilişkin ciddi endişeler yarattığı da vurgulanmıştır.

2012 İlerleme Raporu’na göre, güvenlik güçlerinin sivil denetimi daha da güçlendirilmiştir.

Yargı sistemi açısından bazı ilerlemeler kaydedildiği vurgulanmasına rağmen, Adliyelerde ve duruşmalar esnasında, hâkim, savcı ve savunma tarafı ile ilgili olarak, “Silahların eşitliği ilkesini” güvence altına almayan yasal hükümler ve uygulamaların hâlâ mevcut olduğu ifade edilmiş; “(...) *hâkim ve savcılar, uluslararası insan hakları anlaşmaları ile iç hukuk arasında çatışma olduğunda, Anayasa’da açık biçimde bu tür anlaşmaların önceliği bulunduğu dair hüküm olmasına rağmen, bu anlaşmaları uygulamamışlardır.*” denilmiştir. Üçüncü Yargı Reformu Paketi’nin adalet yönetimi ve temel hakların korunması ile ilgili sorunlu alanları yeterince gözden geçirme konusunda başarılı olamadığını belirten rapora göre, yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve etkinliği ile ilgili daha fazla çaba harcanması gerekmektedir.

Yolsuzlukla mücadele davalarında tarafsızlık konusunda endişelerin bulundu-

ğu ifade edilen 2012 İlerleme Raporu'na göre, suçun mahiyeti ve siyasi partilerin finansmanının şeffaflığı konularında bazı gelişmeler kaydedilmekle birlikte, yolsuzlukla mücadele konusunda "... sınırlı ilerleme..." olmuştur.

## 2. İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması

İnsan hakları ve azınlıkların korunması başlığı altında "Uluslararası insan hakları hukukuna riayet", "Medeni ve siyasi haklar", "Ekonomik ve Sosyal Haklar", "Azınlıklara saygı, azınlıkların korunması ve kültürel haklar" ve "Mülteciler ve yerlerinden olmuş kişiler" konuları ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

Raporda da vurgulandığı gibi, bu dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, toplam 160 başvuruya ilişkin olarak, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güvence altına aldığı hakları ihlal ettiği sonucuna varmıştır ve Eylül 2011'den bu yana AİHM'e yapılan toplam 8.010 yeni başvuru ile birlikte yeni başvuruların sayısı son altı yılda artmıştır. Bunların önemli bir bölümü, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgilidir. Eylül 2012 itibarıyla, Türkiye hakkında 16.641 başvuru AİHM'de beklemektedir<sup>14</sup>.

2012 İlerleme Raporu'na göre, "(...) insan hakları yapılarını güçlendirme konusunda önemli reformlara ihtiyaç duyulmaktadır ve insan hakları savunucularının aleyhine başlatılan cezai kovuşturma sayısı endişe vericidir." Rapor ayrıca insan hakları ihlallerinin cezasız kalmasıyla ilgili mücadele çabalarını da yetersiz bulmaktadır. Öte yandan, gözaltı merkezlerinde işkence ve kötü muamele vakalarında azalma eğilimi görülmekle birlikte, aşırı güç kullanma iddiaları endişe konusu olmaya devam etmektedir.

Rapor, ifade özgürlüğü konusunda yapılan reformların da yeterli olmadığını, ifade özgürlüğü ihlallerindeki artışın ciddi endişe kaynağı olduğunu, basın özgürlüğünün uygulamada kısıtlanmaya devam ettiğini de vurgulamaktadır. Üstelik gazetecilerin, basın çalışanlarının ve dağıtıcıların hapsedilmelerine ilişkin eğilimdeki yükselmenin bu endişeleri artırdığı da Raporda yer almıştır.

2012 İlerleme Raporu'na göre,

"(...) Gayrimüslim cemaatler -dini grupların örgütlü yapıları- tüzel kişiliklerinin bulunmaması nedeniyle hâlâ sorunlarla karşılaşmaktadır ve bu durumun, cemaatlerin mülkiyet hakları, yargı yoluna başvurma, yabancı din adamlarının oturma ve çalışma izni alabilmeleri ve yardım toplama imkânları bakımından olumsuz etkileri bulunmaktadır. Avrupa Konseyi 2010 Venedik Komisyonunun konuya ilişkin tavsiyeleri henüz uygulanmamıştır. (...)

(...) Dini veya başka türlü gerekçelerle zorunlu askerlik hizmeti yapmayı

<sup>14</sup> [http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf) (erişim: 01.01.2013).

*reddeden vicdani retçilere ilişkin AIHM kararları henüz uygulanmamıştır. Türkiye, zorunlu askerlik hizmetini yapmakla yükümlü kişilere, vicdani ret hakkını tanımayan tek Avrupa Konseyi ülkesidir.”*

Bu doğrultuda tüm gayrimüslim cemaatlerin ve Alevilerin, yersiz kısıtlamalar olmaksızın faaliyet gösterebilmelerine yönelik olarak AİHS ile uyumlu bir hukuki çerçevenin henüz oluşturulamadığı da Raporda ifade edilmektedir.

*Ekonomik ve Sosyal Haklar* açısından 2012 İlerleme Rapor'u, mevcut yasal çerçevenin, AB müktesebatı ile uyumlu olmadığını, etnik, dini, cinsel ve diğer kimlikler temelinde kişilere karşı ayrımcılığın mevcut bulunduğunu vurgulamaktadır.

Aynı şekilde işçi hakları ve sendikal haklar konusunda yeni mevzuatın, özellikle kamu çalışanları için grev hakkı, toplu sözleşme ve uyuşmazlıkların çözümünün yanı sıra, geniş kamu çalışanı kategorilerinin sendika oluşturma ve sendikalara katılmasına ilişkin kısıtlamalar bakımından AB müktesebatıyla ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleriyle tam uyumlu olmadığı da Raporda belirtilmektedir.

Rapora göre;

*“Türkiye, azınlık hakları ile ilgili olarak BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine ve eğitim hakkı ile ilgili olarak da BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine koyduğu çekinceleri sürdürmektedir ve bu durum endişe kaynağı olmaya devam etmektedir. Türkiye, Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmesini ve Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartını imzalamamıştır.”*

*Mülteciler ve yerlerinden olmuş kişiler* açısından Rapor;

*“Yerlerinden olmuş kişilerin zararlarının tazmin edilmesi süreci devam etmektedir, ancak sistemin etkililiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Geri gönderme merkezlerindeki gözetli koşullarında bazı iyileşmeler kaydedilmiştir. Türkiye, Suriyeli mültecilere insani yardımı başarıyla sağlamıştır. Ancak, yerlerinden olmuş kişilerin ihtiyaçlarını daha iyi bir şekilde ele alan bir ulusal strateji ve mülteciler ve sığınmacılarla ilgili kapsamlı bir yasal çerçeve hâlâ mevcut değildir. Gözetli ve sınır dışı etme uygulamalarında daha fazla iyileştirme yapılması gerekmektedir.”* şeklinde bir tespit yapmaktadır.

### **3. Bölgesel Konular ve Uluslararası Yükümlülükler**

Bu bölümün en önemli başlığı “Kıbrıs” sorunudur. 2012 İlerleme Raporu'na göre;

*“Konsey ve Komisyon'un müteaddit çağrularına rağmen, Türkiye, Avrupa Topluluğu ve Topluluğa üye devletler tarafından 21 Eylül 2005'de yapılan deklarasyonda ve Aralık 2006 ile Aralık 2010 tarihli olanlar da dâhil, Zirve sonuçlarında belirtilen yükümlülüklerini hâlâ yerine getirmemiştir. Ortaklık*

*Anlaşmasına Ek Protokolü tam olarak ve ayırım yapmaksızın uygulama yükümlülüğü yerine getirilmemiş olup, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ile doğrudan taşımacılık bağlantılarındaki kısıtlamalar da dâhil, malların serbest dolaşımı önündeki tüm engeller kaldırılmamıştır. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ile ikili ilişkilerin normalleştirilmesi konusunda ilerleme kaydedilmemiştir. Ayrıca, Türkiye, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi AB Dönem Başkanlığının başkanlık edeceği toplantılara katılmayacağını da beyan etmiştir. Bir Hükümet genelgesi ile tüm Türk kamu görevlilerine AB Konseyi Güney Kıbrıs Rum Yönetimi Dönem Başkanlığı ile temaslardan ve görüşmelerden kaçınılması talimatı verilmiştir. Avrupa Birliği Zirvesi, Türkiye'nin açıklamaları ve tehdit içeren beyanlarına ilişkin duyduğu ciddi kaygıları ifade etmiştir ve Türkiye'ye Antlaşma'da öngörüldüğü şekliyle AB'nin temel kurumsal yapılarından biri olan AB Dönem Başkanlığının rolüne tam olarak saygı göstermesi çağrısında bulunmuştur.”*

Benzer yaklaşım ve Türkiye'nin karşılaması gereken ilave kriterler, yukarıda da değinildiği üzere<sup>15</sup>, Türkiye 2005 İlerleme Raporu'ndan<sup>16</sup> bu yana etkisini sürdürmektedir.

### III. TÜRKİYE TARAFINDAN HAZIRLANAN 2012 İLERLEME RAPORU

Türkiye 2012 İlerleme Raporu'nun yayınlanmasından sonra, Avrupa Birliği Bakanlığı, sözkonusu Komisyon Raporu'na cevap niteliğinde, kendi ilerleme raporunu yayınlamıştır<sup>17</sup>. Raporun giriş bölümünde hazırlanma amacı şöyle ortaya konulmuştur:

*“Bu rapor, geçmiş yıllarda AB tarafından eleştirilen ve öneri getirilen hususlar da dikkate alınarak, Türkiye'nin son bir yılda kat ettiği mesafeyi ilk elden sunmak amacıyla hazırlanmıştır. Ayrıca, AB üyelik sürecinin siyasi kriterlerin yanı sıra, ekonomik ve mali konular, müktesebat uyumu ve sivil toplum diyalogu gibi birçok boyutunun olduğunu ortaya koyarak tüm ilgili tarafları ve kamuoyunu aydınlatmayı amaçlamaktadır.”*

Raporun en çarpıcı kısmı, katılım müzakerelerine ilişkin açıklamadır. Avrupa Komisyonu Türkiye 2012 İlerleme Raporu'nda da belirtildiği üzere, Türkiye'nin katılım müzakerelerinde bugüne kadar 13 fasıl müzakerelere açılmış, bir fasıl geçici olarak kapatılmıştır. Avrupa Birliği Bakanlığı raporuna göre, 20 fasıldan 17'si AB Konseyi veya bazı üye ülkelerin “(...) siyasi nitelikli engellemeleri (...)” nedeniyle bloke edilmiş durumdadır. Bu rapora göre,

<sup>15</sup> Bk. Supra, dn.12; ayrıca Dinçkol, s.92.

<sup>16</sup> [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_2005/pdf/package/sec\\_1426\\_final\\_en\\_progress\\_report\\_tr.pdf](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2005/pdf/package/sec_1426_final_en_progress_report_tr.pdf) (erişim: 01.01.2013).

<sup>17</sup> [http://www.abgs.gov.tr/files/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_02\\_01\\_13\\_fotomat\\_version.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotomat_version.pdf) (erişim: 03.02.2013).

*“Ayrıca, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY), 8 Aralık 2009 tarihli Genel İşler Konseyi toplantısında 6 fasılda ilerleme kaydedilmesini tek taraflı olarak “normalizasyon” şartına bağladığını beyan etmiştir. Fransa ise 5 fasılın açılmasını “üyelikle doğrudan ilgili” olduğu iddiasıyla bloke etmektedir.*

*Mevcut durumda açılmasının önünde siyasi blokaj olmayan 3 fasıl bulunmaktadır. Ancak bu fasıllar, ülke ekonomisini doğrudan etkiledikleri için, aday ülkelerin genellikle müzakerelerin son aşamasında ele aldıkları fasıllardır.”*

Görülmektedir ki, somut duruma ilişkin gerekçeler Avrupa Komisyonu Raporu’nda farklı, Türkiye’nin hazırladığı Raporda farklıdır. Avrupa Komisyonu 2012 Türkiye İlerleme Raporu’nda yer alan “Aralık 2006 tarihli Konsey Kararı hâlâ yürürlüktedir.” şeklindeki şerhte ifade edilen Karar, “Türkiye’nin Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’ne yönelik kısıtlamalarıyla bağlantılı sekiz fasılda müzakerelerin açılmamasını” ve “Ortaklık Anlaşması’na Ek Protokol’ün Türkiye tarafından tamamen uygulandığı Komisyon tarafından teyit edilinceye kadar hiçbir fasılın geçici olarak kapatılmamasını” öngörmektedir. Komisyon fasılların kapatılmamasını, “Ortaklık Anlaşması’na Ek Protokol’ün Türkiye tarafından tamamen uygulandığı Komisyon tarafından teyit edilinceye kadar” şartına bağlayarak Türkiye’nin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmediğine dayandırmaktadır. Türkiye ise durumu, AB Konseyi veya bazı üye ülkelerin “(...) siyasi nitelikli engellemeleri (...)” ne bağlamaktadır. Ancak Türkiye bir anlamda Ortaklık Anlaşması’na Ek Protokol’ün uygulanmasına devam edeceğinin de sinyallerini, “Türkiye, müzakere sürecindeki olumsuzluklardan bağımsız olarak reform sürecindeki çalışmalarına hız kesmeden devam etmektedir.” diyerek vermektedir ve sürecin “(...) her şeye rağmen ülkemize önemli kazanımlar sağladığı (...)” nı vurgulamaktadır:

*“AB süreci Türkiye’nin demokratikleşmesini destekleyici ve bu yöndeki reformları hızlandırıcı bir rol oynamaktadır. Siyasi reformlarla vatandaşlarımızın sahip olduğu bireysel hak ve özgürlüklerin kapsamı genişletilmiş, çağdaş demokrasilerin temel ilkeleri olan şeffaflık, hesap verebilirlik, katılımcılık gibi değerler gündelik hayatımızın bir parçası olmuştur.*

*AB sürecinde gerçekleştirilen reformların da katkısıyla ülkemiz bir sosyo-ekonomik dönüşüm sürecinden geçmektedir. AB’ye uyum kapsamında atılan her adımda, vatandaşlarımızın refahını ve yaşam standartlarını yükseltmek açısından faydalı olup olmadığının muhasebesi yapılarak hareket edilmektedir.”*

Avrupa Birliği Bakanlığı’nca hazırlanan Raporda 2001 yılından günümüze kadar Kopenhag Siyasi Kriterleri ile 23 ve 24. Fasıl kapsamında uyum paketleri hariç olmak üzere, 187 birincil, 147 ikincil düzenleme yapıldığı, siyasi mülhazalarla açılmayan bu fasıllar kapsamında reformların müzakerelerin yedinci yılında da aynı hızla devam ettiği ifade edilmektedir. Rapor, öngörülen reformların, daha önce olduğu gibi, AİHS, AB müktesebatı ve AİHM içtihadı da dikkate alınarak şekillendirileceğini belirtmektedir. Ancak Rapora göre, “Sadece mevzuat değişikliğini

*değil, toplumda köklü bir zihniyet dönüşümünü de ifade eden siyasi reformların olumlu sonuçlarının doğal olarak Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecine yansımaları gerekirken, müzakere süreci AB üye ülkelerinin siyasi mülahazaları nedeniyle ilerleyememektedir."*

Her ne kadar Raporda AB üye ülkelerinin siyasi mülahazaları nedeniyle müzakere sürecinin ilerleyemediğinden bahsedilse de, özellikle insan hakları, ayrımcılığın her türüyle mücadele edilmesi, eşitlikçi düzenlemeler için çeşitli kanun tasarısı ve tekliflerinin hazırlandığının belirtilmesi, müzakere süreci açısından henüz oldukça çok eksiklik bulunduğu kabulüdür<sup>18</sup>. Aynı şekilde 4. Yargı Reformu Paketi'nin hazırlıklarının Adalet Bakanlığı tarafından sürdürüldüğü belirtilmektedir: "4. Yargı Reformu Paketi ile özellikle AİHM kararları ışığında, ifade ve basın özgürlüğüyle ilgili iyileştirmeler başta olmak üzere insan hakları standartlarının yükseltilmesine yönelik değişiklikler yapılması planlanmaktadır. Böylece, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararı sayısının asgari seviyeye indirilmesi hedeflenmektedir." Bu ifadelerle, basın özgürlüğü başta olmak üzere, insan hakları standartlarının yeterince yüksek olmadığı da ortaya çıkmaktadır.

Yargı reformu çalışmalarına rağmen, çeşitli sebeplerle yargılama sürecinin uzayabildiği ve makul sürelerin dışına taşabildiği kabul edilen Raporda, bu konuda yaşanan mağduriyetleri gidermek amacıyla, AİHM'e yapılmış başvuruların tazminat yoluyla çözümüne ilişkin esas ve usulleri belirlemek üzere kanun tasarısı hazırlandığı da ifade edilmektedir.

#### IV. SONUÇ

Sonuç olarak hem Avrupa Komisyonu 2012 Türkiye İlerleme Raporu, hem de Türkiye tarafından hazırlanan 2012 Yılı İlerleme Raporu incelendiğinde, gerekçeleri ne olursa olsun, sekiz yıl önce başlayan<sup>19</sup> Türkiye-AB müzakerelerinde bir donma yaşandığı açıkça görülmektedir. Üstelik bu durgunluk yeni değil, en az üç yıldır sürmektedir. 35 müzakere başlığından sadece "bilim ve araştırma" başlığının müzakeresinin tamamlandığı<sup>20</sup>, diğerlerinin büyük çoğunluğunda da Kıbrıs ve bazı Avrupa Birliği üyesi ülkelerin engel oluşturdukları gerçektir.

<sup>18</sup> "TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, kuruluş kanununda yapılan değişiklik ile kanun teklif ve tasarılarını esas veya tali komisyon olarak inceleyebilme yetkisi almıştır. Komisyon böylece, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasama metinleri üzerinde de ilk elden inceleme yapma yetkisine sahip olmuştur. Yapılan değişiklik sonrasında Komisyona 4 kanun tasarısı ve 20 kanun teklifi havale edilmiştir." [http://www.abgs.gov.tr/files/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_02\\_01\\_13\\_fotomat\\_version.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotomat_version.pdf), s.13. (erişim: 03.02.2013).

<sup>19</sup> Türkiye için Tarama Sürecinin ilk aşaması olan tarama toplantıları 20 Ekim 2005 tarihinde yapılan Bilim ve Araştırma faslı tanıtıcı tarama toplantısı ile başlamıştır.

<sup>20</sup> "Avrupa Komisyonu'nun başlattığı "Pozitif Gündem" çalışma grubu toplantıları sonucu, 6. Fasal "Şirketler Hukuku", 28. Fasal "Tüketicinin ve Sağlıkın Korunması" ve 32. Fasal "Mali Kontrol" kapsamındaki 4 adet kapanış kriterinin karşılandığı Komisyon tarafından resmen teyit edilmiştir." Avrupa Birliği Bakanı Egemen Bağış'ın, "Türkiye'nin Kendi İlerleme Raporu"na İlişkin Basın Açıklaması, 31 Aralık 2012. <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=48405&l=1> (erişim: 03.01.2013).



Türkiye'nin AB katılım müzakerelerinde önünde duran en büyük siyasi engel, Kıbrıs sorunu olmaya devam etmektedir. Adada her iki kesim de mevcut tutumlarından geri adım atmaya pek istekli görünmemektedir. Tarafların, anlaşmaya varma konusundaki isteksizliği ise Türkiye ve AB'nin ilişkilerine yansımaktadır ve bölünmüş adaya ilişkin karşılıklı politikalarında kemikleşmiş olan taraflar, Türkiye'nin üyelik hedeflerini ilerletmede herhangi bir olanak yaratmamaktadır.

Kesintiye uğrayan AB-Türkiye ilişkilerini canlandırmak ancak siyasi ve hukuki açmazların çözülmesiyle birlikte gerçekleşebilecektir. Yakın zaman için bunun da çok güç olduğu ortadadır.

Öte yandan, yine hem Avrupa Komisyonu 2012 Türkiye İlerleme Raporu, hem de Türkiye tarafından hazırlanan 2012 Yılı İlerleme Raporu çerçevesinde; Türkiye'nin, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıklara saygıyı ve azınlıkların korunmasını güvence altına alan kurumların istikrarını gerektiren Kopenhag siyasi kriterlerinin karşılanmasına yönelik olarak kaydettiği ilerlemelere rağmen, önemli eksikliklerinin olduğu da gerçektir. Üstelik AB, Türkiye üzerindeki etkileme gücünü de son yıllarda yitirmiş gözükmektedir.

*Avrupa Komisyonu Tarafından Avrupa Parlamentosu'na ve Konseye Sunulan Bildirim* başlığını taşıyan, 10 Ekim 2012 tarihli *Genişleme Stratejisi ve Başlıca Zorluklar 2012-2013*<sup>21</sup> belgesi de, benzer endişeleri dile getirmektedir:

*“Türkiye'nin, siyasi kriterleri tam olarak karşılama konusunda önemli ilerleme kaydetmemiş olmasından duyulan endişeler artmaktadır. Temel haklar alanındaki çeşitli mevzuat hükümlerinde son dönemde yapılan iyileştirmelere rağmen temel haklara saygı konusunda uygulamadaki durum endişe kaynağı olmaya devam etmektedir. Terörizm ve örgütlü suçlara ilişkin mevzuatın orantısız şekilde uygulanması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakları ile adil yargılanma hakkı ve ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ihlal edilmektedir. Türkiye'nin yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve etkinliğine ilişkin bütün konuları ele alması önem taşımaktadır. Basın özgürlüğüne yönelik uygulamadaki kısıtlamalar ve yazarlar ve gazeteciler hakkında açılan dava sayısının giderek artması ciddi sorunlar olmaya devam etmektedir. Bunun sonucu olarak, oto sansür artan bir şekilde yaygınlaşmaktadır. Komisyon, Türk Hükümetinin dördüncü yargı reformu paketini hızlı bir şekilde sunma taahhüdünü memnuniyetle karşılamakta ve Türkiye'yi ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesini etkileyen bütün hususları ele almaya davet etmektedir.”*

<sup>21</sup> Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2012/package/strategy\\_paper\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/strategy_paper_2012_en.pdf) (erişim: 03.01.2013)



# YURTTAŞLIK VE SEÇİLME HAKKI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*(A Consideration of Citizenship and The Right to  
Stand for Election)*

Bihlerin VURAL DİNÇKOL\*

## ÖZET

Modern devlet düşüncesi içinde ulus-devlette yöneten-yönetilen ilişkisi, yönetilenlerin haklarını içerir. Bu ilişki ayrıca yöneticileri belirleme hakkını da kapsar. Siyasal haklar, yöneticilerin belirlenmesinde ve siyasal kararların denetlenmesinde rol oynar. Demokrasinin olmazsa olmaz şartı olan siyasal haklar, sosyal ve ekonomik ayrımcılığı da ortadan kaldırır. Siyasal haklar, ulus-devlette bir yurttaşlık hakkı olarak değerlendirilmektedir. Günümüzde küreselleşme süreci, yurttaşlığın ulus-devletten kopmaya başlamasına neden olmuştur. Küreselleşme süreci, yurttaşlığın ulusun ötesinde düşünülmesine yol açmıştır. Demokrasiler yöneticilerin ve kamusal politikaların değiştirilmesi için, herkese fırsat yaratır. Ancak burada herkes tanımına girenler, yurttaşlar ve belli bir yaş sınırında olanlardır. Bu konu “demos”un kapsamını ilgilendirir. Kural olarak demokrasilerde tüm yetişkin yurttaşlar seçimlerde oy kullanma hakkına ve seçimle belirlenen organlara seçilebilme hakkına sahiptir. Siyasal haklar açısından yurttaşlığın yanı sıra aranan diğer bir koşulda yaş sınırıdır. Bu çalışmada özellikle seçilme yaşı üzerinde durulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Demokrasi, Temsil, Siyasal haklar, Seçilme yaşı.

## *Abstract*

In the idea of the modern state, relation between governor-governed in the nation-state involves rights of the governed. In addition to this, this relation contains the right of the assignation of governors. Political rights have a vital role in the assignation of governors and also the supervision of political decisions. Political rights which are sine qua non conditions of the democracy, eliminate social and economic discriminations. Political rights are also evaluated as a right of citizenship in the nation-state. Nowadays, process of the globalization has caused separation between citizenship and the nation-state. The process of the globalization has lead to think citizenship away from nation-state. Democracies create opportunities for every person to change governors and public policies. However in this situation, every person means citizens and adults who

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

are over the significant age. This context interests content of the “demos”. As a rule, all adult citizens have a right to vote and a right to be elected for organs which are formed by elections in democracies. In addition to citizenship, age limit is another criterion of the political rights. In this context, especially the age of candidacy is emphasized.

**Keywords:** Democracy, representation, Political rights, Age of candidacy.

## I. Giriş

Siyasal kuramcılar kendi “*en iyi yönetim biçimleri*”nin arayışı içindeyken, insan da kendi evrimini tamamlamaktadır. İnsanın bedensel ve ruhsal nitelikteki gelişmesi; siyasal gelişmeleri etkilemekte ve yönetimlerin biçimlenmesinde, yöneten-yönetilen ilişkisinde de etkili olmaktadır. Şüphesiz ilkel insanların siyasal kanaatleri ile çağdaş insanın kanaatlerini karşılaştırmak söz konusu değildir. Ancak yönetici otoritenin belirlenmesi süreci, karşılaştırma konusu olmayı gerektirir. İlkel insanlar bu süreçte geleneği esas alırken; modern devlette yönetici otoriteyi belirlemede, kurumsallaşma ve kurallar rol oynamaktadır.

En iyi yönetim biçimi Spinoza'ya göre; “İnsanların hayatlarını birlik içinde geçirdikleri ve yasaların bozulmadığı yerdeki en iyi yönetimdir.”<sup>1</sup> Eski Yunan'da “*iyi bir kentin (polisin), iyi yurttaşlar üreten, onların mutluluğunu geliştiren ve onları doğru davranmaya teşvik eden bir kent olduğu (...)*” kabul edilmektedir<sup>2</sup>.

Uzun bir tarihi olan demokrasi, kapsamındaki belirsizliğe rağmen, çağdaş toplumlarda siyasal örgütlenmenin en yüksek biçimi olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar köklerini eski Yunan'da arasak da, dönemin önde gelen düşünürleri demokrasiyi iyi yönetim biçimi olarak tanımlamamışlardır. Platon tarafından kolayca tiraniye dönüşebileceği için iyi bir yönetim biçimi olarak görülmemiştir. Aristoteles ise sadece yurttaşların bir kısmını yani yoksulları koruduğu için demokrasiyi, iyi yönetim olarak düşündüğü “*politeia*”nın bozulmuş hali olarak nitelemiştir.

Bir azlık yönetimi olan “site demokrasisi”nden ulus-devletin çokluk yönetimine yani demokrasisine, insan topluluğu ve içindeki birey ile yönetim arasındaki ilişki nitelendirilmesi değişime uğramıştır. Eski Yunan'ın eril vatandaşlarına dayanan demokrasi anlayışı, yerini “temsilcilik” fikrine bırakmıştır. “*Demokrasiyi ulus ile birleştirmenin aracı, temsilcilik ilkesi ile sağlanmıştır.*”<sup>3</sup> Çoğunluk tiranisi ile azınlığın yok edilme endişesi, liberal demokrasi düşünürlerinden Tocqueville, Mill, Madison ve Jefferson'un düşüncelerinde irdelenmiştir<sup>4</sup>. Temsilcilik fikri, seçilmişlerin

<sup>1</sup> C. Northcote Parkinson, *Siyasal Düşüncenin Evrimi*, Çev. Mehmet Harmancı, İstanbul, 1984, s.275.

<sup>2</sup> Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev. Levent Köker, Ankara, 1993, s.17.

<sup>3</sup> Leslie Lipson, *Demokratik Uyarlık*, Ankara, 1984, s.48.

<sup>4</sup> Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. T. Karamustafaoğlu/M. Turhan, Ankara, 1993, s.148.

yönetimini sağlamış, ilkesel olarak eşitliğe dayalı bir yöntem olarak benimsenmiştir. Seçimler, sayısal çoğunluğa dayalı olarak parlamento üyelerini belirleme işlevini üstlenmiştir. “Demos”u oluşturanların seleksiyonu öne çıkmakta ise de; refah düzeyinin ve demosun sayısının artmasıyla teknolojik gelişmelere rağmen seçimlere katılım, batı dünyasında ters orantılı olarak azalmaktadır.

Siyasal toplum içindeki birey, siyasal katılma çerçevesinde seçimlerin dışında, belirli eylem ve faaliyetlerde bulunabilir. Modern devlet düşüncesi içinde ulus-devlet, yöneten-yönetilen ilişkisi, yönetilenlerin haklarını içerdiği gibi kimlerin yönetici olacağını, yönetme fonksiyonu açısından aranan nitelikleri de içerir. Demokrasielerde yönetici olmak için yetenek ya da liyakat aranıp aranmayacağı sorusu zaman zaman gündeme gelmiştir. Bu yönde J. S. Mill, “*parlamentosu tamamen ülkenin elitini*” içine alacak bir temsili sistem kurmayı tasarlamaktadır.<sup>5</sup> Bu görüş, demokrasinin siyasal iktidara ulaşma yollarının herkese açık olması ilkesi ile bağdaşmaz.

Amerikan ve Fransız devrimleri burjuva haklarını “evrensel” haklar olarak ilan ederken, temsil formülünü geliştirmişlerdir. Bu formül iktidar yetkilerinin temsilcilere aktarılmasını gerçekleştirirken, demokrasi süreci siyasi iktidarın sınırlarının belirlenmesini ve yurttaşların denetimini sağlayarak, yurttaşlar bakımından güven ortamı yaratma çabasıdadır. Devlet hem yönetilenlerin hem de yöneticilerindir. İktidar yetkilerini kötüye kullanıp, zorbalaşmanın önlenmesi anayasal düzenin sınırları ile sağlanacaktır. Liberalizm temelli Batı demokrasisi; sınırlı ve sorumlu bir siyasal iktidar anlayışını içermektedir.

İnsanlık tarihi zorbalara karşı özgürlük mücadelesi örnekleriyle yoğrulmuştur. Parlamento üyelerinin meşruiyetleri seçimlere dayanmakla birlikte, seçildikten sonra alacakları siyasal kararlar için de çeşitli hukuki denetim yolları söz konusudur. Ancak siyasal açıdan da eğitim, yaş gibi kişisel özellikler, siyasal karar alma süreci açısından önemsenmelidir.

## II. Yurttaşlık ve Seçilme Hakkı

Yurttaş ilk olarak tanımlayan Aristoteles, yurttaşlığın kazanılmasından ziyade yurttaş görevleri ile açıklamıştır. Yurttaşların özgürlüğünü de sitenin üyesi olarak sahip oldukları siyasal haklara bağlamıştır. Düşünüre göre yurttaş; yönetime katılan, yasal, siyasal ve yönetsel görevler alanlardır<sup>6</sup>. 18. yüzyıldan itibaren, üç yurttaşlık hakkı birbirinden ayrılmıştır. T. H. Marshall yurttaşlık haklarını; medeni, siyasal ve sosyal olarak sıralar<sup>7</sup>. Marshall’a göre siyasal haklar; “*bireylerin politik gücün uygulanmasına seçmenler olarak ya da doğrudan politikanın uygulanmasına katılımları*

<sup>5</sup> Sartori, s.153.

<sup>6</sup> Aristoteles, Politika, Çev. M. Tunçay, 2. Basım, İstanbul, 1983, s. 70-71.

<sup>7</sup> Anthony Giddens, Ulus -Devlet ve Şiddet, Türkçesi: C. Atay, İstanbul, 2008, s.264.

ile ilgili politik haklar ve yetkilerdir.”<sup>8</sup> Marshall, bireyin hakkı olan siyasal hakların kolektif karaktere sahip olduğunu ifade eder. Modern devlette hemen hemen tüm yetişkinler siyasal haklara sahiptir.

Demokrasiyi oligarşi ya da aristokrasiden ayıran en önemli unsurlardan biri, eşitlik anlayışıdır. Yönetim biçimlerinden eşitsizlik kuralına bağlananlar, seçkin bir azınlıkla yönetme esasına dayanırlar. Azınlık; soy, ırk, cinsiyet, servet gibi nedenler, diğerlerini yönetmeyi meşrulaştırmada kullanılmıştır.

Demokraside ise, demosun tüm üyelerinin katılımı ile kararlar alınır. Ancak demosun yalnızca kendini bağlayan kurallar koyduğunu söylemek her zaman doğru olmaz. Demokratik devletler, “*yurttaş olmayan, yasaların yapımına katılma hakkına sahip bulunmayan ve itaat etmeleri için zorlandıkları yasalara açıkça veya zımnın rızalarını ortaya koymamış bulunan kişilere karşı uygulanabilecek yasalar çıkarabilmektedir.*”<sup>9</sup> O halde demosun kapsamı, “toplumun her bir üyesinden oluşan toplamdır” şeklinde ortaya konulabilir. Dahl’ın ifadesi ile demokratik süreçte “*demos, birliğin kollektif olarak bağlayıcı kararlarına tâbi olan bütün yetişkinleri kapsamalıdır.*”<sup>10</sup>

Modern devletin demokratik yapısı, siyasal düzenin temel aktörlerini yurttaşlar olarak belirlemiştir. 18. yüzyılın ortalarında İngiltere’de ortaya çıkan ve 19. yüzyılda Kıta Avrupası’nda yaygınlaşan parlamenter sistem, monarşilere son verirken, siyasal haklar da bu süreç içinde gelişmiştir. Gelişim siyasal hakların herkese tanınmaması ile neticelenmiştir. Demokrasinin olmazsa olmaz şartı olan siyasal haklar, sosyal ve ekonomik ayrımcılığı da ortadan kaldırır.

Siyasal hakların kullanılmasında aranan ilk şart yurttaşlıktır. Modern yurttaşlık kavramı ulus-devlete üyeliği işaret eder. Antik Yunan’da insan; ya polis mensubu yani “polites”tir, ya da kendi başına yani “idiotes”tir. Perikles’in ifadesi ile yararsızdır<sup>11</sup>. Eski Yunan’ın insan unsuru “birey” olarak değil, “yurttaş” olarak ele alınır. Aydınlanma düşünürü Rousseau, yurttaş olma yeterliliğinden şöyle söz eder; “*çocuklar, kadınlar, yabancılar ve birçok erkek yetişkin uyruk –sakin– olabilirler ama yurttaş olma yeterliliğine sahip değildir.*”<sup>12</sup> Oysa ki modern yurttaşlık, çocukları, kadınları ayıran bir yurttaşlık tanımı yapmaz.

Demokrasi düşüncesinde Cenevre’li Rousseau’nun demokrasi konusundaki ütopyik söyleminden farklı olarak, “temsilcilik” fikri ve yurttaşların katılımı suretiyle siyasal iktidar meşrulaştırılır. Siyasal katılım sadece meşrulaştırma aracı değildir, aynı zamanda demokrasinin bireyin özgürlüğünü gerçekleştirme amacına hizmet eder.

<sup>8</sup> Giddens, s.265.

<sup>9</sup> Dahl, s.150

<sup>10</sup> Dahl, s.150.

<sup>11</sup> Lipson, s.40.

<sup>12</sup> Dahl, s.155.

Demokrasinin ilk uygulandığı Polisten farklı olarak, çağdaş demokrasilerde özne yurttaş değil, insandır ve demokratik toplumda siyasal iktidar ahlâksal bir amaca yani bireyin özgürlük alanını arttırmaya yönelmiştir<sup>13</sup>.

Farklı süreçlerin ortaya çıkardığı iki ayrı kavram; demokrasi ve cumhuriyet, birey ve yurttaş ikileminde de ayrılmaktadır. “Halk egemenliği” demokraside siyasal liberalizmin ilkeleri olan; hukuk düzeni, kuvvetler ayrılığı ve hak ve özgürlükler ile okunur<sup>14</sup>, cumhuriyette ise bütün kamusal kurumların halka teslim edilmesi anlamını taşır<sup>15</sup>. Cumhuriyet; “her şeyden önce, ağırlıklı olarak siyasal katılım olgusuyla kendini gösterebilen farklı bir özgürlük anlayışını, ayrıca yurttaşlık bağlamında anlam bulan ve ortak yararı amaçlayan bir birey algılamasını” ortaya koyan kavram olarak ele alınmaktadır<sup>16</sup>. Cumhuriyet, her yurttaşı ortak yarara hizmetle sorumlu kılar. Siyasal katılım yöneten-yönetilen ilişkisi açısından, cumhuriyet ve demokraside farklı anlam ifade etmektedir. Cumhuriyette siyasal katılım, bireyin sorumluluğu olarak değerlendirilirken; demokraside siyasal katılma, halkın iktidarını sağlamanın gereği olarak ele alınmaktadır.

Siyasal haklar ulus-devlet açısından ele alındığında ise temsil unsuru bir yurttaşlık hakkı olarak değerlendirilmektedir. Milli egemenlik kuramı Fransız Devrimi ile uygulama alanı bulurken, “milli kimlik” siyasal katılımın ön koşulu olarak değerlendiriliyordu. Fransız devrimi yurttaşa aktif bir kimlik tanımıştır. Fransız Devrimi’nden sonra ortaya çıkan ulus-devletlerde, demokrasinin öznesi olan demos, seçimlerde oy kullanma hakkını elde eden ulusal yurttaşlardan oluşmaya başladı. Eski Yunan’da mevcut demokrasiye uygun katılımda bulunan yurttaştan farklı olarak, Fransız devrimi sonrası yurttaş, demokrasinin belirleyicisi olmuştur.

Şüphesiz modern yurttaşlık ulus içinde aynı haklara sahip kişileri ifade etmektedir. Buradaki yapı taşı, toplumsal birliği sağlama özelliği de taşıyan hukuki eşitlik ilkesidir.

Küreselleşme sürecinde ulus-devlet tarihe karışmasa da, sürecin aktörlerinden olan ulusalüstü örgütler, yurttaşlık kavramına da değişiklik getirmiştir. Held, küreselleşme sürecinin ulusalüstü aktörlerinin, “kozmpolitan demokrasi” ve “kozmpolitan yurttaş” kavramlarını ortaya çıkardığını ifade eder. Held, yurttaşlığı, hem ulusal bazda hem de ulusalüstü topluluğun yurttaşlığı olarak ele alır<sup>17</sup>. Küreselleş-

<sup>13</sup> M. Akad / N. Bulut / Y.Ş. Hakyemez / C. Okutan, Küreselleşme ve Türkiye (Türkiye’de Devletin Gelişimi), Ed. Cevat Okutan, Ankara, 2007, s. 107-108.

<sup>14</sup> Akad / Bulut / Hakyemez / Okutan, s. 110.

<sup>15</sup> Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Yeniden Düzenlenmiş İkinci baskısından Türkçeye Çev. A. Mumcu, İstanbul, 2002, s.16.

<sup>16</sup> Akad / Bulut / Hakyemez / Okutan, s. 94.

<sup>17</sup> Nihat Bulut, “Ekonomik İktidar- Siyasal İktidar ilişkisi İçinde Ulus-Devlet ve Küreselleşme”, Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, s.197.

menin etkisi yurttaşlık kavramı üzerinde de görülmüş ve yurttaşlık, artık farklı bir boyutta, ulus-devletten kopuk olarak düşünölmeli iddiaları gündeme gelmiştir<sup>18</sup>.

Maastricht Antlaşması, Avrupa Birliği (AB) yurttaşlarının üye ölkelerde yerel ve bölgesel seviyede seçimlere katılabilmelerini sağlamaktadır; bu durum yurttaşlığın ulustan ayrı düşünölmeli yönünde önemli bir adımdır. AB yurttaşlığı, bu süreçte ulusalüstü bir örgütlenme çerçevesinde ileri sürölmektedir ve bu yönüyle ulus-devlet aidiyetini taşıyan modern yurttaşlık kavramından farklıdır, ancak AB yurttaşlığı üye devletin yurttaşlığına bağlıdır. Ayrıca, AB ile birey ilişkisinin, siyasal açıdan da üye devletler aracılığı ile kuruluşu olması, “yurttaşlık statüsü” açısından eleştirilmektedir.

Ancak Habermas konuyu demokratik meşruiyet açısından değerlendirek, ulusalüstü örgütlerdeki karar alma prosedürünün demokrasi ile bağdaşmadığını, karar alanlar ile kararların uygulanmasından etkilenenlerin farklılığını ileri sürerek eleştirmektedir<sup>19</sup>.

Günümüzde küreselleşme süreci yurttaşlığın, bir zamanlar parçası olduğu ulus-devletten kopmaya başlamasına neden olmuştur. Siyasal katılımın tabanının genişletilmesi yurttaşlığın ulusun ötesinde düşünölmeli gereği ileri sürölmektedir.

Küreselleşme süreci, sadece siyasal karar organlarının oluşumu açısından değil sivil toplum faaliyetleri açısından da ulusal bağları aşan sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle ulus-devlet sınırlarını aşan küresel konular, küresel sivil toplumun konusunu oluşturmaktadır. Küresel sivil toplumun yanı sıra küresel kamuoyu, NGO’lardan da söz edilmektedir.

Küreselleşen dünya artık ulus-devlet çerçevesinde sorulan “kim seçer ve kim seçilebilir?” sorusunun alanını genişletmiştir. Bu da özellikle Avrupa Birliği çerçevesinde “demos” un farklı tanımlanmasına da neden olmaktadır.

### III. Temsili Rejim ve Seçimler

Dolaylı demokrasi olarak nitelendirilen temsili demokrasiler, halkın seçtiği temsilcilerin yönetimi olarak açıklanabilir. Sartori’nin ifadesi ile temsili demokrasi seçimli demokrasiyi içermektedir<sup>20</sup>. Nitekim Montesquieu’nun siyasal kuramında, seçim yasaları siyasal sistemin temelini oluşturmaktadır. Seçimler, temsili demokraside yöneticileri belirleme aracıdır. Çağdaş demokrasilerde kurucu unsur olan seçimler, demosun siyasal kararlara katılımında yeterli bulunmamakta ve katılımcı ya da katılımcı demokrasi ile kararları etkilemede başka faaliyetler de yer almaktadır. Bu süreçte ana aktör ise yurttaştır.

<sup>18</sup> Ayşe Kadioğlu, “*Vatandaşlık ve Siyasal Katılım*”, Ergun Özbudun’a Armağan, Forthcoming in 2008, research.sabanciuniv.edu/9021.

<sup>19</sup> Jürgen Habermas, *Küreselleşme ve Milli Devletin Akıbeti*, Çev. M. Beyaztaş, İstanbul, 2002’den aktaran Bulut, s.198.

<sup>20</sup> Sartori, s.122.



Siyasal haklar da 18. ve 19. yüzyıllarda modern parlamenter sistemlere koşul olarak gelişmiştir. 19. yüzyıl sonlarına kadar kapitalizm seçim sistemlerini yani siyasal düzeni etkileyerek, seçimlerde servet esasının uygulanmasına yani varlıklılara seçme ve seçilme hakkı tanınmasına neden olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde önceleri "varlıklı beyaz adamın bir oyu" kabul edilirken, I. Dünya Savaşı'nda yabancı tehlikesi karşısında "bir varlıklı erkek yurttaşın bir oyu" prensibine geçilmiştir<sup>21</sup>.

Dünya üzerinde aşağı sınıfların, kadınların, siyahların ve bazı yerli azınlıkların siyasal haklarının engellendiği bilinmektedir. Bu kısıtlı oy örnekleri zaman içinde terk edilmiş, tüm yurttaşlara siyasal haklar tanınmıştır. Yerleşik yabancıların dışındakiler için, genel oy ilkesine geçiş ise 19. yüzyılın sonlarında başlayıp 20. yüzyılda gerçekleşmiştir.

Seçme hakkı ile ilgili genel oy ilkesini ihlal etmeyen, yurttaş olmak, yaş, kısıtlı olmamak gibi bazı koşullara anayasalarda yer verilmektedir. Demokratik toplumlarda seçme hakkı için tek koşul yurttaşlık değildir.

Tarihsel süreçte Westphalian'ın ulus-devlet anlayışı içinde siyasal haklar, yurttaşlığın bir ayrıcalığı olarak benimsemiştir. Ancak çağdaş demokrasiler artık yerleşik yabancıların durumunu dikkate alarak, siyasal hakların bir "yurttaşlık hakkı" mı yoksa bir "insan hakkı" olarak mı kabul edilmesi gerektiğini sorgulamaktadır<sup>22</sup>.

Parlamentoya kimlerin katılabileceği yani seçilme hakkı açısından da tek koşul yurttaşlık olarak görülmemektedir. Siyasal toplumun geleceğini belirleme fonksiyonu nedeniyle, parlamento üyesi olabilmek için ulus-devlet gereği olan yurttaşlık koşulunun yanı sıra başka koşullar da aranmaktadır. Çünkü seçilenler toplumun siyasetini oluşturacaklardır. Aynı yönde Sartori de şu saptamayı yapmıştır; "*seçimler, politikaları koymaktan çok; politikaları koyacak kimseleri saptarlar. Seçimler sorunları belirlemezler; daha çok, sorunları belirleyecek olanları belirlerler.*"<sup>23</sup>

Yurttaşlığın yanı sıra aranan şartlardan biri de "yaş" kriteridir. Parlamento üyesi olup, siyasal değerlere sahip olarak siyasal kararlara imza atmak için sadece yurttaş olmanın yeterli olmadığı ileri sürülürken, yaş da "siyasi ehliyet" açısından ele alınmaktadır. Burada öne çıkan husus, siyasal eğitim ve kültürün gençlere verilip verilmediği sorunudur. Yani yurttaşların siyasal eğilimlerini nasıl edindikleri konusu üzerinde durulmalıdır. Demokrasiyi iyi bir yönetim şekli olarak görmeyen Platon, devlet adamlarının cehaletini ve ehliyetsizliğini demokrasilerin zaafi olarak nitelerken<sup>24</sup>, acaba yanılmış mıdır?

<sup>21</sup> Hakan G. Sıcakkan, "The Boundaries of Political Rights in Europe", Eurosphere Working Paper Series, Online Working Paper No. 04, 2008, <http://eurosphere.uib.no/knowledgebase/workingpapers.htm>.

<sup>22</sup> Sıcakkan.

<sup>23</sup> Sartori, s.119.

<sup>24</sup> George Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi 1, Eski Çağ-Orta Çağ, Çev. Harun Rızatepe, Ankara, 1969, s.39.

Demokrasiler yöneticilerin ve kamusal politikaların değiştirilmesi için, herkese fırsat yaratır. Ancak burada herkes tanımına girenler, yurttaşlar ve belli bir yaş sınırında olanlardır. Bu konu “demos”un kapsamını ilgilendirir ve çocukların da demosun tam üyesi olup olmadığı tartışılır.

Dahl bu soruyu şöyle cevaplar; “Çocukları *demostan* dışlamanın savunulabilir tek zemini, onların henüz tam olarak yeterli olmadıklarıdır.”<sup>25</sup> Demokrasi sürecinin kuramcılarından Locke ve Rousseau’nun baba otoritesine ilişkin düşünceleri de bu yöndedir<sup>26</sup>.

İnsanların siyasal statülerinin belirlenmesinde uygulanan ilkelerden biri de yaştır. Yönetme hakkının yaştan kaynaklanan bir ayrıcalık olduğu toplumların birçoğunda kabul görmüş ve uygulanmıştır. Yaşlıların bilgi ve deneyime sahip olması ve yönetimin üstün muhakeme gücüne bağlı olduğu düşüncesi bu konuda etken olmaktadır. Bu düşüncenin ilkel toplumlarda olduğu gibi Isparta sitesinde, Roma’nın Senatosu’nda uygulama alanı bulduğu bilinmektedir<sup>27</sup>.

Çağdaş demokrasiler yönetme hakkını, yaştan kaynaklanan bir ayrımcılık temeline dayandırmamaktadır. Ancak konu “siyaseten ehil olma” çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yaş da ehil olmanın unsurlarından olarak düşünülmektedir ve erginlik yaşına göre daha büyük tutulabilmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Hollanda’da 25, Federal Almanya ve İspanya’da 21, Fransa’da 23 olan seçilebilme yaşı, Türkiye’de yapılan Anayasa değişikliği (2006) ile 30’dan 25’e indirilmiştir<sup>28</sup>. Ancak 25’den erginlik yaşı olan 18’e inmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.

Burada Türkiye’de gençlerin siyasal gelişimlerini sağlayacakları ortamın oluşup oluşmadığı üzerinde durulmalıdır. Siyasal eğitimin, sivil toplum içinde siyasal katılımı ve siyasal partilerde elde edilebileceği unutulmamalıdır. Siyasal katılımın tek yolu seçilerek parlamento üyesi olmak değildir. Siyasal katılma yolları, siyasal karar alma sürecini etkileme araçlarıdır. Siyasal katılma ise siyasal literatürü izleme, siyasal toplantı ve gösterilere katılma ve siyasal örgütlere üye olmak gibi tutum ve davranışları kapsar. Siyasal ilgi, siyasal katılımın temel unsurudur. Siyasal ilgisizlik (depolitizasyon) çeşitli nedenlerle ortaya çıkmaktadır. Türkiye’de 1982 Anayasası’nda başlangıçta yer alan siyasal ilgiyi kesecek hükümler, anayasa değişiklikleri ile değiştirilmiş ve siyasal katılma kanalları açılmıştır<sup>29</sup>. Ancak yükseköğretim öncesi öğrencilere “siyaset okulu” niteliği taşıyan siyasal partilere üye olma yolu hâlâ kapalıdır.

<sup>25</sup> Dahl, s.159.

<sup>26</sup> Dahl, s.159.

<sup>27</sup> Lipson, s.119, 120.

<sup>28</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2009, s.275.

<sup>29</sup> Akad / Vural Dinçkol, s.148.

#### **IV. Sonuç Yerine**

Demokrasinin meşruiyetini “demos”ta aradığımızı göre demosun kapsamını belirlemek, sistemi biçimlendirmekte önem kazanmaktadır. Ulus-devlet siyasal haklar yaklaşımında demosun yurttaşlardan oluştuğunu kabul ederken, küreselleşme süreci yurttaşlığın ötesini kurgulamaktadır.

Kural olarak demokrasilerde tüm yetişkinlerin seçimlere katılma hakkı olduğu gibi, seçimle belirlenen organlara seçilebilme olanağına da sahip olmaları gerekir. Siyasal haklar açısından yurttaşlığın yanı sıra aranan diğer bir koşul da yaş sınırıdır. Bu çalışmada özellikle seçilme yaşı üzerinde durulmuştur.

Yönetici olabilmenin siyasal bilinç ve olgunluğa bağlanması, yaş sınırının Türkiye’de de olduğu gibi erginlik yaşının üstünde tutulmasına neden olmaktadır. Demokrasinin amacı halkın görüşünün siyasal kararlara yansımalarının sağlanmasıdır. Bu yansıma seçimler ve çağdaş çoğulcu demokrasilerde siyasal katılım ile sağlanırken, siyasal kararları alanlar yani yöneticiler, ülke çıkarlarını korumak durumdadırlar. Bu da siyasal konulara hakimiyet, kamusal sorunlara karşı duyarlılık gerektirir. Yurttaşlar açısından aranan şey ise devletin varlık nedenini bilmeleri ve yönetime katılmada eleştirel davranmalarıdır. Hükümetlerin ve temsilcilerin siyasal kararların alınmasında başkalarının etkisi altında kalmasını önlemenin, bu kişilerde belli bir olgunluğun aranması ile mümkün olacağını söyleyebiliriz.

Anayasa’da değişiklik yapılarak seçilme yaşı erginlik sınırına çekilmek istenmektedir. Bu değişiklik bir demokrasi ilkesinin yani eşitliğin gerçekleşmesi gibi ileri sürülmektedir. Burada olaya sadece eşitlik açısından değil, seçilenlerin niteliği açısından da bakılmalıdır. Demokraside seçimler yönetici kadroların belirlenmesini nicelik açısından sağlarken, kötü yönetime kaymanın önlenmesi nitelik tartışmasını getirir. Nitelik ise eşitlik ihlal edilmeksizin yaş gibi bazı şartların benimsenmesi ile gerçekleştirilebilir.

Seçilebilme yaşını aşağıya çekmekten daha da önemlisi, gençlerin siyasal ilgisini teşvik edecek tüm siyasal katılım yollarının açılmasıdır. Siyasal katılım için siyasal parti faaliyetleri olduğu kadar her türlü düşünce açıklama faaliyetlerinin de önü açılmalıdır. Böylece hem seçmenlerin kamusal konulara karşı farkındalığı sağlanacak, hem de seçilmiş nitelikli politikacılar siyasal yaşamda yer alacaktır.



# ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇLARI (TCK. m. 91-93)

*(Trading of Organs and Tissues Offenses)*

Ahmet GÖKCEN\*  
Murat BALCI\*\*

## ÖZET

Çalışmamızda TCK.nun 91 nci maddesinde düzenlenen organ ticareti suçları incelenmiştir. Organ ve dokunun sadece insandan elde edilmesi, ekonomik olarak değerini artırmaktadır. Eğer hukuka aykırı şekilde organ ve doku nakline müsaade edilirse, bu durum ekonomik gücü olanlar lehine bir sonuç doğurabilir. Organ ve doku alınması ve nakli mevzuatımızda müstakil bir kanun ile hukuki zemine kavuşturulmuş olup, hukuka uygun şekilde icra edilen organ ve doku nakilleri suç oluşturmamaktadır. Makalemizde, organ ve doku ticareti suçları tek tek unsurları ile birlikte incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Organ, Doku, Nakil, Ticaret, Suç

## *Abstract*

Trading of organs and tissues crimes which are regulated in the 91th article of Criminal Code is dwelled upon in this article. The value of the organs and tissues increases economically, due to these can only be obtained from human being. In case of the transplantation of organs and tissues is allowed unlawfully, this may lead to a conclusion in favor of who has economic strength. Transplantation and amputation of organs and tissues has been brought to a legal basis with a self contained law. The transplantations and amputations which are performed in accordance with the law does not constitute a crime. In this article, trading of organs and tissues offenses are discussed with their elements individually.

**Keywords :** Organ, Tissue, Transplantation, Trade, Offense

---

\* Prof. Dr., Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

\*\* Yrd. Doç. Dr., Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## Giriş

İnsan, günümüz hukuk sistemlerinde hakkın konusu değil, sahibidir. Bu sebeple insana ait organ ve dokuların para ya da başka bir menfaat karşılığı alınıp satılması, hukuka ve ahlâka aykırı görüldüğü için birçok ülke tarafından yasaklanmış, buna bağlı olarak bu tür fiiller için de cezai yaptırımlar getirilmiştir.

Bununla birlikte tıptaki gelişmeler dikkate alındığında organ ve doku nakli; insanların daha sağlıklı ve huzurlu yaşamaları için zorunludur. Bu sebeple organ ve doku nakli konusu pek çok ülkeden önce Türkiye’de hukuki bir düzenlemeye kavuşturulmuş ve 1979 yılında, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşayan kişilerden ve ölülerden organ ve doku naklinin şartlarını düzenleyen 2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun” çıkarılmıştır<sup>1</sup>.

Gerçekten organ nakli ile ilgili kanun, Avusturyada 1982’de, Belçika’da 1986, İngiltere’de 1989, İtalya’da 1993, Kanada’da Manitoba Eyaletinde 1987, Prince Edward Island’da 1992, New Brunswick’te 1986, Lüksemburg’da 1982’de, Rusya Federasyonunda 1992’de Yunanistanda ise 1989 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>2</sup>.

Organ ve dokunun rızaya dayalı olarak nakli, 2238 Sayılı Kanunda öngörülen usullere uygun şekilde gerçekleştirilebilir. İlgilinin veya yakınlarının bilgisi ve rızası dışında yaşayan kişiden ya da ölüden organ veya doku alınması, saklanması menfaat karşılığı ticaretinin yapılması TCK.nun 91 nci maddesinde suç sayılmıştır.

Günümüzde organ ve doku nakli sıklıkla uygulanmaktadır. Organ ve doku nakli ile, başka şekilde tedavisi mümkün olmayan pek çok hastalık tedavi edilebilmektedir.

Çalışmamızın konusunu, TCK.nun 91. maddesinde düzenlenen organ ve doku ticareti suçları oluşturmaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle inceleme konusu suçlarda kullanılan ortak kavramlar açıklanacak sonra da her bir suç tipi, bilimsel esaslara göre incelenmeye çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Bkz: RG, 3.6.1979, s. 16655. Bu konuda bkz: **Bayraktar, K.**, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” a İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 1979, s.15 vd. **Toroslu N.**, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD, C.XXXV, 1978 S.1-4, Ankara 1981, s.91 vd. Bu kanunun, bazı maddeleri, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak amacıyla 21.1.1982 tarih ve 2594 sayılı Kanunla değiştirilmiştir

<sup>2</sup> Bu kanunlar ve diğer ülke kanunları ve düzenlemeleri hakkında bkz: **Görkey, Ş.**, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, in: Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995’te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan: Arslan Terzioğlu), İstanbul 1996, s. 33 vd.

## I. Genel Açıklamalar, Suç Tiplerinde Açıklanması Gerekli Müşterek Kavramlar

### 1- Genel Açıklamalar

TCK.nun Organ ve doku ticareti suçları başlığını taşıyan 91 nci maddesi;

“(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(...)<sup>3</sup>

(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir<sup>4</sup>.

Maddenin incelediğimiz kısmında üç ayrı suç tipi yer almaktadır: “Yaşayan kişiden geçerli rızası olmadan organ ve doku alınması, ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması, organ ve doku ticareti yapılması”.

TCK.nun 91 nci maddesinde yer alan suçlarla ilgili 92 nci maddede özel bir zorunluluk haline yer verilmiştir.

TCK.nun 92 nci maddesine göre; “(1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”.

Aşağıda inceleme konusu suçların ortak konusu olan “organ” ve “doku” kavramları açıklanacak, sonra da suçun diğer unsurları ele alınacaktır.

<sup>3</sup> Maddenin “(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindeki 5 ve 6 ncı fıkraları inceleme konumuz dışındadır.

<sup>4</sup> Suç tipi hakkında bkz: **Üzülmez, İ.**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013, s.125 vd., **Hafızoğulları, Z.- Özen, M.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011, s. 104 vd.; **Özbek, V.Ö.-Kanbur, M.N.- Doğan, K.- Bacaksız, P.-Tepe, İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s.256 vd., **Yaşar, O.- Gökcan, H.T.-Artuç, M.**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: 3, 3126 vd.

## 2- Suç Tiplerinde Açıklanması Gerekli Müşterek Kavramlar

### A. Organ

Yunanca bir kelime olan organ, canlı bir vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları tesbit edilmiş kısmına denir. Organın adı, ifa ettiği görevine göre değişir. Solunum organı, dolaşım organı gibi<sup>5</sup>.

2238 sayılı Kanun, “organ ve doku” deyiminden “insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının” kastedildiğini ifade ederek “oto-greffer, saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfüzyonu”nun bu kanun hükümlerine tabi olmadığını, bunlarla ilgili işlerin yürürlükteki diğer yasalar, tüzükler, yönetmelikler ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceğini belirtmektedir.

### B. Doku

Doku, muayyen anatomi unsurlarından (hücreler, lifler) meydana gelen ve anatomi bakımından bir bütünlük gösteren bağlantıların tümüne verilen addır<sup>6</sup>. Kornea, kemik iliği, sinir, kırıldak birer dokudur.

Ülkemizde son dönemlerde özellik arz eden bir doku türü de, “yüz” gibi kompozit dokudur.

Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan “Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi”nde, “Kompozit doku nakli”; *“vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara, form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan ameliyeyi”* ifade etmektedir.

Aynı yönergeye göre; “Vaskülarize Kompozit Doku”, *“Tipik olarak ektoderm ya da mezodermden köken almış; deri, yağ dokusu, kas, sinir, lenf nodu, kemik ve kırıldaktan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği alıcıda damar anastomozları ile yaşatılan dokuları, ifade”* etmektedir.

## II. Organ ve Doku Ticareti Suçlarıyla Korunan Hukuki Değer

Organ ve doku ticareti suçlarında suça göre korunan hukuki değer değişir.

Yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ ve doku alma suçunda korunan hukuki değer kişinin vücut bütünlüğüdür. İnceleme konusu suç da TCK.da, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Kişinin doğumundan ölümüne kadar vücuduna, sağlığına yönelik saldırılar ceza kanunları ile

<sup>5</sup> Bkz:Meydan Larousse, C.15, s.169 vd.

<sup>6</sup> Bkz:Meydan Larousse, C.5, s.437 vd.



yaptırım altına alınarak bireylerin vücut bütünlüğü korunmak istenmiştir<sup>7</sup>. Başka bir anlatımla ceza hukuku, kişiyi anatomik olarak korumayı amaçlamıştır<sup>8</sup>.

Suçla korunan hukuki değer, bir yandan kişinin vücut tamlığı, beden sağlığı olmakla birlikte, diğer taraftan toplumsal nitelik taşımaktadır. Çünkü medeni toplumlarda Devlet, insanların güven içinde olmalarını sağlamakla ve herhangi bir saldırıya maruz kalmalarını önlemekle yükümlüdür<sup>9</sup>. Bu bağlamda devletin hukuka aykırı organ ve doku ticareti suçları ile toplumu oluşturan bireylerin sağlığına verilen zararları önleme ve vücut bütünlüğünü koruma mükellefiyeti bulunmaktadır.

Ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alınması suçunda korunan hukuki değer, karma niteliklidir. Ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alınması, ölünün hatırasını ve yakınlarının haysiyetini ihlal edici niteliktedir<sup>10</sup>. Diğer taraftan ceset üzerinde icra edilen hukuka aykırı fiiller, kamu sağlığını bozabilir.

Hukuka aykırı veya hukuka uygun şekilde alınan organ veya dokunun maddi menfaat karşılığı alınıp satılması, bir yandan kamunun sağlığını bozucu nitelik taşıyor, diğer yandan toplumsal barışı ihlal eder.

### III- Yaşayan Kişiden Rızasına Aykırı Olarak Organ veya Doku Alma Suçu (m.91/1)

#### 1- Genel Bilgiler

TCK.nun 91. maddesinin 1. fıkrasında; “(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolünür” denilmektedir.

Fıkra gerekçesinde; “Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ veya doku alınması, suç oluşturmaktadır. Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir” denilmektedir.

TCK.nun 91/1 nci maddesine iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ alınması ve yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak doku alınması. Bu yönüyle suçlar sadece konu açısından farklı olup her ikisi de organ ve doku alınması başlığı altında incelenecektir.

<sup>7</sup> Özbek-Kanbur- Doğan- Bacaksız, -Tepe, s.258 vd.

<sup>8</sup> Önder, A. Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.97.

<sup>9</sup> Erman, S.-Özek, Ç., Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (TCK. 448-490) (Sahir Erman), İstanbul 1994, s. 94.

<sup>10</sup> Centel, N.- Zafer, H.- Çakmut, Ö., Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:I, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.262.

## 2- Suçun Unsurları

### A-Tipiklik

Tipiklik, suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviri olup, işlenen fiilin, ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir.

İlgilinin rızasının suç genel teorisi içerisindeki yeri konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ilgilinin rızası ya tipikliği ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

Tipiklikte nazara alınmamakla birlikte, kişinin rızasının hukuken muteber addedildiği hallerde, rıza bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>11</sup>.

İkinci ihtimalde suç tipinde açık bir şekilde “*hak sahibinin rızası hilafına fiilin icrası*” şart koşulmuştur. Bu suç tipinin varlığı için ilgilinin rızasının mevcut olması gerekmektedir. İnceleme konumuz olan suçta, ilgilinin rızası, tipikliğe ait bir unsur niteliğindedir<sup>12</sup>. Rızanın varlığı, tipikliğin yokluğu anlamına gelir<sup>13</sup>.

Hukuken geçerli bir rıza yoksa fiil tipik kabul edilebilecektir.

### B- Maddi Unsurlar

#### a-Ceza Normunun Yasakladığı Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

Bu suç tipinde ceza normunun yasakladığı fiil, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ veya doku “almak”tır. Sırf hareket suçu niteliğindedir. Suçun oluşması için mağdurun zarar görmesi veya ölmesi gerekmez<sup>14</sup>.

“Almak” sözlükte çok çeşitli anlamlarda kullanılmıştır; “*Bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak, bir şeyi veya kimseyi bulunduğu yerden ayırmak, birlikte götürmek, satın almak, ele geçirmek, fethetmek, kabul etmek, yolmak, koparmak, içeri girmesini sağlamak, çalmak, vücuttaki hasta bir organı ameliyatla çıkarmak, yer değiştirmek vs.*” gibi<sup>15</sup>.

İnceleme konumuzla ilgili olarak “alma” dan maksat; “organ veya dokuyu canlı insan vücudundan ayırmak” demektir. Bu ameliyenin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış kabul edilmelidir<sup>16</sup>. Kişi, “alma” eylemini icra ederken yakalanmışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.

<sup>11</sup> Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2011, s.229 vd.

<sup>12</sup> Üzülmöz, s.128.

<sup>13</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.229 vd.

<sup>14</sup> Üzülmöz, s.129.

<sup>15</sup> Bkz: www.tdk.gov.tr

<sup>16</sup> Üzülmöz, s.128.

Doktrinde, almak, cerrahi usullerle organ ve dokuyu bulunduğu yerden söküüp çıkarmak olarak tanımlanmıştır. Ameliyat olarak nitelenemeyen bir davranışla organ veya doku alınması halinde kasten yaralama suçunun oluşacağı ifade edilmiştir<sup>17</sup>.

Suçun tamamlanması için organ veya dokunun; bulunduğu yerden çıkarılması, alınması yeterlidir. Korunan hukuki yarar dikkate alındığında suçun tamamlanması için yerinden çıkarılıp alınan organ ve dokunun, güvenli bir yere götürülmüş olması aranmaz.

“Alma” fiilinin ne şekilde gerçekleştiğinin önemi yoktur. Bu sebeple suç, serbest hareketlidir<sup>18</sup>.

Organ veya dokunun alınmasının suç teşkil edebilmesi için yaşayan bir insandan alınması gerekir. Hayvandan organ veya doku alınması hali, mala zarar verme kapsamında değerlendirilmelidir.

### **c-Fail**

Suçun faili herkes olabilir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur.

Uzman hekim olmayan kişilerin organ veya doku almaları yasaktır. Uzman hekimler ise rıza hilafına bu işlemi gerçekleştirirse fail olarak sorumlu tutulabilir<sup>19</sup>.

Organ veya doku alma, bir başkasını vasıta kılarak icra edilirse, başkasını araç olarak kullanan kişi, fail olarak sorumlu olur. Araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneği yoksa, failin cezası artırılarak verilir.

### **d-Mağdur**

Suçun mağduru, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokusu alınan canlı, yaşamakta olan kişidir<sup>20</sup>. Mağdur herkes olabilir. Kişi, mağdurun yaşayıp yaşamadığı hususunda yanılmışsa, hataya ilişkin hükümler uygulanır.

Mağdurun belli özelliklere sahip olması, suçun vasfına etki etmez.

### **e-Konu**

Suçun konusu, yaşamakta olan, canlı bir kişiye ait “organ” veya “doku”dur. Organ veya doku niteliğinde olmayan bir madde alınmış ise söz konusu suç oluşmaz.

<sup>17</sup> **Hafizoğulları- Özen**, s.105.

<sup>18</sup> Bağlı hareketli suç olduğuna yönelik olarak bkz: **Hafizoğulları- Özen**, s.105.

<sup>19</sup> **Üzülmez**, s.127 vd.

<sup>20</sup> **Üzülmez**, s.128.

### f- Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal: Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi

TCK.nun 91 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında; “(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur” denilmektedir.

İnceleme konusu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsur olarak kabul edilmiştir. Çünkü suçun örgütlü olarak işlenmesi, suç işlemeyi kolaylaştırmakta buna karşılık mücadeleyi bir o kadar zorlaştırmaktadır<sup>21</sup>.

Madde gerekçesinde; “Dördüncü fıkra göre, bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, daha ağır cezalara hükmedilecektir. Ancak, bu hüküm, ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir” denilmiştir.

Her ne kadar, suç örgütünün varlığı için kanunda açıkça öngörülmemişse de suçun oluşması için organize bir yapının bulunması gerekmektedir. Doktrinde ve içtihatlarda kabul edildiği üzere, cürüm işlemek amaçlı örgütlerde organize bir yapı ve belirsiz nitelikte bir suç programı olmazsa olmaz koşuldur. Bu özellikler sebebiyle örgütlü suçluluk, suça iştiraktan ayrılmaktadır. Kanun koyucunun bu örgütü açıkça tanımlamasının sebebi, değişik alanlarda sürekli gelişen bir örgüt organizasyonu tarifinin zor olmasıdır.

Yargıtay’a göre; “5237 sayılı TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suçun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp, bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir.

Suç işlemek için örgüt kurma, bir somut tehlike suçudur. Hiyerarşik ilişki nedeniyle örgütün, mensupları üzerinde hâkimiyet kuran bir güç kaynağı niteliğinde olması gerekir. Bu tür bir örgüt, toplum düzenini tehlikeye sokmaktadır. Bu suç tanımı ile korunan hukukî değer, kamu güvenliği ve barışıdır. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireylerin güvenli ve barış içinde yaşama haklarını zedeler” bozma sebebi olarak öngörülmüştür<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Arslan, Ç.-Azizağaoğlu, B., Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.783.

<sup>22</sup> Yarg. 10. CD.nin 22.10.2010 t. 2010/841 E., 2010/28759 K. s.lı ilamı.

Yargıtay bir başka kararında; “5237 sayılı TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen “Suç işlemek için örgüt kurmak” suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir.

Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi, hem işlediği suçtan hem de örgüte üye olmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılır.

Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olduğu anlaşılmakta ise de, suç işleme amacı etrafında somut hiyerarşik bir yapılanma ve bu yapılanma içerisinde suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmamıştır” diyerek aynı hususu vurgulamıştır<sup>23</sup>.

## C- Manevi Unsurlar

### a. Genel Bilgiler

Suç kasten işlenir, taksirli şekli cezalandırılmaz. Failin hukuka uygun bir rıza olmadığını bilerek ve isteyerek organ veya dokuyu alması gerekir.

Fail, hukuka uygun bir rıza bulunduğunu zannederek fiili işlerse, konu hataya ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenmelidir.

### b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hal: Suçun İşlenmesi Sonucunda Mağdurun Ölmesi

TCK.nun 91/8 nci maddesinde; “Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır” denilmiştir.

Gerekçede; “Maddenin sekizinci fıkrasında, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlaşmış suç hâli söz konusudur. Ancak, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceği düşünülmüştür” açıklaması mevcuttur.

<sup>23</sup> Yarg. 10. CD.nin 03.02.2011 t. ve 2010/41378 E., 2011/1746 K. Sayılı ilamı.

## D- Hukuka Aykırılık Unsuru

### a. Genel Açıklamalar

Haksızlık olarak suçun bir unsuru da, hukuka aykırı olmasıdır. “Hukuka aykırılık”, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaз verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir<sup>24</sup>.

Hukuka aykırılığın içeriğini o toplumda geçerli olan davranış normları belirlemektedir<sup>25</sup>.

Ceza Kanununun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir kural -bu hüküm ceza kanununda veya başka bir hukuk dalında yer alabilir<sup>26</sup>- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır.

Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “hukuka uygunluk sebebi” denir<sup>27</sup>.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Örneğin adam öldürmek suç sayıldığı halde, ölüm cezasının geçerli olduğu bir ülkede mahkemenin verdiği kesinleşmiş hükme ve cezanın infazını düzenleyen kurallara uygun olarak ölüm cezasını infaz eden kişinin fiilinin hukuka aykırı bulunması ve suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İfade edelim ki, hukuka uygunluk sebebi, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten yani fiil hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayıp aksine fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde ortaya çıkmasını sağlar.

TCK.’nın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı İkinci Bölümünde, “Hukuka uygunluk sebepleri” ve “Kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler” bir arada düzenlenmiştir.

TCK.’nda hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme daha doğru bir deyimle görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın icrası (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) yer almaktadır.

<sup>24</sup> Bkz. **Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.: II, 12. Baskı, İstanbul 1999 n. 665 vd.; **Bayraktar, K.**, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul 1998, s.67 vd.; **Hafizoğulları Z.**, Türk Ceza Hukuku Ders Notları 2, www.baskent.edu.tr/~zekih; **Soyaslan D.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, s. 348 vd.;

<sup>25</sup> **Özgeç, İ.** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara 2006, s.236.

<sup>26</sup> 1926 Tarihli Türk Medeni Kanununun 267 nci maddesinde yer alan “ana baba, çocuklarını tedip hakkına sahiptir” hükmü (Yeni MK. m.339) buna örnektir.

<sup>27</sup> **Dönmezer-Erman**, C.II, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.: II, 12. Baskı, İstanbul 1999, n.665 vd.; **Artuk, Emin**, “Suç Genel Teorisi”, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.207 vd.; **Bayraktar K.**, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, s.68 vd.

2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun”; canlılardan organ ve doku alınmasını düzenlemiş ve dolayısıyla, belirtilen şartlara uyulması kaydıyla bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle organ ve doku nakli, mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebi olarak girmiştir<sup>28</sup>.

### **b. Hakkın İcrası Hukuka Uygunluk Sebebi: Hukuken geçerli rızaya dayalı olarak kişiden organ veya doku alınması**

Yaşayan kişilerden organ ya da doku alımının hukuka uygun olabilmesi için doktrinde kabul edilen belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar, “üstün amaç, zararsızlık ve elverişlilik, vericinin rızası, hekimin onayı ve aydınlatma yükümlülüğü” olarak ifade edilebilir<sup>29</sup>.

#### **aa- Üstün Amaç**

Kural olarak, bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurabilecek olan her müdahale hukuka aykırıdır. Bu müdahaleye kişinin rıza göstermesi dahi çoğu kez hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>30</sup>. İster kişinin kendi rızasıyla, isterse rıza olmaksızın üçüncü kişilerden gelen bir davranışla olsun, şahsiyet haklarını ihlal eden müdahaleler hukuka aykırıdır.

Kural bu olmakla birlikte, vücuda yapılan tıbbi müdahaleler, özellikle nakil işlemleri, üstün bir amaç sözkonusu olduğunda hukuka uygun kabul edilirler<sup>31</sup>. Bu üstün amaç, kişinin kendi sağlığını ve hayatını kurtarmak olabileceği gibi, başka kişilerin hayat ve sağlıklarının kurtarılması da olabilir<sup>32</sup>.

Üstün amaç, vericiden biyolojik madde alınmasını haklı gösterecek olan amaçtır. Diğer bir deyişle, biyolojik madde alındığı zaman vericinin uğrayacağı zararlar, elde edilecek yarar karşılaştırıldığında, elde edilecek yarar vericinin zararını ikinci plâna itiyor ve bu zarar katlanmayı haklı gösteriyorsa üstün amacın varlığından söz edilebilir.

Organ ve doku nakli açısından konuya yaklaşıldığında, bu üstün amacın ha-

<sup>28</sup> **Gökçen**, Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler, s. 64.

<sup>29</sup> **Akıncı, Ş.**, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 162 vd.

<sup>30</sup> **Öztaş, B.**, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1990, s. 116; **Zevkçiler, A.**, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İzmir 1992, s. 418; **Ayiter, N.**, Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD 1975, C. XXXII, s. 175 vd.; **Ayiter, N.**, Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD 1968/1-2, C. XXV, s. 139 vd.

<sup>31</sup> **Zevkçiler, A.**, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD/1, s. 22.

<sup>32</sup> **Akünel, T.**, “2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukunda ki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul 1983, s. 20.

yat kurtarma olduğu sonucu ortaya çıkar. Şu halde, yaşayan bir kimseden organ ya da doku alınabilmesinin temel şartı, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan bir kimsenin bulunması ve nakil yapıldığında bu kişinin tekrar eski sağlığına döndürülebilecek olmasıdır.

Üstün amacın varlığından söz edebilmek için, alıcının yararının vericinin yararından daha üstün olması gerekir. Her iki yarar tartıldığında bunlardan biri diğere ağır basmıyorsa ya da vericinin yararı alıcıya göre daha çok korunmaya lâyıkça, rızaya rağmen vericiden biyolojik madde alınamaz<sup>33</sup>.

### bb- Zararsızlık ve Elverişlilik

Yaşayan kimselerden organ ya da doku alınabilmesi için gerekli olan ikinci şart zararsızlıktır. Bir kimsenin rızası ile vücuduna yapılan bir müdahalenin geçerli olabilmesi için, bu müdahaleden dolayı o kişinin aşırı bir zarar görmemesi ve büyük bir tehlike altına girmemesi gerekir. Diğer bir deyişle, vericiden alınacak organ ya da dokunun bu kişinin hayatını tehlikeye düşürmemesi, vücudunda büyük bir organik eksiklik yaratmaması, alınan organ ya da dokunun yokluğuna rağmen topluma ve ailesine karşı olan görevlerini aksatmadan yerine getirebilmesi gerekir<sup>34</sup>.

Organ ve doku naklinde karşılaşılan en önemli tıbbi sorun uyum sorunudur. Naklin başarılı olabilmesi, alıcının vücudunun doku yapısıyla nakledilen organ ya da dokunun yapısının birbirine uygun olmasına bağlıdır. Bu nedenle, nakilden önce bazı tahlil ve tetkiklerin yapılması gerekmektedir. Örneğin kan gruplarının uygun olup olmadığı araştırılmalı, deri ve lenfosit testleri yapılmalıdır<sup>35</sup>.

### cc-Vericinin Rızası

Yaşayan bir kimseden organ ya da doku alınabilmesi için gerekli olan bir diğer önemli şart, vericinin uygun irade beyanıdır. Vericinin uygun irade beyanının organ ya da doku alınması mümkün değildir. Bu husus 2238 sayılı kanunun 6. maddesinde de açıkça hükme bağlanmıştır<sup>36</sup>.

Bir kimsenin bu konuda irade beyanında bulunabilmesi için her şeyden önce böyle bir irade beyanında bulunmaya yetkili olması ve açıkladığı rızanın da geçerli olması gerekir<sup>37</sup>.

2238 sayılı Kanun'a göre, taraflar sözleşme ile bir karşı edim kararlaştıramazlar (m. 3). Bununla beraber, söz konusu hükümlerle "bir bedel ya da başkaca bir menfaat

<sup>33</sup> Tress, P., Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, Mainz 1977, s. 27.

<sup>34</sup> Bayraktar, K., Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 145; Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1987, s. 126

<sup>35</sup> Kopetzki, C.H., Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Wien u.a. 1988, s. 41; Bayraktar, s. 189.

<sup>36</sup> Bayraktar, "Organ ve Doku, s.17.

<sup>37</sup> Bayraktar, "Organ ve Doku, s.16 vd.



*karşılığı*” organ ve doku alınması yasaklanmış olsa da, ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat taleplerine cevaz vermek gerekir<sup>38</sup>. Zira, kendisinden organ ya da doku alınacak olan verici de tıpkı alıcı gibi bir operasyon geçirmektedir ve operasyon dolayısıyla sağlık kurumuna belli bir miktar para ödemesi gerekir. Ayrıca sağlık kurumunda yattığı süre içerisinde işine gidemediği gibi çıktıktan sonra da bir süre daha işine gidememesi ve elde edeceği kazançtan yoksun kalması mümkündür. Bir başka insanın hayata döndürülmesi amacıyla böylesine büyük bir fedakârlığa katlanan vericiyi bir de hastane masraflarını ödemek zorunda bırakmak ve çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi etmemek adalet hissi ile bağdaştırılmaz. Bu nedenle alıcının vericiye uygun bir tazminat vermesi ve bunun da sözleşme ile kararlaştırılması ne hukuka ne de ahlâka aykırıdır.

### **dd-Hekimin Onayı ve Aydınlatma Yükümlülüğü**

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, vericinin bu konudaki irade beyanının yazılı olması ya da bu konuda belge düzenlenmesi gerekir<sup>39</sup>. 2238 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre ise, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve her türlü etkiden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı irade beyanına ihtiyaç vardır. Böylece kanun kural olarak yazılı irade beyanını öngörmüştür. Fakat aynı hükümle ikinci bir imkân daha getirilmiştir; buna göre, vericinin en az iki şahit huzurunda sözlü olarak iradesini beyan etmesi ve bunun da bir tutanakla tespit edilmesi halinde de bu irade beyanı geçerli olacaktır. Fakat tutanağın verici tarafından da imzalanması gerekir. Bu hükme göre, verici ister yazılı, ister sözlü olarak iradesini beyan etsin, her iki durumda da vericinin irade beyanını içeren belgenin hekim tarafından onaylanması gerekmektedir.

2238 sayılı Kanun’un 9. maddesinde hekime, organ ya da doku nakli yapmadan önce verici ve alıcının hayatı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli olan tıbbi inceleme ve tahlilleri yapma ve sonucu bir olurluluk raporu ile tespit etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükme göre hekim sadece yaşayan kişilerden organ ya da doku alırken değil, aynı zamanda alınan organ ya da dokuyu alıcıya aşılarken de, aşılama işlemini yapmadan önce her türlü araştırma ve incelemeyi yapmak ve sonra da bir olurluluk raporu hazırlamak zorundadır.

Burada karşımıza hekimler için öngörülmüş olan önemli bir yükümlülük çıkmaktadır. Bu, aydınlatma yükümlülüğüdür. Hastanın aydınlatılması, kendisine, yapılacak olan müdahale hakkında bilgi verilmesi ve bu müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir<sup>40</sup>. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren

<sup>38</sup> Akıncı, s. 179 vd., Gökçen, A., Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara1994, s.82 vd.

<sup>39</sup> Bayraktar, K., “Organ ve Doku, s. 17; Özdemir, S., Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler, YD 1976/1-4, C. 2, s. 110.

<sup>40</sup> Ayan, M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 71.

hasta, kendi geleceğini tayin etme hakkını kullanmaktadır. Hasta, böyle bir hakkı kullanırken serbest iradesiyle karar vermelidir. Hastanın serbest iradesiyle karar verebilmesi, yapılacak olan müdahale konusunda yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır<sup>41</sup>. Bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için de, hastanın rızası alınmadan önce yapılacak olan müdahale konusunda yeterince aydınlatılması gerekir<sup>42</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için öncelikle hastaya yapılan muayenenin sonuçları hakkında bilgi verilmelidir. Konulan teşhisin ne olduğunu öğrenen hastaya, hastalık tedavi edilmediği takdirde doğabilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Nihayet hastaya, yapılacak olan tıbbi müdahale hakkında bilgi verilmesi gerekir. Bu konuda yapılan aydınlatma sadece genel operasyon riskleri üzerine olmamalı, aksine, bütün özel durumlar ayrıntılı olarak izah edilmelidir<sup>43</sup>. Hastaya bütün ameliyat teknikleri, başarı şansı, kullanılacak ilaçların ve müdahalenin yan etkileri ve ortaya çıkabilecek riskler etraflıca açıklanmalıdır<sup>44</sup>. Özellikle güçlük arzeden yeni operasyonlar deneneceği zaman, hastanın mutlaka yeterli derecede aydınlatılması gerekir. Örneğin bir kalp nakli yapılacak ya da komple bir nakil gerçekleştirilecekse (kalbin ve akciğerin birlikte nakledilmesi gibi), hastanın aydınlatılması, operasyonun hukuka uygun olması açısından son derece önemlidir<sup>45</sup>. Bunun dışında, hastaya planlanan operasyonun maliyeti hakkında da bilgi verilmelidir<sup>46</sup>.

Genellikle kabul edildiğine göre, tedavisi imkânsız hastalıklar hakkında da hekimin hastaya bilgi verme yükümlülüğü vardır. Fakat, hastalığın seyrine ve tedaviye olumsuz etki edebilecek hususların hastadan gizlenebileceği de kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasında, verici özellikle, müdahalenin niteliği, tehlikeleri, cerrahi riskler ve ilerde vücut üzerinde meydana gelebilecek olumsuz durumlar konusunda aydınlatılmış olmalıdır<sup>48</sup>. Örneğin, böbrek vericisi-

<sup>41</sup> **Bayraktar**, Hekimin, s. 124.

<sup>42</sup> **Kohlhaas, M.**, Neue Rechtsprobleme der Organtransplantation, NJW 1970, s. 1872; **Kramer, H.J.**, Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987, s. 23, **Bockelmann, P.**, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der aertzlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, s. 945; **Brüggmann, W.**, Widerrechtlichkeit des aertzlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, s. 1473; **Bafra, J.**, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu, İBD 1993/1-2, C. 67, s. 114.

<sup>43</sup> **Ulsenheimer, K.**, Zur Zivil - und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judicatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, MedR 1992/3, s. 133.

<sup>44</sup> **Lüttger, H.**, Die Organtransplantation beim Menschen strafrechtlicher Sicht, AÜHFD, 1978/1-4, C. 35, s. 180 vd.; **Bafra**, s. 115.

<sup>45</sup> **Lüttger**, Die Organtransplantation, s. 180 vd.

<sup>46</sup> **Ertay, Ş.**, Alman Hukukunda hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD, 1980/1, Yıl: 1, s. 188.

<sup>47</sup> **Bayraktar**, Hekimin, s. 190.

<sup>48</sup> **Bayraktar**, Hekimin, s. 190.

nin diğer böbreğini ya da korneasını vermek isteyen bir kimsenin öteki gözünü de bir kazada kaybedebileceği kendisine bildirilmelidir.

Bu husus 2238 Sayılı Kanun m. 7/a ve b'de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, organ ve doku alacak hekimler, “*vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek*” (m. 7/a); “*organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak*” (m. 7/b) zorundadırlar<sup>49</sup>.

Alıcının da aynı şekilde aydınlatılması gerekir. Ancak doktrinde alıcıya yapılan aydınlatmanın içeriğinin vericiye yapılan açıklama kadar geniş olmasının gerekmediği, hekimin hastanın psşik durumunu bozmamak için gerçeği söyleyebileceği ileri sürülmektedir<sup>50</sup>.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2. maddesine göre de, “*hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen âkibet ve seyrinin saklanması uygundur*”. Nizamnamede her ne kadar bazı hallerde hastadan, hastalığın vahim görülen âkibet ve seyrinin saklanması uygun olacağı hükme bağlansa da, organ ya da doku nakli gibi son derece önemli olan bir müdahalede, müdahaleye maruz kalacak olan alıcının, gerçeği olanca açıklığıyla bilmesi ve buna göre kararını vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan, sözleşmeye taraf olan hekimdir<sup>51</sup>. Fakat nakil sözleşmesi hastane ile yapılmışsa, bu durumda müdahaleyi yapacak olan hekimin bu yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir.

Aydınlatmanın ne zaman yapılacağı konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Fakat aydınlatma, hastanın rızasının alınmasından önce yapılmalıdır. Hastaya düşünme ve gerekirse yakınları ile görüşme fırsatı verilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre aydınlatma, tavsiye edilen tedavi usulünü hastanın serbest iradesiyle kabul ya da reddedebileceği bir zamanda yapılmalıdır. Bu nedenle, ameliyat masasında yapılan bir aydınlatma, hastanın serbest iradesiyle karar vermesi mümkün olmadığı için, geçerli değildir<sup>52</sup>. Bununla beraber, acil durumlarda ameliyattan hemen önce ve hatta ameliyat masasında dahi aydınlatma yapılabilir. Fakat, hasta baygınlık vb. nedenlerle aydınlatılmıyorsa ve operasyonun da hemen yapılması gerekiyorsa hekimin aydınlatma yükümlülüğü sona erer<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Hekimin tedavi hataları konusunda da aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı konusunda bkz: **Rieger, H.J.**, Aufklärung des Patienten über Behandlungsfehler, DMW 1986, s. 234 vd.

<sup>50</sup> **Bayraktar**, Hekimin, s. 193.

<sup>51</sup> **Hollmann, A.**, Das aertzliche Gespraech mit dem Patienten, Aufklarungs- und Wahrheitspflicht, NJW 1973, s. 1393 vd.

<sup>52</sup> **Ertas**, Alman Hukukunda, s. 188.

<sup>53</sup> **Brügmann**, s. 1473.

#### 4- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

##### A- Teşebbüs, Gönüllü vazgeçme

Yaşayan kişiden hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alma eylemi, teşebbüse elverişlidir.

Fail organ veya doku almak için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış ancak elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamamışsa teşebbüs söz konusu olur. Organ veya dokuyu almak için vücuda müdahalede bulunmuş ancak henüz organ veya dokuyu alamadan yakalanmışsa eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Kişi, icra hareketlerine başlamışken bundan gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, artık teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Örneğin fail, organ veya dokuyu almak için vücutta bir kesi meydana getirmiş sonra da kendi iradesi ile eyleminden vazgeçmişse, gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır. Bu halde tamamlanan eylem yaralama suçunu oluşturacağı için kişi kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

##### B- İştirak

Yaşayan kişiden hukuken geçerli olmayan rızaya dayalı olarak organ veya doku alma eylemini birden çok kişi fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurarak gerçekleştirmişse her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur. Örneğin, nakli gerçekleştiren hekimlerin her biri müşterek fail olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık organ veya dokuyu almak için ameliyattan önce gerekli sağlık ekipmanlarını temin eden kişi, yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.

Organ veya dokunun hukuka aykırı şekilde alınması konusunda hiçbir düşüncesi olmayan kişiye bu yönde karar verdiren kişi, azmettiren olarak cezalandırılır.

##### C- İçtima

TCK.nun 43/1 nci maddesinde; “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya” hükmedileceği belirtilmiştir. Eğer aynı mağdurdan değişik zamanlarda aynı suç işleme kastı altında organ veya doku alınmışsa, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.

TCK'nın 44. maddesinde fikri içtima düzenlenmekte ve “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” denilmektedir.

Organ veya doku alma aynı zamanda mağdur bakımından kasten yaralama suçunu oluşturur. Bu fiil neticesinde kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaş-

miş halleri meydana gelebilir. Bu halde hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyorsa fail o suçtan cezalandırılmalıdır.

2238 Sayılı Kanun'un 15 nci maddesinde; *“Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur”* denilmektedir.

2238 Sayılı Kanun'un 15. maddesinin yürürlükten kaldırıldığına dair TCK. da bir hüküm yoktur. Bu sebeple hem TCK.nun 91 nci maddesi hem de 2238 Sayılı Kanun'un 15 nci maddesi yürürlüktedir. TCK.nun 91 nci maddesinde düzenlenmeyen hallerde 2238 Sayılı Kanun'un 15 nci maddesi uygulanmalıdır. İfade edelim ki, TCK.ndaki hükümler 2238 sayılı kanuna göre daha ağır olduğu için ekseriyetle bu tür olaylarda TCK uygulanacaktır.

#### 4- Yaptırım

TCK.nun 91 nci maddesinde suç tipine ve konusuna göre farklı cezalar öngörülmüştür. Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

TCK.nun 91. maddesinin 7. fıkrasında, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Maddede; *“(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”* denilmiştir.

TCK.nun 20. maddesinde ifade edilmiş olduğu üzere ceza sorumluluğu şahsidir. Tüzel kişiler suçun faili olamazlar. Ancak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması 5237 sayılı TCK. da kabul edilmiştir.

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri TCK.nun 60. maddesinde sayılmıştır.

Maddede; *“(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır”* denilmektedir.

İnceleme konumuzu oluşturan suçun şirket veya dernek şeklinde bir tüzel kişiliğin faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ayrıca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin de uygulanması gerekmektedir. Örneğin suç, bir şirket bünyesindeki özel hastane veya klinikte işlenmişse, hastanenin ruhsatının iptali cihetine gidilebilir.

## IV-Ölüden Hukuka Aykırı Şekilde Organ veya Doku Alma Suçu (m.91/2)

### 1-Genel Bilgiler

TCK.nun 91. maddesinin 2. fıkrasında; “(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmiştir.

Madde gerekçesinde; “İkinci fıkrada ise, ölüden organ veya doku alınması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkarılan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı, yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir” denilmiştir.

Ölüden ne şekilde organ veya doku alınabileceği hususu, 2238 sayılı Kanun’da gösterilmiştir. Bu halde organ veya dokunun sahibinin sağlığının veya yaşamının zarar görme ihtimali bulunmadığından, kanun koyucu daha az ceza öngörmüştür.

### 2- Suçun Unsurları

#### A- Tipiklik

Ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alınması suçunun tipik olabilmesi için organ veya dokusu alınan kişinin, ölü olması gerekir. Aksi halde TCK.nun 91/1 nci maddesindeki suç oluşur.

Bu noktada ölümün tarifi ve ölüm anının tesbiti büyük önem taşımaktadır.

Ayrıca ölü vericiden organ ya da doku alınması, beraberinde birçok hukuki problemi de ortaya çıkarır. Ölmüş olduğu tesbit edilen vericiden organ ya da doku alınabilmesi için çeşitli ülkelerde uygulanan farklı modeller bulunmaktadır. Bu modeller, genelde irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modeli olmak üzere üç grupta toplanır<sup>54</sup>.

Aşağıda önce ölüm anının tesbiti üzerinde durulacak ve ölü vericiden organ ve doku naklinin hukuki açıdan değerlendirmesi yapılacaktır. Daha sonra ölüden organ ve doku alınması konusunda kabul edilen başlıca modellerden bahsedilecek, nihayetinde ise Türk Hukukundaki düzenleme ele alınacaktır.

Bazı hallerde, kendisinden organ ya da doku alınan kişiler, intiharlar veya benzeri olaylar sonucunda hayatını kaybeden kimselerdir. Harici bir etki dolayısıyla meydana gelen bu tür ölümlere doğal olmayan ölümler adı verilmektedir. Bu şekilde hayatını kaybeden bir kimseden organ ya da doku alınırken iki hususun çok iyi dengelenmesi gerekmektedir: Bunlardan birincisi, alınacak olan organ ya da dokunun görev yapma kabiliyetini kaybetmemesi için bir an önce cesetten çıkarılması, ikincisi de; bu operasyon yapılırken cesetten elde edilecek olan suç delillerinin kaybolmamasıdır<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Akıncı, s.125 vd.

<sup>55</sup> Langenburg, H., Organtransplantation und § 159 StPO, NJW 1972, s. 320.

### a- Ölümün Tarif ve Tesbiti

Ölüden organ ya da doku alınabilmesi için, vericinin ölmüş olması gerekir. Burada ortaya çıkan en önemli problemlerden biri, ölümün tarifi ve ölüm anının tesbiti konusudur. Bunun dışında, önemli olan bir diğer konu, ölümü kimin tesbit edeceği hususudur.

Ölümün tarifi ve tesbiti meselesi esas itibarıyla hekimleri ilgilendirmekle beraber ölüm, bir takım hukuki sonuçlar da meydana getirdiği için, aynı zamanda hukuki bir nitelik de taşımaktadır. Fakat, konu üzerinde tam bir fikir birliği yoktur<sup>56</sup>.

Ölümü, genel bir biçimde, “insan hayatının ve buna bağlı olarak da şahsiyetin sona ermesidir” şeklinde tarif etmek mümkündür<sup>57</sup>.

İnsan hayatının ne zaman sona erdiği konusu ise, ölümün tespiti ile ilgili ayrı bir sorundur. Organ nakli açısından da asıl önemli olan ölümün tespitidir. Zira, ancak vericinin ölümü belirlendikten sonra hayati organları alınabilir.

Ölümün tespitinin konumuz bakımından önemi, bilhassa hayati değeri olan organların naklinde ortaya çıkmaktadır. Kalp gibi, alındığı zaman insan hayatının sona ermesine sebep olan organlar, ancak ölmüş bir kimseden alınabilirler. Fakat, naklin başarılı olabilmesi için, kendisinden organ alınan kişinin ölmüş olmasına rağmen, alınacak olan organın hayatiyetini devam ettiriyor olması gerekir<sup>58</sup>. Gerçi kalp durduktan sonra 30 ilâ 60 dakika kadar canlılığını devam ettirebilmektedir<sup>59</sup>. Fakat, özellikle kalp nakillerinin çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir. Sürenin uzaması başarı şansını azaltır. Vakit geçirmeksizin operasyonun yapılabilmesi için, verici ve alıcıya aynı anda müdahale yapılması, vericiden çıkarılan kalbin derhal alıcıya nakledilmesi gerekir.

Oysa vericinin kalbinin hangi anda duracağı tam olarak kestirilemeyeceği için, alıcının ne zaman ameliyata hazırlanacağı da bilinemez ve nakil de kısa süre içerisinde gerçekleştirilemez. Bu durumda, özellikle kalp nakilleri açısından ölüm anının öne alınmasında zorunluluk vardır. Bu da, vericinin kalbi çalışıp nefes almaya devam ederken kalbinin alınmasının caiz sayılmasıyla mümkündür. İşte asıl sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Acaba bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için mutlaka kalbinin durmuş ve solunumun sona ermiş olması mı gerekir, yoksa, kalbi çalışan ve nefes almaya devam eden bir kimse de bazı hallerde ölü sayılabilir mi? Diğer bir deyişle ölüm neye göre tespit edilecektir?

<sup>56</sup> **Geilen, G.**, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ 1968, s. 373 vd.; **Bayraktar**, Organ ve Doku, s.18 vd.; **Kamay, B. T.**, Adli Tıp, C.I, Ankara, 1959, s.141; **Toroslu**, 1978/1-4, C. XXXV, s. 105; **Hinderling, H.**, (Çev: **Yurtcan, E.**) Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, in: MHAD, S.5, İstanbul,1969, s.419 vd.; **Özdemir**, s. 107.

<sup>57</sup> **Akıncı**, s. 103.

<sup>58</sup> **Kopetzki**, s. 38; **Toroslu**, s. 104.

<sup>59</sup> **Bilgin, A.**, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968, s. 9.

Bu konuda başlıca iki anlayış vardır: Bunlardan birincisi klasik ölüm anlayışı, diğeri ise beyin ölümü anlayışıdır<sup>60</sup>.

Klasik ölüm anlayışına göre, bir insanın büyük hayat fonksiyonları denilen ve kişiye canlılık niteliğini kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona ermesi ile ölüm gerçekleşmektedir<sup>61</sup>. “Biyolojik ölüm” ya da “klinik ölüm” de denilen bu kıstasa göre, son kalp atışı ve son nefes ile ölüm gerçekleşmektedir<sup>62</sup>. Fakat zamanla, durmuş olan bir kalbin yeniden çalıştırılabileceğinin keşfedilmesiyle, klasik ölüm anlayışının ölümün tespitinde yeterli bir kıstas olmadığı ileri sürülmüştür<sup>63</sup>.

Ölümün tespiti konusundaki bir başka anlayış ise beyin ölümü anlayışıdır. Bu anlayışa göre ölüm, beyin hücrelerinin harap olması ile başlayan ve belirli bir süreç içerisinde yavaş yavaş meydana gelen bir olaydır<sup>64</sup>. İnsana insan olma vasfını veren beyindir<sup>65</sup>. Bundan dolayı, beyin fonksiyonlarının durması halinde kişi ölmüş sayılır<sup>66</sup>. Beyin fonksiyonları irreversibl olarak sona erdiği halde, sun’i aletlerle solunumun ve dolaşımın devam ettirilmesi kişinin yaşadığını göstermez<sup>67</sup>. Beyin fonksiyonlarının durmasından kasıt, beynin vücudu idare etme kabiliyetinin ortadan kalkmasıdır. İdare kabiliyetini irreversibl olarak kaybetmiş bir beyinin müstakil hücresel hayatı devam etse dahi insanın yaşadığından söz edilemez<sup>68</sup>.

Gerek klasik ölüm anlayışı gerekse beyin ölümü anlayışının lehinde ve aleyhinde çok şey söylenmiştir. Biz burada bu tartışmalara girmek istemiyoruz. Türkiye açısından konuya baktığımızda beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini görüyoruz. Gerçi 2238 sayılı Kanun’da açıkça her hangi bir kıstas kabul edilmemiştir. Kanun’un 11. maddesinde “bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm

<sup>60</sup> Bkz: **Polat, Oğuz**, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1997, s.77 vd.

<sup>61</sup> **Schreiber, H.L.**, Kriterien des Hirntodes, JZ 1983, s. 593; **Schönig, R.**, Zur Feststellung des Todeszeitpunktes, NJW 1968, s. 189; **Kohlhaas, M.**, Zur Feststellung des Todeszeitpunktes Versorbener, DMW 1993, s. 414; **Coste - Floret, P.**, (Çev.: İ. Tepebaşı), Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli, AD 1970/5, C. 60, s. 320; **Erem, F.**, Organ Nakli Hakkında Kanun, YD 1979/4, s. 711; **Bayraktar**, Hekimin, s. 183.

<sup>62</sup> **Erem**, s. 711; **Bayraktar**, Hekimin, s. 183.

<sup>63</sup> **Lüttger**, Neue Probleme, s. 281.; **Öztürel, A.**, Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri, AÜHFD, 1973/1-4, C. XXX, s. 457; **Aykaç, M.**, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1978, s. 32.

<sup>64</sup> **Bayraktar**, Hekimin, s. 184; **Toroslu**, s. 107.

<sup>65</sup> **Erem**, s. 711; **Bayraktar**, Hekimin, s. 185.

<sup>66</sup> **Öztürel, A.**, Adli Tıp, Ankara 1983, s. 35; **Erem**, s. 711; **Kaufmann, A.**, Zur etischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie, JZ 1982, s. 486; **Lüttger, H.**, Neue Probleme, s. 287; **Terzioğlu, A.**, Organ Transplantasyonu ve Etik, in: Tıbbi Etik Yıllığı, III, 14-18 Ekim 1993’te düzenlenen I. Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine sunulan Deontoloji ile ilgili bildiriler. Yayınlayan, Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994, s.60. **Öner, C.**, Beyin Ölümü ve Organ Transplantasyonu, Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995’te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, Yayınlayan: Arslan Terzioğlu, İstanbul 1996, s.57 vd.

<sup>67</sup> **Bayraktar**, Hekimin, s. 185.

<sup>68</sup> **Bilgin**, s. 17.



hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır” denilmektedir.

Organ nakli ile ilgili mevzuatımızda beyin ölümü ve kriterlerinden bahsedildiğinden, ülkemiz açısından beyin ölümü anlayışının kabul edildiğini söylemek mümkündür<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> 2238 sayılı Kanunda ölümün tespiti konusunda açıkça her hangi bir kıstas belirtilmemiştir. Kanunun 11 inci maddesinde “bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır” denilmektedir.

**Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin** (01.02.2012 t. ve 28191 s.lı R.G.) Ek 1. maddesinde Beyin Ölümü Tanısı ile ilgili şu açıklamalar mevcuttur:

(1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybidir. Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir.

- a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,
- b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,
- c) Santral vücut ısı  $\geq 32$  oC olması,
- ç) Hipotansif şok tablosu olmaması,
- d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması,
- e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.

(2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.

a) Derin komanın olması (Tam yanıtızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınmaması),

b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;

1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),

2) Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,

3) Kornea refleksi yokluğu,

4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu.

c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO<sub>2</sub>'nin 35-45 mmHg ve PaO<sub>2</sub>'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakealoksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO<sub>2</sub>  $\geq 60$  mmHg ve/veya PaCO<sub>2</sub> bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması,

b) Yüzeysel reflekslerin alınması,

c) Babinski işaretinin bulunması,

## b-Ölüden Organ ve Doku Alınması Konusunda Kabul Edilen Modeller

Ölüden biyolojik madde alınması konusunda kabul edilen modelleri genel olarak üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar, irade modeli, itiraz modeli ve zaruret hali modelidir<sup>70</sup>.

İrade modeline göre, eğer kişinin sağlığında kendisinden biyolojik madde alınabileceği yolunda açıklanmış bir iradesi varsa ya da yakınlar açıkça rıza göstermişlerse, ölüden biyolojik madde alınabilir<sup>71</sup>.

Daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, bu arada İspanya, Güney Afrika ve Venezuelada benimsenmiş olan bu model, bazı Alman hukukçular<sup>72</sup> tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir<sup>73</sup>.

İrade modelinin lehinde ve aleyhinde pek çok görüş ileri sürülmekle birlikte, bu modeli eleştiren görüşlerden birinin dayandığı gerekçe inceleme konumuz açısından önemlidir.

Bu görüşe göre irade modelinin en olumsuz yanı, alıcının haklarını gözardı etmesidir<sup>74</sup>. Verici açısından bakıldığında alıcının yararları önemsizdir. Ayrıca alıcının kaderi sadece vericinin ya da yakınlarının arzusuna değil, aynı zamanda bir takım tesadüflere de bağlıdır. Kendisinden organ ya da doku alınabilecek olan bir kimsenin ölümcül bir biçimde yaralanması halinde çoğu kez onun kimliğini tespiti dahi uzun zaman alabilmektedir. Öte yandan, yakınların iznine ihtiyaç duyulduğunda bu kimselerin meçhul veya ulaşılamaz olması da mümkündür ki bu da alıcının aleyhinedir. Bunun gibi, ölüden organ ya da doku alınması hususunda irade

- c) Spinal refleks ve otomatizmaların olması,
- d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması,
- e) Diabetes insipidus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyinölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir.

b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir.

c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz. Ayrıca bkz: **Hafizoğulları -Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 35 vd.

<sup>70</sup> **Akıncı**, s. 125 vd.

<sup>71</sup> **Kopetzki**, s. 10; **Cartens**, s. 118.

<sup>72</sup> **Forkel, H.**, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, s. 599; **Trockel, H.**, Die Rechtfertigung arztlicher Eigenmacht, NJW 1970, s. 493.

<sup>73</sup> **Cartens**, s. 118.

<sup>74</sup> **Samson, E.**, Legislatorische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW 1974, s. 2034

beyanında bulunmaya yetkili olan kimseler, buna izin verme eğiliminde olsalar bile, bir süre kararsız kalmaları ya da pasif davranmaları halinde de nakil gecikir, hatta çoğu kez mümkün olmaz. Diğer bir deyişle red beyanı dışında açıklamada bulunmama hali de alıcının aleyhine sonuç doğurur<sup>75</sup>.

Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı Kantonları tarafından benimsenmiş olan<sup>76</sup> itiraz modeline göre, ölünün ya da yakınlarının herhangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı korumakta, fakat vericiye de, iradesini beyan etmek suretiyle organ ya da doku alımını engelleme imkânı tanımaktadır<sup>77</sup>.

İtiraz modelinin kabul edilmesi halinde kişinin yaşarken ve yakınların da öldükten sonra organ ya da doku alımına izin vermesi mümkündür. Bu nedenle böyle olumlu bir beyanın da dikkate alınması gerekir<sup>78</sup>.

Bu modele göre eğer vericinin kendisinden biyolojik madde alınmasını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğuna ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur. Böyle kesin olmayan bir karine anlayışı ise iki yönden vericinin veya yakınların yararlarını ihlâl edebilir.

Birincisi, yakınların ölüye saygı duyulması konusunda ortaya çıkan ve korunmaya lâyık bir yararları vardır. Onların bu yararları, özellikle dini mülâhazalarla hareket edildiğinde, alıcının iyileşmesindeki yarardan daha aşağı mütalâa edilemez. İkinci olarak da, herkesten öldükten sonra potansiyel bir verici olarak gündeme gelebileceklerini ve icabında yakınların kendisinden organ ya da doku alınmasını engellemek isteyebileceklerini bilmeleri ve bunu önlemek için sağlıklarında irade beyanında bulunmaları beklenemez<sup>79</sup>.

Zaruret hali modeline göre genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ ya da doku alınması caizdir. Burada kendisinden organ ya da doku alınacak olan vericinin (veya yakınların) yararı ile alıcının yararı karşılaştırılmakta ve sonuçta alıcının yararı ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme, ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta, alıcı lehine çok önemli imkânlar tanımaktadır. Burada, bireylerin öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan sözkonusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Cartens, s. 119.

<sup>76</sup> Cartens, s. 106 vd.

<sup>77</sup> Kopetzki, s. 11.

<sup>78</sup> Cartens, s. 121 vd.

<sup>79</sup> Cartens, s. 122.

<sup>80</sup> Kopetzki, s. 10.

### c-Türk Hukuku

Bizim hukukumuzda, 2238 sayılı Kanun ile kural olarak irade modeli kabul edilmiştir. Kanun'un 14/1. maddesine göre ölüden organ ya da doku alınabilmesi için bu kişinin, sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ veya dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle ölüden organ ya da doku alınabilir.

Kanunun getirdiği bu düzenlemeye göre önce ölen kişinin iradesinin araştırılması gerekir. Eğer kişi, sağlığında olumlu yönde iradesini beyan etmişse artık yakınların izni aranmadığı gibi, onların itirazları da dikkate alınmaksızın ölüden organ ya da doku alınabilir. Ölen kişinin böyle bir irade beyanı yoksa o zaman, yakınlarının iznine ihtiyaç vardır. Fakat kişi sağlığında kendisinden organ ya da doku alınmasını yasaklamışsa, Kanun'un 14/3. maddesine göre yakınların izniyle dahi bu kimseden organ ya da doku alınmaz. Zira bu fıkrafta, *“ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ ve doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz”* hükmü yer almaktadır.

Bizim hukuk düzenimiz, kural olarak irade modelini benimsemesine rağmen, istisnaen bazı hallerde itiraz ve zaruret hali modellerinin de uygulanması mümkündür.

İtiraz modeline işaret eden düzenleme, 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında mevcuttur. Bu hükme göre, *“aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir”*. Şu halde, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmamasını isteyen kişiler, bu konudaki itirazlarını bildirmek zorundadırlar. Eğer itiraz etmemişlerse, ölenin yakınlarının rızası olmaksızın, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ölüden alınabilir<sup>81</sup>. Görüldüğü gibi itiraz modeli, sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edilmiştir.

Zaruret hali modelinin benimsendiğini gösteren hüküm ise Kanun'un 14. maddesinin 4. fıkrasında bulunmaktadır.

Bu fıkraya göre kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatı sona ermiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan kimselere, *“ivedilik ve tıbbi zorunluluk”* bulunan durumlarda vasiyet veya rıza olmaksızın biyolojik madde nakli yapılabilir.

Burada “ivedilik ve tıbbi zorunluluk” kavramlarından “zaruret hali”ni anlamak gerekir. Eğer böyle bir zaruret hali varsa, diğer bir deyişle hastanın hayatı ancak organ ya da doku nakli ile kurtarılabilirse ve bunun da bir an önce yapılması

<sup>81</sup> Toroslu, s. 104.

gerekiyorsa, ölünün vasiyeti veya rızası aranmaz. Ancak bu şekilde organ ya da doku alabilmek için, ölen kişi kaza veya doğal afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucu hayatını kaybetmiş olmalıdır.

Bundan başka ölenin yanında 1. fıkrada sayılan yakınlarından hiçbiri olmamalıdır. Eğer yakınlarından biri varsa bu yakının rızasının alınması gerekir. Öte yandan aynı hükme göre, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı hekimler kurulu raporuyla belgelenmek zorundadır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde adli otopsi yapılmadan önce, ölüden biyolojik madde alınabilir.

Kanun'un bu hükmünden anlaşılan, zaruret hali modeline göre organ ya da doku alınmasının sadece kaza veya doğal afet gibi nedenlerle vücudu ağır harabiyete uğradığı için hayatını kaybetmiş olan ve yanında da yakınları bulunmayan kimse-lerden yapılabileceğidir. Dolayısıyla, Kanun'un 14 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası ile kabul edilen bu durum, ancak istisnai hallerde uygulanabilir.

## B- Suçun Maddi Unsurları

### a- Ceza Normunun Yasakladığı Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

Bu suç tipinde ceza normunun yasakladığı fiil, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku "almak"tır.

Almak sözlükte çok çeşitli anlamlarda kullanılmıştır; "*Bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak, Bir şeyi veya kimseyi bulunduğu yerden ayırmak, Birlikte götürmek, Satın almak, Ele geçirmek, fethetmek, Kabul etmek, Yolmak, koparmak, İçeri girmesini sağlamak, Çalmak, Vücuttaki hasta bir organı ameliyatsız çıkarmak, Yer değiştirmek vs.*" gibi<sup>82</sup>.

Suçun tamamlanması için organ veya dokunun bulunduğu yerden çıkarılması, alınması gerekir. Suç tipinde organ veya doku bakımından farklı cezalar söz konusu değildir. Organ veya doku alınmadığı sürece suçun tamamlandığından bahsedilemez. Kişi, "alma" eylemini icra ederken yakalanmışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.

"Alma" eyleminin ne şekilde gerçekleştiği önemli olmadığından burada serbest hareketli bir suç söz konusudur.

Organ veya dokuyu vefat etmiş insan vücudundan ayırıp çıkarmak halinde de fiil tamamlanmış kabul edilmelidir.

Organ veya dokunun alınmasının suç teşkil edebilmesi için ölü bir insandan alınması gerekir. Ölü hayvandan organ veya doku alınması hali, hırsızlık kapsamında değerlendirilebilir.

<sup>82</sup> Bkz: [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

### c-Fail

Suçun faili herkes olabilir. Organ veya doku alma fiilini gerçekleştiren kişi fail olarak sorumlu olur. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur.

Organ veya doku alma bir başkasını vasıta kılarak icra edilirse, başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak sorumlu olur. Araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneği yoksa, failin cezası artırılarak verilir.

### d-Mağdur

Suçun mağduru, hukuka aykırı olarak organları alınan ölünün yakınlarıdır<sup>83</sup>. Doktrinde yakınlar kapsamına kimlerin gireceğinin organ alma konusunda rıza göstermeye yetkili olanlar olduğu ifade edilmiştir<sup>84</sup>.

### e-Konu

Suçun konusu, fiilin üzerinde icra edildiği organ veya dokudur. Organ veya doku niteliğinde olmayan bir madde alınması söz konusu ise suç tipi oluşmaz.

## C- Suçun Manevi Unsurları

İnceleme konusu suç kasten işlenebilir. Suçun taksirli şekli, suç sayılmamıştır.

Suç tipinde, hukuka aykırılık unsuruna işaret eden, “hukuka aykırı olarak” “hukuka aykırı başka bir davranışla” “hukuka aykırı yolla” “haklı bir neden olmaksızın” (TCK.m.151/2) gibi bir ifadeye yer verilmişse<sup>85</sup>, hukuka aykırılık tipikliğe ait

<sup>83</sup> **Hafizoğulları- Özen**, s.105; **Üzülmez**, s.130.

<sup>84</sup> **Üzülmez**, s.130.

<sup>85</sup> Kanun koyucunun hukuka aykırılığa işaret eden bir ibareyi suç tipinde ayrıca göstermesinin nedenleri konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, kanunkoyucu bu hareketiyle bazı suçlar hakkında özel hukuka uygunluk sebepleri ihdas etmek istemiştir. Diğer bir görüşe göre, kanunkoyucunun bu ibarelere madde metninde yer vermesi tarihi bir takım sebeplerle izah edilmelidir. Hukuka genel aykırılıkla özel aykırılık arasında bir fark yoktur, bu ibareler sadece hâkimlerin dikkatini çekmek amacıyla madde metnine alınmıştır. Başka bir düşünceye göre, suç tipinde hukuka aykırılığa işaret eden ibarelere yer verilmiş olmasının sebebi manevi unsurla ilgilidir. Buna göre, kanunda ayrıca gösterilmeyen hallerde failin yaptığı hareketin hukuka aykırılığının farkında olup olmaması önemli değildir. Hukuka aykırılığın kanunda özel olarak zikredilmesi halinde ise, bu husus ayrıca ifade edilmiş olması sebebiyle failin bunu da bilmiş ve istemiş olması, diğer bir anlatımla kastının hukuka özel aykırılığı da kapsamına alması gerekir. Son bir fikre göre ise, bazı suçların (örneğin, hırsızlık, cinsel saldırı, yağma gibi) hukuka aykırı suretle işlenmeleri adeta kuraldır ve bu suçlarda hukuka aykırılığın ayrıca gösterilmesine ihtiyaç yoktur. Bu tür fiiller toplumda hemen her zaman hukuka aykırı şekilde gerçekleşir. Buna karşılık bazı fiiller genellikle hukuka uygun davranışlara benzerlik gösterirler. Örneğin, kamu görevine ait özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçu (TCK. m.264) açısından, polis üniforması ile dolaşan bir kimsenin buna hakkı olduğu sanılır. İşte bu gibi hallerde fiilin hukuka aykırı bir şekilde işlenip işlenmediğinin ayrıca tesbit edilmesi gerekir. Bu bakımdan her suçta bulunması gereken hukuka aykırılık unsuruna, kimi suçlarda ortaya çıkabilecek tereddütleri önlemek için yasada özel olarak

bir unsur özelliği kazanır. Çünkü ilgili suç tipinde fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir. Hukuka aykırılığın tipikliğe ait bir unsur özelliği kazandığı bu gibi hallerde, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi aranır<sup>86</sup>.

91. maddenin 2. fıkrasında; “(2) *Hukuka aykırı olarak*” ibaresine yer verildiği için, failin sorumlu tutulabilmesi için organ veya doku alma fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerekir. Bu sebeple suç doğrudan kastla işlenebilir. Olası kastla suçun işlenmesi mümkün değildir.

#### D- Hukuka Aykırılık

TCK.’nun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı İkinci Bölümünde, “Hukuka uygunluk sebepleri” ve “Kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler” bir arada düzenlenmiştir.

TCK.’nda hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme daha doğru bir deyimle görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın icrası (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) yer almaktadır.

2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun”; canlılardan organ ve doku alınmasını düzenlemiş ve dolayısıyla, belirtilen şartlara uyulması kaydıyla bu konuda hekim için mesleki bir hak ihdas etmiştir. Bu suretle organ ve doku nakli, mevzuatımıza hakkın icrası şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebebidir<sup>87</sup>.

yer verilmesi esas kabul edilmiştir. Bu görüşler için bkz. **Kunter**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s. 154 vd.

<sup>86</sup> Aynı doğrultuda bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.268, 269. Doktrinde bu hususta bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, şayet “hukuka aykırı olarak”, “haksız olarak” gibi ifadeler suç tipinin önünde, bütünüünün değerlendirilmesiyle ilgili ise, bu, hukuka aykırılığın suçun genel bir unsuru olduğuna işaret eden, gereksiz ve fazladan bir ibaredir. Burada kanun koyucu hakimi, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını araştırması yönünde ikaz etmektedir. Bu hukuka aykırılık kastın kapsamında mütalaa edilemez, ancak kusurlulukla ilgili olarak haksızlık bilinci açısından bu ifade bir bağlantı noktası oluşturur. Buna karşılık anılan ifadeler, münferit bir unsurun sıfatı olarak kullanılmışsa, gerçek bir tipiklik unsurudur. Bu durumda kastın bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekir. Örneğin, 244 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında yer alan “haksız bir çıkar sağlaması” ibaresi. Bkz. **Öztürk-Erdem**, n.165.

<sup>87</sup> **Gökçen**, Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler, s.64. Adalet Komisyonu görüşmelerinde “**Niyazi Güney** - Sayın Başkanım, bu ikinci fıkrada “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” ibaresi var. Hukuka uygunluk nedenleri de vardır, bir ölüden doku alma, organ alma konusunda. Kornea, DNA testi veya kamu güvenliği açısından bulaşıcı bir hastalığın tespiti açısından ölen bir kişinin bedeninden bir doku almak icap etti, hastalığın tespiti için, nasıl bir hastalık, ne gibi tedbirlerin alınması gerektiğinin anlaşılması açısından; o bakımdan, burada “hukuka aykırı olarak” ibaresinin tıpkı beşinci fıkrada olduğu gibi konulmasında yarar var diye düşünüyorum. Zira hukuka uygunluk nedenleri de vardır. Ölüdürün rızası yok, hukuken geçerli rızası yok diye, kamu güvenliği, kamu sağlığı açısından gerekli olan dokuyu alamayacak mıyız?” demiştir. Bkz: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 378 vd.

Vefat eden kişiden Kompozit doku alınması, özellik arz etmektedir.

Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan “Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi”nin 28 nci maddesinde konu ile ilgili olarak; “*Bir kadavradan kompozit dokunun alınabilmesi için potansiyel donörün sağlığında imzalamış olduğu veya donör ölümü sonrasında bağış yapmaya yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığı ayrı bir madde olarak belirtilmiş olmalıdır. Kompozit doku nakil işleminin yaşam kurtarıcı olmayan özelliği ve alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara ve buna bağlı komplikasyon ve yan etkilere maruz kalacağı göz önüne alındığında; a) Kompozit doku alıcı aday nakil işlemi yapılmadan önce mekanik ve myoelektrik protez veya ortez gibi mevcut diğer alternatifleri kullanmış olmasına rağmen veya doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik yapılan ameliyatlara rağmen tatmin olmadığı kendisi veya yasal temsilcisi tarafından yazılı olarak beyan edilmiş olmalıdır. b) Ekstremiteler veya kompozit doku alıcı adayına veya yasal temsilcisine yapılacak naklin türüne göre bilgilendirilmiş onam formu verilir. Adaya bu formu incelemesi için süre tanınır*” açıklaması mevcuttur.

### 3- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

#### A- Teşebbüs

Ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alma eylemi teşebbüse elverişlidir. Fail organ veya dokuyu almak için vücuda müdahalede bulunmuş ancak henüz organ veya dokuyu alamadan yakalanmışsa eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Fail, organ veya dokuyu almak için ölünün vücudunda yara meydana getirmiş ancak kendi iradesi ile almak eyleminden vazgeçmişse gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır. Bu halde tamamlanan eylem ölünün hatırasına hakaret kapsamında değerlendirilerek fail sorumlu tutulacaktır.

#### B- İştirak

İştirak bakımından genel hükümler uygulanacaktır.

#### C- İçtima

TCK.nun 43/1 nci maddesinde düzenlenen zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için “*bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi*” aranmaktadır. Birden fazla ölü kişiden organ veya doku alınması halinde kanaatimizce aynı kişi şartı gerçekleşmemiş olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.

2238 Sayılı Kanun’un 15 nci maddesinde; “*Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında,*



*fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur*” denilmiştir.

2238 Sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırıldığına dair TCK.da bir hüküm yoktur. Bu sebeple hem TCK.nun 91 nci maddesi hem de 2238 Sayılı Kanun’un 15 nci maddesi yürürlüktedir. TCK.nun 91 nci maddesinde düzenlemeyen hallerde 2238 Sayılı Kanun’un 15 nci maddesi uygulanmalıdır. Ancak her iki kanunun aynı anda düzenlediği hallerde TCK.nun 44 ncü maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.

#### 4- Yaptırım

Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

TCK.nun 91. maddesinin 7. fıkrasında, inceleme konusu suçla ilgili olarak tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri öngörülmüştür.

Maddede; “(7) *Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” denilmektedir. Bu sebeple suçun özel hastane veya klinikte işlenmesi halinde, hastane ruhsatının iptali gerekir.

### V- Organ veya Doku Satın Alma, Satma, Satılmasına Aracılık Etme Suçu (m.91/3)

#### 1- Genel Bilgiler

TCK.nun 91. maddesinin 3. fıkrası; “(3) *Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur*” şeklindedir.

Gerekçede; “*Üçüncü fıkrada, organ ve doku ticareti, suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi açısından kişiden veya ölüden organ veya dokunun, hukuka uygun bir şekilde alınmış olup olmamasının önemi yoktur. Burada önemli olan, organ veya dokunun para veya sair bir maddî menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır. Bu bakımdan, söz konusu suç, çok failli bir suç niteliği taşımaktadır*” açıklaması mevcuttur.

Gerekçede de belirtildiği gibi inceleme konusu düzenleme, çok failli suç niteliği taşımaktadır.

## 2. Suçun Unsurları

### A- Suçun Maddi Unsurları

#### a- Ceza Normunun Yasakladığı Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

Suç tipi satmak, satın almak veya satışı aracılık şeklindeki seçimlik hareketlerden birisinin yapılması ile tamamlanır. Satmak ve satın almak en azından suçun oluşması için iki faili zorunlu kıldığından, çok failli suç söz konusudur<sup>88</sup>.

#### aa) Satmak

Satmak sözlükte; “Bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek” anlamında kullanılmaktadır<sup>89</sup>. İnceleme konumuz suç tipi bakımından “satma”, organ veya dokunun mülkiyetini bir bedel veya ivaz karşılığında bir başkasına devretmektir. Satma eyleminin söz konusu olabilmesi bakımından taraflar arasındaki iradelerin uyuşması yeterli değildir. Zilyetliğin, bir başka anlatımla tasarruf yetkisinin de devredilmiş olması ve fiili hakimiyetin alıcıya geçmesi gerekir.

Borçlar Kanununun 207. maddesinde; “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” hükmü mevcuttur.

Organ ve doku satışı bakımından, Borçlar Kanununda aranan özelliklerin aranıp aranmayacağı hususu incelenmelidir.

Borçlar Kanununun 27. maddesinde; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*” denilmektedir. Bu hüküm dikkate alındığında, organ veya dokunun satışını konu edinen bir sözleşme batıl olacaktır. Bu sebeple satım sözleşmesinin kurucu unsurları olmasa da, bir başka anlatımla hukuki anlamda bir satımın söz konusu olmaması halinde de, “satma” fiili suç teşkil eder.

TCK.da satmak fiili suç olarak tanımlanmıştır. Satım tamamlanmamışsa suç da tamamlanmaz. Ancak kişi teşebbüsten sorumlu olur.

Satışa arz etme, bir malı satmak için ortaya koymaktır. Örneğin kişi organ veya dokusunu bir bedel karşılığında başkalarına devretmek üzere hazırlanmış ve bunu da beyan etmekte ise satışa arzdan bahsedilebilir. Satışa arz halinin somut olayın durumuna göre hazırlık hareketi mi, icra hareketi mi olduğu üzerinde durulmalıdır.

<sup>88</sup> Üzülmüş, s.132.

<sup>89</sup> Bkz: www.tdk.gov.tr

Satma fiili bir bedel karşılığında olması gerektiğinden bedel olmaksızın başkalarına verme halinde suç oluşur mu?

Organ veya dokunun herhangi bir ücret veya karşılık beklemezsizin başkasına verilmesine rıza gösterilmesi halinde kanaatimizce suç oluşmaz. Çünkü kanun koyucu bedelsiz devretmeyi suç olarak düzenlememiştir. Madde gerekçesinde de organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasının suç olduğu belirtilmiştir.

### **bb. Satın Almak**

Satın alma sözlükte, “Bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek, mübayaaya etmek” anlamında kullanılmaktadır<sup>90</sup>. İnceleme konumuzu oluşturan suç tipi bakımından satın alma, organ veya dokunun bir bedel karşılığında başkasından devralınmasıdır.

Organ veya doku, para veya sair menfaat olmaksızın kabul edilirse yine organ ve doku ticareti suçu oluşmaz. Kabul etme, organ veya dokunun zilyedliğini bedelsiz olarak almaktır.

### **cc. Satışa Aracılık Etmek**

“Aracılık etmek” sözlükte, bir işin çözümünde araya girerek yardım etmek, tavassut etmek, şeklinde tanımlanmıştır<sup>91</sup>.

Satış işlemine yardımcı olan, örneğin tarafları tanıştıran ve gerekli şartları oluşturan kişi satışa aracılık eden olarak kabul edilmelidir.

Satışa aracılık etmenin TCK.da şeriklik olarak kabul edilen “yardım etme” kapsamında değerlendirilmesi gerekirdi.

Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bu hali (yardım etme) tamamlanmış suç olarak kabul etmiştir.

### **b. Fail**

Suçun faili herkes olabilir.

Organ veya doku alan, satan veya aracılık enden kişi fail olarak sorumlu olur. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur.

### **c. Konu**

Suçun konusu fiilin yöneldiği organ veya dokudur. Organ veya doku niteliğinde olmayan bir madde alınması söz konusu ise suç tipi oluşmaz.

<sup>90</sup> Bkz: www.tdk.gov.tr

<sup>91</sup> Bkz: www.tdk.gov.tr

#### **d. Nitelikli Hal: Suçun Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenmesi**

TCK.nun 91 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında; “(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur” denilmiştir.

Organ ve doku ticareti, bakımından suçun örgütlü olarak işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir. Suçun örgütlü olarak işlenmesi suç işlemeyi kolaylaştırmakta buna karşılık mücadeleyi bir o kadar zorlaştırmaktadır<sup>92</sup>.

#### **B- Suçun Manevi Unsurları**

İnceleme konusu suç kasten işlenebilir. Suçun taksirli şekli, cezalandırılmaz.

#### **C- Hukuka Aykırılık Unsuru**

Organ veya dokuyu almak, satmak veya satışına aracılık etmek suçtur. Bu sebeple fiillerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

### **3- Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

#### **A- Teşebbüs**

Organ veya doku satma veya satın alma fiili de teşebbüse elverişlidir.

Satış için gerekli anlaşma yapılmış ancak para ya da sair menfaat temin edilmeden fail yakanmışsa fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır.

#### **B- İştirak**

Bir kişi tarafından işlenebilen suçların birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesi durumunda kişilerin sorumluluk statüleri iştirak kurallarına göre belirlenir. TCK.’nda yer alan bazı suçlar ise, kanun hükmü gereğince ya da nitelikleri icabi ancak birden fazla kişinin müşterek katılımı ile işlenebilir.

Suçun tipe uygun bir surette işlenebilmesi için birden fazla kişinin bulunmasının şart olduğu bu tip durumların “zorunlu iştirak” hali olarak nitelendirilir. Zorunlu iştirak halleri de; “çok failli suçlar” ve “zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>93</sup>.

TCK.’nda çok failli suçlara örnek olarak suç işlemek için örgüt kurma (m.220), rüşvet (m.252.), organ ve doku ticareti suçları vb. gösterilebilir.

<sup>92</sup> Arslan-Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.783.

<sup>93</sup> Konu ile ilgili olarak bkz: Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, s.665 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Sancar, T. Y., Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 25 vd.

Birden fazla kişinin fail olarak katılımının zorunlu olduğu çok failli suçlar” da; yakınsama ve karşılaşma suçları olmak üzere iki gruba ayırarak incelenir<sup>94</sup>.

Yakınsama suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılan kişiler aynı yönde hareket etmekte ve aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler<sup>95</sup>. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu açısından, fail sayısının en az üç kişi (m. 220/1), kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu açısından, kamu görevlisi sayısının en az dört kişi (m. 260/1), hükümlü veya tutukluların ayaklanması suçu açısından, fail sayısının en az dört kişi (m. 296/1), “devletin güvenliğine” veya “anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar” dan herhangi birini işlemek üzere anlaşma suçu açısından, fail sayısının en az iki kişi (m. 316) olması gerekir. Bu tür suçlarda suçun işlenişine zorunlu olarak katılması gereken kişilerin hepsi işlenen suçtan fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Bunlar arasındaki ilişki müşterek faillığe benzemektedir<sup>96</sup>.

Karşılaşma suçlarında ise, yakınsama suçlarında olduğu gibi, zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, yine aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler; fakat burada aynı gayede birleşmek üzere farklı yönlerden hareket eden faillerin suçun işlenişine yaptıkları katkılar da değişik niteliktedir<sup>97</sup>. Örneğin, inceleme konusu organ ve doku ticareti suçunda, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda (m. 188/3), biri satan, diğeri satın alan olmak üzere, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda (m. 165), birisi satan veya bağışlayan, diğeri satın alan veya kabul eden olmak üzere, rüşvet suçunda (m. 252), biri rüşvet veren, diğeri rüşvet alan olmak üzere, en az iki kişinin varlığı gereklidir<sup>98</sup>.

Çok failli suçlarla ilgili olarak bu açıklamalardan hareketle ifade edelim ki, birden fazla failin suç tipinde yer almasının zorunlu olduğu bu suçlar, suçun özel görünüş şekli değildir. Suçta birden çok failin bulunması, kanun koyucunun suç tipini ihdas ederken aradığı bir husustur<sup>99</sup>.

Bu bakımdan tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olmayan çok failli suç, iştirak halinde gerçekleştirilebilir ve TCK.’nun iştirake ilişkin hükümleri bu suçlar bakımından da uygulanır. Ancak, çok failli suçlara iştirakin söz konusu olabilmesi için, bu suçlar yönünden zorunlu olan faillerin dışında bir veya daha çok kişiye ihtiyaç bulunmaktadır. Başka bir anlatımla bireysel suçlara iştirak ile çok failli suçlara iştirak halinde uygulanacak ilke ve hükümler özünde aynıdır<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666.

<sup>95</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666.

<sup>96</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666.

<sup>97</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666.

<sup>98</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666 vd.

<sup>99</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666 vd.

<sup>100</sup> Artuk –Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.666 vd.

Bundan başka organ veya doku satma veya satın alma fiiline aracılık etme, genel iştirak kuralları dikkate alındığında yardım etme (TCK. m. 39) olarak kabul edilebilir. Ancak inceleme konusu suç bakımından aracılık eden kişi fail olarak cezalandırılacaktır. Çünkü aracılık etme, maddede seçimlik bir hareket olarak düzenlenmiştir.

### C- İçtima

2238 Sayılı Kanun'un 15 nci maddesinde; *“Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur”* denilmiştir.

2238 Sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırıldığına dair TCK.da bir hüküm yoktur. Bu sebeple hem TCK.nun 91 nci maddesi hem de 2238 Sayılı Kanun'un 15 nci maddesi yürürlüktedir. TCK.nun 91 nci maddesinde düzenlemeyen hallerde 2238 Sayılı Kanun'un 15 nci maddesi uygulanmalıdır. Ancak her iki kanunun aynı anda düzenlediği hallerde TCK.nun 44 ncü maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralları uygulanmalıdır<sup>101</sup>.

### 4- Kusurluluğu Kaldıran Hal: Zorunluluk Hali

TCK.nun 25/2. maddesine göre; *“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 verilmez”* hükmü mevcuttur. Burada düzenlenen zorunluluk hali genel hüküm niteliğindedir.

Suç tipi ile ilgili TCK.nun 92 nci maddesinde özel bir zorunluluk haline yer verilmiştir. Maddede; *“(1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir”* denilmektedir.

Madde gerekçesinde; *“Yukarıdaki maddeye göre, organ ve dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması, suç oluşturmaktadır. Kişinin kendi organ ve dokuları açısından bu fiilleri işlemesi de suç oluşturmaktadır. Ancak, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulunduru-*

<sup>101</sup> TCK.nun TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde; *“İzzet Özgenç*; Bu konuda organ ve doku alınması ve saklanması ve nakline dair kanunda ceza hükümleri bulunmakta. Bu hükümler son derece yetersiz ve şu andaki şartlar itibarıyla ihtiyaca cevap vermeyen hükümlerdir. Bu eksikliği gidermek amacıyla Ceza Kanununa bu şekilde bir suç tanımının konulması uygun görülmüştür” şeklinde beyanda bulunmuştur. Bkz: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 378 vd.

larak, hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır” açıklaması mevcuttur.

Örneğin, annesini tedavi ettirmek için zorunlu olan parayı bulamayan oğulun, ameliyat parasını temin etmek için organını para karşılığı satması. Bu durumda satan açısından kusurluluğu kaldıran bir hal söz konusu iken alan açısından fiil suç olmaya devam eder .

### 5- Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık (TCK.m.93)

Cezayı kaldıran veya azaltan şahsî sebepler, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşen hallerdir. Suçun işlenmesi sırasında kişinin cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir durum mevcut değildir. Ancak suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan bir takım haller dolayısıyla kişi ya hiç cezalandırılmamakta ya da cezasında indirim yapılmaktadır.<sup>102</sup> Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeplere örnek olarak TCK’da düzenlenen etkin pişmanlık halleri gösterilebilir.

Cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık sebebi olarak etkin pişmanlık hali bu suç bakımından TCK.nun 93 ncü maddesinde düzenlenmiştir.

TCK.nun 93 ncü maddesinde; “(1) Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilir” denilmiştir.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere sadece organ veya dokularını satan kişi açısından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

### 6- Yaptırım

Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, TCK.nun 91/1 inci fıkrasında belirtilen cezalara hükmolunur. Yani beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Özgenç, Gazi Şerhi, s. 264.

<sup>103</sup> Adalet komisyonunda yapılan görüşmelerde; “İzzet Özgenç -Üçüncü fıkrada sadece içerik bakımından değil de ifade açısından bir yanlış anlaşılmaya neden olmayı önlemek amacıyla bir değişiklik yapılmasını düşünüyoruz. Üçüncü fıkrada, “birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır” ifadesine yer vermişiz. Bu, birinci fıkranın bütününe yönelik bir yollama gibi mütalaa edilmektedir. Halbuki, orada diğer birtakım koşullar da var. Aslında, bizim burada yapmak istediğimiz yollama sadece cezayaadır. Bu nedenle, ifadeyi bu bağlamda bir değişikliğe tabi tutmayı uygun görüyoruz. O zaman, “aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur” şeklinde bir düzeltme yapılmasını uygun görüyoruz” şeklinde açıklamalar yapmıştır. Bkz: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 378 vd.

Burada suçun konusunun cezalandırma açısından önemi yoktur. Nitekim TCK.nun TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde; “**İzzet Özgenç;** *Birinci fıkrada organın veya dokunun kişiden alınması arasında bir ayırım gözetilmiştir; ama, üçüncü fıkrada bunun bir ticarî faaliyet olarak icra edilmesi ve beşinci fıkrada da bu ticarî faaliyetin yürütümüne bir katkı sağlanması söz konusudur. Bu nedenle, bu fıkralarda suçun konusunun organ veya doku olması açısından bir ayırım gözetilmemiştir, sadece belki cezanın alt ve üst sınırları arasında, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir*” şeklinde açıklamalarda bulunmuştur<sup>104</sup>.

### KAYNAKÇA

- Akıncı, Ş.**, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
- Akünel, T.**, “2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul 1983.
- Arslan, Ç.-Azizagaoglu, B.**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Artuk, E.**, Suç Genel Teorisi, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.
- Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2011, s.229 vd.
- Artuk, M.E.-Gökçen, A. -Yenidünya, A.C.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1998.
- Atabek, R.**, İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar, İHFM Yıl 1, 1935/2.
- Ayan, M.**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Ayiter, N.**, Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD 1975, C. XXXII.
- Ayiter, N.**, Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD 1968/1-2, C. XXV.
- Aykaç, M.**, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1978.
- Bafra, J.**, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu, İBD 1993/1-2, C. 67.
- Bayraktar, K.**, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun”a İlişkin Düşünceler, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 1979.
- Bayraktar, K.**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Bayraktar, K.**, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul 1998.

<sup>104</sup> Bkz: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 378 vd.



- Bilgin, A.**, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968.
- Bockelmann, P.**, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der aertzlichen Aufklaerungspflicht, NJW 1961.
- Brüggmann, W.**, Widerrechtlichkeit des aertzlichen Eingriffs und Aufklaerungspflicht des Arztes, NJW 1977.
- Cartens, T.**, Das Recht der Organtransplantation, Frankfurt am Main ua. 1978.
- Centel, N.- Zafer, H.- Çakmut, Ö.**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:I, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Cihan, E.**, Ceza Hukuku ve Çağdaş Biyomedikal İşlemler, in:Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan:Arslan Terzioğlu) İstanbul 1996.
- Coste - Floret, P.**, (Çev.: İ. Tepebaşı), Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli, AD 1970/5, C. 60.
- Dönmezer, S.,-Erman, S.**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul, 1997.
- Dural, M.**, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1987.
- Erem, F.**, Organ Nakli Hakkında Kanun, YD 1979/4.
- Eren, F.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler; C. II, Gözden geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1994.
- Erman, S.-Özek, Ç.**, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, (TCK. 448-490) (Sahir Erman), İstanbul 1994.
- Ertaş, Ş.**, Alman Hukukunda hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD, Yıl: 1.,1980/1.
- Forkel, H.**, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974.
- Geilen, G.**, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ 1968.
- Gökçen, A.**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara1994.
- Görkey, Ş.**, Bazı Ülkelerin Organ Aktarımı ile İlgili Yasalarının Aydınlatılmış Onam Açısından Değerlendirilmesi, in:Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, (Yayınlayan:Arslan Terzioğlu), İstanbul 1996.
- Hacıömeroğlu, B.**, Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli, ABD 1991/4.
- Hafizoğulları Z.**, Türk Ceza Hukuku Ders Notları 2, www.baskent.edu.tr/-zekih.
- Hafizoğulları, Z.- Özen, M.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011.

- Hilchenbach, F.**, Die Zulaessigkeit von Transplantaten nahmen vom toten Spender aus zivilrechtlicher Sicht (unter besonderer Berücksichtigung der Zustimmungsfraen), Heidelberg 1973.
- Hinderling, H.**, (Çev: **Yurtcan, E.**), Organ Aktarmalarının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, in: MHAD, S.5, İstanbul,1969.
- Hinderling, H.**, Die Organtransplantation, in der heutigen Sicht des Juristen, SJZ 1979.
- Hollmann, A.**, Das aertzliche Gespraech mit dem Patienten, Aufklaerungs- und Wahrheitspflicht, NJW 1973.
- İçel, K. - Özgenç, İ. - Sözüer, A.- Mahmutoğlu, F.S.- Ünver, Y.**, İçel Suç Teorisi, İstanbul, 1999.
- Kamay, B. T.**, Adli Tıp, C.I, Ankara, 1959.
- Kaufmann, A.**, Zur etischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie, JZ 1982.
- Kohlhaas, M.**, Neue Rechtsprobleme der Organtransplantation, NJW 1970.
- Kohlhaas, M.**, Zur Feststellung des Todeszeitpunktes Verstorbener, DMW 1993.
- Kopetzki, C.H.**, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Wien ua. 1988.
- Kramer, H.J.**, Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987.
- Kunter, N.**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949.
- Langenburg, H.**, Organtransplantation und § 159 StPO, NJW 1972, s. 320.
- Lüttger, H.**, Die Organtransplantation beim Menschen strafrechtlicher Sicht, AÜHFD, 1978/1-4, C. 35.
- Lüttger, H.**, Neue Probleme um den Todesbegriff im Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, AÜHFD, 1971/1-4, C. XXVIII.
- Önder, A.** Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Öner, C.**, Beyin Ölümü ve Organ Transplantasyonu, Tıbbi Etik Yıllığı, V, 16 Mart 1995'te düzenlenen II. Tıbbi Etik Sempozyumuna Sunulan Bildiriler, Yayınlayan:Arslan Terzioğlu, İstanbul 1996.
- Özdemir, S.**, Organ ve Doku Nakli ile İlgili Hukuki Gelişmeler, YD 1976/1-4, C. 2.
- Özbek, V.Ö.-Kanbur, M.N.- Doğan, K.- Bacaksız, P.-Tepe, İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Öztan, B.**, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1990.
- Öztürel, A.**, Adli Tıp, Ankara 1983.

- Öztürel, A.**, Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri, AÜHFD, 1973/1-4, C. XXX.
- Öztürk, B.- Erdem, M. Ruhan- Özbek, V. Ö.**, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 1998.
- Polat, Oğuz**, Adli Tıp Ders Kitabı, İstanbul 1997.
- Rieger, H.J.**, Aufklärung des Patienten über Behandlungsfehler, DMW 1986.
- Samson, E.**, Legislatorische Erwägungen zur Rechtsfertigung der Explantation von Leichteilen, NJW 1974.
- Sancar, T. Y.**, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.
- Sarial, E. M.**, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986.
- Schönig, R.**, Zur Feststellung des Todeszeitpunktes, NJW 1968.
- Schreiber, H.L.**, Kriterien des Hirntodes, JZ 1983.
- Soyaslan D.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012.
- Terzioğlu, A.**, Organ Transplantasyonu ve Etik, in: Tıbbi Etik Yıllığı,III, 14-18 Ekim 1993'te düzenlenen 1.Uluslararası Tıp Tarihi ve Deontoloji Kongresine sunulan Deontoloji ile ilgili bildiriler. Yayanlayan, Arslan Terzioğlu, İstanbul 1994.
- Toroslu N.**, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD, C.XXXV, 1978 S.1-4, Ankara 1981.
- Tress, P.**, Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, Mainz 1977.
- Trockel, H.**, Die Rechtfertigung aerztlicher Eigenmacht, NJW 1970.
- Ulsenheimer, K.**, Zur Zivil - und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judicatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, MedR 1992/3.
- Üzülmez, İ.**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013.
- Yaşar, O.- Gökcan, H.T.-Artuç, M.**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:3.
- Zevkliler, A.**, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İzmir 1992.
- Zevkliler, A.**, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD/1.



# EĞİTİMDE ANADİLİN YERİ: ULUSLARARASI BELGELER VE YENİ ANAYASA<sup>1</sup>

## *(Position of the Mother Tongue in Education: International Instruments and New Constitution)*

Sibel İNCEOĞLU\*

### ÖZET

Eğitimde anadilin yeri Türkiye’de 2011 sonu başlayan yeni Anayasa sürecinde önemli bir tartışma noktasıdır. Anadilde eğitim anadilin öğreniminden farklıdır. Anadilin öğrenimi, dilin gramer ve diğer özelliklerinin öğrenimi için ders verilmesi anlamına gelirken, anadilde eğitim, eğitim sürecindeki bütün derslerin etnik grupların kendi dillerinde olmasını içerir. Anayasanın 42. Md’si gereğince bugün bu mümkün değildir. Anadilde eğitim talebi ele alınırken, azınlık gruplarının toplumla entegrasyon problemi göz ardı edilemeyecek bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bütün eğitim sürecinin anadilde olması resmi dilin öğrenilmesini güçleştirebilir ve herkesin ortak bir dili kullanamamasından dolayı toplumun bir arada yaşama sorunları ortaya çıkabilir. Bu noktada toplumun büyük bir çoğunluğunun konuştuğu resmi dilin azınlık gruplarınca da iyi öğrenilmesi ihtiyacına cevap verecek seçeneklerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda eğitimde azınlık gruplarının talepleri ile birlikte yaşamının gerekleri arasındaki dengeyi gözeten diğer bir deyişle çift dilli eğitime dayanan karma modeller üzerinde durmak gerekecektir. Bu nedenle yeni Anayasanın yapım sürecinde 42. md üzerinde Meclis’te derin tartışmalar yapılacağı aşikardır. Söz konusu tartışmaların yürütülmesi sırasında azınlıklarla ilgili uluslararası belgelerin sunduğu alternatifler üzerinde durmak yararlı olacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Anadilde eğitim, Anadilin öğrenimi, Azınlık dili, Yeni anayasa.

<sup>1</sup> Bu makale 04.02.2012 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Yeni Anayasa Çalıştay’ında “Eğitim Hakkı ve Anadil Eğitimi” başlıklı oturumda sunulmuş tebliğin güncellenmiş ve geliştirilmiş halidir. Tebliğdeki görüşlerimin bir kısmı İstanbul Üniversitesi’nin TBMM’ye sunduğu Yeni Anayasaya ilişkin görüşünde şahsıma atıf yapılmaksızın yer almıştır.

\* Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### Abstract

Position of the mother tongue in education is an important discussion subject in the Constitution making process that started at the end of 2011. Education in the mother tongue is different than teaching of the mother tongue in education. Whereas teaching of mother tongue (or minority language) in education means teaching of the grammar and other features of that language. education in mother tongue means a curriculum according to which all subjects are taught in mother tongue of that ethnic group. Article 42 of the current Constitution does not allow this. When discussing the demand for education in the minority language, integration of the minority groups comes up as an issue that cannot possibly be ignored. That is because a curriculum that is entirely in the mother tongue of the minority group can make teaching of the official language more complicated, thus resulting in a society where its members do not speak a common language, problems regarding peaceful coexistence can be arose. At this point, alternative solutions for better teaching of the official language that the majority of the people speak to the minority groups must be considered. In that sense, mixed model education systems, in another words bilingual education which balance the demands of the minority groups and the need for living together in an integrated society must be emphasized. For this reason, in-depth discussions over Article 42 will obviously take place in the National Assembly during the constitution making process. During these discussions it will be helpful to dwell on the alternatives in the international instruments on minorities.

**Keywords:** Education in the mother tongue, teaching of the mother tongue, minority language, new constitution.

### Giriş

Eğitimde anadilin yeri tartışılırken iki ayrı kavram kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi *anadilde eğitim*, ikincisi ise *anadilin öğrenimi* ya da diğer bir ifadeyle anadil eğitimidir. Birinci kavram eğitim dili olarak anadilin kullanımını ifade etmektedir, diğer bir deyişle eğitim müfredatındaki derslerin bir kısmının ya da tamamının azınlıkların anadilinde yapılması anlamına gelmektedir. İkinci kavram ise anadilin ve edebiyatının sadece seçimlik dersler yoluyla okulda öğretilmesini içermektedir.

Anadilin öğretilmesi özellikle göçmen azınlıklar bakımından entegrasyonun kolaylaştırılmasında, diğer bir deyişle anadili farklı olan çocukların topluma tedrici intibaklarının sağlanması ve resmi dili daha iyi öğrenebilmeleri açısından çoğunlukla benimsenen bir yöntemdir.<sup>2</sup> Anadilde eğitim ise daha çok dili resmi dil olarak

<sup>2</sup> Bkz. Mustafa Koçak, *Çok Kültürlülük Açısından Dil Hakları*, Liberte yay., Ankara 2010, s. 334-335.

kabul edilmemiş olan ulusal azınlıkların<sup>3</sup> talebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Birden fazla dil resmi dil olarak kabul edilmiş olan ülkelerde resmi diller zaten aynı zamanda eğitim dili olduğundan,<sup>4</sup> bu ülkelerde anadilde eğitim talebi daha çok üyesi oldukları dilsel topluluğun yaşadığı bölgelerin dışında yaşayanlar bakımından bir sorun oluşturmaktadır.<sup>5</sup> Sadece çoğunluk dilini resmi dil olarak benimseyen ülkelerde ise anadilde eğitim talebi ulusal azınlığın anadilinin canlandırılması ve geliştirilmesi ile kültürün korunması ve geliştirilmesi talebini de içermektedir. Çoğunluk dilinin hakimiyetinin asimile edici etkilerinden korunma amacı bu talebi tetiklemektedir.

Dünyada mevcut dillerin sayısı hakkında kesin bir tespit yapmak mümkün olmamakla birlikte, altı binin üzerinde olduğu tahmin edilmektedir.<sup>6</sup> Bu dillerin yarısına yakını tehlike altındadır, diğer bir deyişle bu dilleri konuşanların sayısı giderek azaldığı için kaybolma riski bulunmaktadır.<sup>7</sup> Sayı bakımından çok az kişi tarafından konuşuluyor olmamasına rağmen üç bin civarındaki dilin tamamı resmi dil olarak benimsenmemiştir. Devletlerin çoğunluğu sadece bir tek dili, o ülke topraklarında yaşayan toplumun çoğunluğunun konuştuğu dili resmi dil olarak benimsemiştir.<sup>8</sup> Ancak 67 kadar ülke birden fazla dili ulusal düzeyde resmi dil olarak benimsemektedir.<sup>9</sup> Anadilin sayısı binlerle ifade edilirken, resmi dil sayısının sadece mevcut devlet sayısının biraz üzerinde olması, eğitimin dili meselesinin yalnızca Türkiye bakımından değil bütün devletler için ciddi bir konu olduğunu bize işaret etmektedir.

Eğitimin dili bir yönüyle çocuğun kültürel kimliğinin, kişiliğinin ve kendisine saygısının geliştirilmesi bakımından önem arz eder, diğer yandan çocuğun haklardan yararlanabilmesi, toplumsal ve ekonomik yaşama etkili katılımı bakımından da tartışılması gereken yönleri vardır. Bu nedenle anadil ve eğitim ilişkisi insan hakları perspektifinden ele alınması gereken bir konudur.

<sup>3</sup> Ulusal azınlık kavramının tanımı konusunda tam bir görüş birliği olmamakla birlikte, "ulusal azınlık", "göçmen azınlık" kavramları için bkz. Koçak, s. 344-354.

<sup>4</sup> Farklı yöntemler benimse de Kanada, İsviçre ve Belçika buna örnek verilebilir.

<sup>5</sup> Örneğin Belçika. Kanada ise İngilizce veya Fransızca konuşanların belirli bir yerde yeterli sayıya ulaşmaları durumunda kendi anadillerinde eğitim almalarını güvence altına alarak bu sorunu aşmıştır. Haklar ve Özgürlükler Kanada Şartı md 23.

<sup>6</sup> Bkz. *Atlas of the World's Languages in Danger*, UNESCO 2011, s. 4. *Education in a Multilingual World*, UNESCO 2003, s. 12. <http://www.bbc.co.uk/languages/guide/languages.shtml>. Ayrıca Bölgelere göre dünya dilleri haritası için bkz. <http://www.ethnologue.com/world>; Dili konuşanların sayısı için bkz. <http://www.ethnologue.com/statistics/size> (Erişim: 02.01.2012).

<sup>7</sup> *Atlas of the World's Languages in Danger*, s. 4, 6. *Language Vitality and Endangerment*, (Ad Hoc Expert group on Endangered Languages), UNESCO 2003, s. 1 vd. *The International Year of Languages*, UNESCO 2008, s. 1 vd.

<sup>8</sup> *Education in a Multilingual World*, s. 13-14. Anayasalarında birden fazla resmi dile yer veren devletlerle ilgili bilgi ve bu devletlerde resmi dillerin düzenleniş biçimi bakımından bkz. Olgun Akbulut, "Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenlenişi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 (102), s. 129-136.

<sup>9</sup> Resmi dillerle ilgili bilgi için bkz. <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2098.html> (Erişim: 20.08.2013).

Eğitimde anadilin yeri bakımından insan haklarına ilişkin sözleşmelere bakıldığında Global seviyedeki sözleşmeler ve Bölgesel düzeydeki sözleşmeler olarak ikili bir ayırım yapmak gerekir. Global düzeydeki sözleşmeler bir Bölgesel örgüt olan Avrupa Konseyi çerçevesinde akdedilen sözleşmelere kıyasla eğitimde dil hakları bakımından daha mütevazı bir yaklaşım içindedir.

### 1) Global Düzeyde Uluslararası Belgelerin Yaklaşımı

Eğitimin dili meselesi İkinci Dünya Savaşının hemen ardından hazırlanan uluslararası belgelerde temkinli yaklaşılan bir konudur. 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 26. md'sinde parasız ilköğretim hakkından söz edilmesine rağmen anadilini öğrenme hakkı veya eğitimin dili konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Bildirgenin yapılış sürecinde hazırlanan taslaklarda, "toplumun çoğunluğundan ırk, dil veya din bakımından ayrılan kişiler anlamlı bir sayıya ulaştığında, bu kişilere okul ile kültürel ve dini kurumlar kurma ve bu kurumları koruma hakkının verileceği" belirtilmekteydi.<sup>10</sup> Bu öneri Bildirgenin bireysel niteliği ön plana çıkarılarak reddedildi.

Fakat on yıla yakın bir süre sonra eğitimde dil haklarına ilişkin olarak kademeli bir gelişme başladığı görülmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütünün 1957 tarihli 107 sayılı Sözleşmesi, Kabile ve Yerli Halklara ilişkindir. Kabile ve Yerli Halklarının kendi anadillerinde eğitilme haklarından söz eder.<sup>11</sup> UNESCO'nun Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşmesi<sup>12</sup> (1960) md 5/1-c'de "ulusal azınlık üyelerinin eğitim faaliyetlerini tanımaktan" söz eder. Eğitim faaliyetleri içine okul kurma, her ülkenin eğitim politikasına bağlı olarak, kendi dillerini kullanma veya öğrenme de girmektedir. Bununla birlikte i bendinde "bu hak söz konusu azınlık mensuplarının, bir bütün olarak toplumun kültür ve dilini anlamalarını ve topluluğun faaliyetlerine katılmalarını engelleyecek veya ulusal egemenliğe hanel getirecek tarzda kullanılamaz" denmektedir. UNESCO Sözleşmesinin hükümleri ürkek ve sınırlıdır. Birincisi "ulusal azınlık" kavramının tanımı çok net değildir. İkincisi eğitim faaliyetinin devlet tarafından sağlanmasını öngörmemekte, finansmanını azınlıklara bırakmaktadır. Üçüncü olarak eğitimde ulusal azınlıkların özel okullarında okutulacak dilin seçimi "her ülkenin eğitim politikasına" bağlanmıştır. Ayrıca ulusal egemenliğe zarar vermeme ve toplumun dilini anlama gibi koşullar da yer almaktadır. Dolayısıyla

<sup>10</sup> Bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NG9/000/25/PDF/NG900025.pdf?OpenElement> (04.06.1947) (Erişim: 12.01.2012); <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/011/01/PDF/GL901101.pdf?OpenElement> (17.12.1947), (Erişim: 12.01.2012); <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/001/66/PDF/GL900166.pdf?OpenElement> (21.05.1948) (Erişim: 01.02.2012).

<sup>11</sup> [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:CON,en,C107,%2FDocument](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,en,C107,%2FDocument); (Erişim: 03.02.2012).

<sup>12</sup> [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=12949&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (Erişim: 03.02.2012).



düzenleme daha çok belirli sınırlara tabi olarak eğitimde anadilin kullanımına izin verme yönünde bir anlayışı yansıtmakta, devlete mali anlamda bir pozitif yükümlülük getirmekten kaçınmaktadır.

1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi md 27 dilsel azınlıkların bulunduğu ülkelerde, bu *azınlıklara mensup kişilerin kendi kültürünü yaşamasına ve kendi dilini kullanmasına engel olunamaz* demektedir. Fakat eğitim konusunda sessizdir. Bununla beraber bu hükmün en azından azınlıkların özel okullarını ve bu okullarda okutulan dili koruduğu kabul edilmektedir.

1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ise 13 ve 14. md'lerinde eğitim hakkından söz eder. Bu iki hükümden ilköğretimin parasız olması zorunluluğu ortaya çıkmakla birlikte, hükümlerde eğitimin dili konusunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi son yıllarda, Sözleşmeye taraf ülkelere yönelik Nihai Gözlemlerinde azınlıklara anadillerinde eğitimin geliştirilmesi ve/veya anadillerini okulda öğrenme (anadil eğitimi) imkanı sağlanması konusunda tavsiyelerde bulunmaktadır. Örneğin Yunanistan (2004), Trakya'da yaşayan Türkler için mevcut okulların yetersizliği ve Trakya dışında ise ilk ve ortaöğrenim okulu bulunmaması bakımından eleştirilmiştir. Diğer azınlıklar bakımından da dillerini okulda öğrenme olanaklarının bulunmaması eleştiri noktalarından biridir.<sup>13</sup> Benzer raporlar Guatemala (2003)<sup>14</sup> ve Ekvator'daki (2004)<sup>15</sup> Yerli Halklar için de bulunmaktadır. Sırbistan'daki (2005) Romanlarla ilgili olarak, azınlık dilinde eğitim veren öğretmenlerin azlığı eleştirilmiş ve artırılması önerilmiştir.<sup>16</sup>

Benzer şekilde 1966 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi de açıkça anadilde eğitime yer vermemesine rağmen, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi sayısız Nihai Gözlemlerinde özellikle 1990'lardan itibaren çift dilli (anadil ve resmi dil) eğitimi desteklemekte ve tavsiye etmektedir. Meksika (1995, 1997),<sup>17</sup> Rusya (1996),<sup>18</sup> Polonya (1997),<sup>19</sup> Hollanda (1998),<sup>20</sup>

<sup>13</sup> [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.97.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.97.En?Opendocument) (Erişim: 14.01.2012).

<sup>14</sup> [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.93.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.93.En?Opendocument) (Erişim: 14.01.2012).

<sup>15</sup> <http://www.refworld.org/publisher,CESCR,CONCOBSERVATIONS,ECU,4153f9044,0.html> (Erişim: 14.01.2012).

<sup>16</sup> [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.93.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.93.En?Opendocument) (Erişim: 14.01.2012).

<sup>17</sup> <http://www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-18.htm> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>18</sup> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=category&category=&publisher=&type=&coi=&docid=3ae6af4b24&skip=0;> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3f4a07c17&skip=0&query=Committee> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>19</sup> <http://www.refworld.org/category,COI,CERD,,POL,3ae6af3718,0.html> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>20</sup> <http://www.refworld.org/publisher,CERD,,NLD,3f4a07c60,0.html> (Erişim: 15.01.2012).

Ermenistan (1998),<sup>21</sup> Slovakya (2004),<sup>22</sup> Kazakistan (2004),<sup>23</sup> Arjantin (2004),<sup>24</sup> Venezüella (2007),<sup>25</sup> Fransa (2005),<sup>26</sup> Azerbaycan (2005)<sup>27</sup> ve Türkiye'ye (2009)<sup>28</sup> yönelik Komite Gözlemleri örnek olarak gösterilebilir.

1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>29</sup> md 29/c, çocuğun eğitiminin amaçlarından biri olarak şunu göstermektedir: "... kendi kültürel kimliğine, diline ve değerlerine, ...saygısını geliştirmesi". Aynı Sözleşmenin 30. md'sinde ise "etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların veya yerli kökenli kişilerin mevcut bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup veya yerli olan çocuk, kendi grubunun diğer üyeleriyle birlikte toplu olarak kendi kültüründen yararlanma, ...kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz" denmektedir.

BM Ulusal, Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Bildirgesi'nin<sup>30</sup> 4. md'si ise daha net bir yaklaşım sunmaktadır. Devletlerin, mümkün olduğunca, azınlıklara mensup kişilerin kendi ana dillerini öğrenmeleri ya da kendi ana dillerinde eğitim görmeleri için yeterli olanaklara sahip olmalarını sağlayacak uygun önlemleri almaları, diğer bir deyişle Devletlerin aktif rol oynamaları gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca Bildirge aynı maddenin 4. fıkrasında "devletler, uygun olduğunda, kendi ülkeleri içinde bulunan azınlıkların, tarih, gelenek, dil ve kültürlerine ilişkin bilgi almalarını teşvik etmek için eğitim alanında önlemler almalıdırlar" diyerek, devletlerin sadece negatif yükümlülük değil pozitif yükümlülük altında olduklarını da vurgulamaktadır. Bildirge hukuki yönden bağlayıcı olmamakla birlikte, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi moral bağlayıcılığa sahiptir, ayrıca ileride hukuki olarak bağlayıcı bir Sözleşmenin hazırlanabilmesine kaynaklı edebilecek niteliği nedeniyle önemsiz addedilemez.

<sup>21</sup> <http://www.refworld.org/publisher,CERD,,ARM,3f4a07c79,0.html> (Erişim: 15.01.2012)

<sup>22</sup> <http://www.refworld.org/country,,CONCOBSERVATIONS,SVK,,42d267ee4,0.html> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>23</sup> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=42d265264&skip=0&query=discrimination&coi=KAZ> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>24</sup> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=42d25e894&skip=0&query=discrimination&coi=ARG> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>25</sup> <http://www.refworld.org/country,COI,CERD,CONCOBSERVATIONS,VEN,,461ba9212,0.html> (Erişim: 15.01.2012).

<sup>26</sup> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=42de63e14&skip=0&query=discrimination&coi=FRA> (Erişim: 16.01.2012).

<sup>27</sup> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=42de65474&skip=0&query=discrimination&coi=AZE> (Erişim: 16.01.2012).

<sup>28</sup> <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=49e5ceb72&skip=0&query=Committee on the Elimination of Racial Discrimination &coi=TUR> (Erişim: 16.01.2012).

<sup>29</sup> <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (Erişim: 03.02.2012)

<sup>30</sup> <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r135.htm> (Erişim: 03.02.2012)

## 2) Avrupa Konseyi Belgeleri

Bölgesel bir yapılanma olan Avrupa Konseyi çerçevesinde yapılan uluslararası sözleşmeler, anadilin öğrenilmesi ve eğitimde anadil konusunda Global düzeyde yapılanlardan daha ileri bir noktadadır. Elbette Avrupa Konseyi çerçevesinde hazırlanan en eski Sözleşmelerden biri olan 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde eğitim hakkından söz edilmemiştir. Fakat 1952 tarihli 1 No'lu Ek Protokol 2. md'sinde eğitim hakkına yer verir, bununla birlikte Protokol'deki eğitim hakkı anne – babaya eğitimin dilini belirleme yönünde bir hakkı tanımlamaz. Maddede “hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” biçiminde devlete negatif bir yükümlülük yüklenmiştir. Devamında ise “ana-babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına devlet saygı gösterir” denmektedir. Elbette bu hakkın Sözleşmedeki ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin 14. md ile veya özel yaşama koruma getiren 8. md ile birlikte değerlendirilmesini talep eden çeşitli yorumlar ve başvurular yapılmıştır.<sup>31</sup>

İlk olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) 1968 tarihli *Belçika Dil* davasında 1. Ek Protokol md 2 ile 8 ve 14. md'leri birlikte değerlendirmiş fakat ihlal bulmamış ve devletin eğitim dilini belirlemede serbest olduğu yönünde yorum yapmıştır. Mahkeme eğitim hakkını düzenleyen maddenin kişiye istediği dilde eğitilmesini isteme hakkını vermediği görüşünü dile getirmiştir.<sup>32</sup>

Bununla birlikte 90'lı yılların sonlarından itibaren bu anlayışta bir miktar değişim olduğundan söz etmek mümkündür. Örneğin *Stankov, Trayanov, Stoychev, Mechkarov, Ilinden ve diğerleri – Bulgaristan* (1996) davasında İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ilginç bir tespit yapmıştır. Makedonya kökenli Bulgar vatandaşları Makedonya'da kendi anadillerini öğrenme ve öğretme hakları bulunmadığından şikayetçi olmuşlardır. Komisyon belirli bir dilde eğitim hakkının veya devletten belirli bir tür eğitim kurumu yaratmasını talep etme hakkının Ek Protokol'ün 2. md'sinden çıkarılamayacağını belirlemiştir. Bununla beraber şu tespiti de yapmıştır: “Ayrıca, başvurucular Makedonya dilini özel okullarda okutmak için bir engel olduğunu veya bu tür okullar açmak için bir yasak bulunduğunu, bu nedenle kendilerine yönelik ayrımcılık yapıldığını gösterememişlerdir”.<sup>33</sup> O halde bu tespitten şu sonuç çıkarılabilir: *Sözleşme devlete anadilde eğitim veya anadilin öğrenimine ilişkin*

<sup>31</sup> İHAM kararlarında eğitimin dili konusunda bkz. Olgun Akbulut, “Eğitim Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Sibel İnceoğlu (editör), Avrupa Konseyi yay., 2. b. Beta., İstanbul 2013, s. 538-539. Osman Doğru-Atilla Nalbant, *İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli kararlar*, C. 2, Avrupa Konseyi yay., s. 769-770. Ayrıntılı bilgi için bkz. Olgun Akbulut, *Barış İçinde Birlikte Yaşamın Hukuk Zeminini*, On İki Levha yay., İstanbul 2008, 171-181.

<sup>32</sup> *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* v. *Belgium*, (Belçika'da Eğitim Dili Davası), Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, s. 29-32, para. 6-11.

<sup>33</sup> *Stankov, Trayanov, Stoychev, Ilinden, Mechkarov and others v. Bulgaria*, Appl. No. 29221/95, 29222/95, 29223/95, 29225/95, 29226/95, 21.10.1996, para. 11.

*mali anlamda bir pozitif yükümlülük yüklememekle birlikte, bu konularda yasak getirilmesi ayrımcılık yasağı bakımından bir ihlal yaratabilir, diğer bir deyişle devletin bu noktada negatif yükümlülüğünden söz etmek mümkündür.*

2001 tarihli *Kıbrıs-Türkiye* davasında ise İHAM eğitim dili konusundaki yaklaşımının farklı bir yola evrilebileceği yönünde biraz daha ileri ipuçları vermiştir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde anadili Rumca olan çocuklar ilköğretimi Rumca okuyabilmekte, fakat Rumca eğitim veren ortaöğretim okulları kapatıldığı için sonraki eğitime İngilizce veya Türkçe devam etmek zorundadırlar. Bu durumda çocukların Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'ne giderek okumalarını İHAM gerçekçi bir çözüm olarak görmemiş, aynı dilde eğitim almalarının engellenmesinin eğitim hakkının özünü reddetmek anlamına geldiğini belirtmiştir.<sup>34</sup>

İHAM'ın daha sonraki başka bir kararında ise anadilde eğitim hakkının İHAS'a Ek Protokol md 2'den çıkarılamayacağı tekrarlanmakla birlikte içerik tartışmasına girilmeksizin usuli yönlerden başvuru reddedilmiştir. Belçika'da Eğitim Dili davasına atıf yapılması kuşku yaratsa da İHAM'ın bu konudaki yaklaşımında bir geriye dönüş yaşandığı sonucuna varılması güçtür. *Skender - Makedonya* kararlarında bir Türk kökenli Makedonya vatandaşının başvurusu değerlendirilmiştir. Başvurucunun yaşadığı bölgede Türkçe eğitim veren ilköğretim okulu yoktur. Başvurucunun büyük kızı yaşadığı bölgenin yakınındaki başka bir bölgede Türkçe eğitime başlamıştır. Fakat kısa süre içinde, öğrencilerin ancak yaşadığı bölgedeki okullardan eğitim alabileceği kurala bağlanmış ve okul yönetimi farklı bölgeden gelen başvurucunun kızını kabul edemeyeceğini bildirmiştir. Başvurucunun küçük kızı da daha sonra bu okula kaydolamamıştır. İHAM bu konuya ilişkin kısmi kabul edilebilirlik kararında başvurucunun büyük kızına ilişkin değerlendirme yaparken *Belçika'da Eğitim Dili* davasındaki yaklaşımını tekrar etmiş, ardından içerik bakımından tartışmaya girmeksizin, 1 Nolu Ek Protokolün 2. md'si ve İHAS'ın 14. md'sinin ihlal edildiği iddiasını başvuru bu konuda iç hukuk yollarını tüketmediği için kabul edilebilir bulmamıştır. Küçük kıza ilişkin başvuruyu ise daha detaylı incelemek üzere kabul edilebilir bulmuştur.<sup>35</sup> İHAM başvurucunun küçük kızına ilişkin detaylı inceleme yaptığı ikinci kararında ise mevzuat yasal bir güvence vermese de başvurucunun kızının yaşadığı bölgede Türkçe eğitim almasına olanak tanıyan fiili önlemler 1999'dan sonra alınarak eğitimine devam etmesi sağlandığı için mağdurluk statüsü olmadığından ve aynı zamanda iç hukuk yolları tüketilmediğinden kabul edilemezlik kararı vermiştir.<sup>36</sup>

İHAM 2012 yılında verilen *Catan ve diğerleri – Moldova ve Rusya* kararı ile ise *Kıbrıs – Türkiye* kararındaki yaklaşımını tekrarlamıştır. Mahkeme, Transnistria'da Moldova dilinde ve Latin alfabesiyle eğitim veren okulların engellenmesini Moldo-

<sup>34</sup> *Cyprus v. Turkey*, Appl. No. 25781/94, 10.05.2001, para. 278-280.

<sup>35</sup> *Fatmir Skender v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Appl. No. 62059/00, 22.11.2001.

<sup>36</sup> *Fatmir Skender v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Appl. No. 62059/00, 10.03.2005.

va dili ve kültürünün Ruslaştırılması olarak görmüş ve Rusya bakımından ihlal kararı vermiştir.<sup>37</sup> Bu karar eğitimde dil meselesinin İHAM'ın gündemini daha uzun süre meşgul edeceğini göstermektedir. Özellikle anadilde eğitim veren mevcut okulların sonradan kapatılması ya da erişiminin engellenmesi durumlarında İHAM'ın eğitim hakkı bakımından ihlal kararı verme ihtimalinin güçlendiği söylenebilir.

1990'lı yıllarda Avrupa Konseyi çerçevesinde önemli gelişmeler olduğunu gözden kaçırmamak gerekmektedir. Yürürlüğe giren iki uluslararası belge açıkça azınlık dilinin öğrenilmesi ve azınlık dilinde eğitim kavramlarına yer vermişlerdir. 1992 tarihli Avrupa Azınlık ve Bölgesel Diller Şartı'nın<sup>38</sup> 8 md'si eğitimi düzenlemektedir. Sözü edilen madde okul öncesi eğitim bakımından bu kademedeki eğitimin ya tamamının ya da önemli bir kısmının azınlık dilinde olmasını önerir. İlköğretim bakımından eğitimin azınlık dilinde olmasını veya eğitimin önemli bir kısmının azınlık dilinde olmasını ya da azınlık dilinin öğretilmesinin müfredatın bir parçası olmasını seçenekli olarak sunar. Ortaöğretim ve mesleki eğitim bakımından da benzer şekilde seçenekli şıklar sıralanmıştır. Ancak Şart'ın genel yaklaşımı azınlıklara hak sağlamak değildir, azınlık dilinde eğitim hakkı düzenlenmemekte, eğer devletler konu hakkında önlemler almak isterlerse alınabilecek önlemleri sıralamaktadır.

Eğitimde anadilin yeri meselesi Avrupa Konseyi belgelerinden biri olan 1995 tarihli Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşmesi'nde<sup>39</sup> de vardır. Sözleşme'nin 13. md'si " taraflar, kendi eğitim sistemleri çerçevesinde, ulusal azınlıklara mensup fertlere kendilerine özgü özel eğitim ve yetiştirme kurumlarını kurma ve yönetme hakkını tanıyacaklardır" (1. fkr) demektedir. İkinci fkr "bu hakkın kullanılması Taraflar için herhangi bir mali yükümlülük getirmeyecektir" diyerek devletin mali anlamda bir pozitif yükümlülük yüklenmeden azınlıkların özel okullar kurma hakkını engellememesi gerektiğini belirtmektedir. 14. md'si " taraflar bir ulusal azınlığa mensup her kişinin kendi azınlık dilini öğrenme hakkına sahip olduğunu tanımayı taahhüt eder" (1. fkr) demektedir. Bu hükme ilişkin açıklayıcı rapor<sup>40</sup> devlete mali nitelikte pozitif eylem yüklenmediğini belirterek (para. 74) devletlerin mali anlamda bir pozitif yükümlülük üstlenmediklerini belirtmektedir. Yine aynı maddede şu ifade yer almaktadır: "ulusal azınlıklara mensup kişiler tarafından geleneksel olarak yerleşilmiş bulunan veya bunların kayda değer sayı oluşturdukları yerlerde, *yeterli talep olması halinde, Taraflar kendi eğitim sistemleri çerçevesi içinde ve mümkün olduğu ölçüde* bu azınlıklara mensup olan kişilerin, kendi azınlık dillerini öğrenmeleri veya bu dilde eğitim almaları için yeterli olanaklara sahip ol-

<sup>37</sup> *Catan and others v. Moldova and Russia*, Appl. No. 43370/04, 8250/05, 184454/06, 12.10.2012, para. 144, 150.

<sup>38</sup> European Charter for Regional or Minority Languages, dated 05.11.1992, CETS No. 148. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/148.htm> (Erişim: 05.01.2012).

<sup>39</sup> Framework Convention for the Protection of National Minorities, dated 01.02.1995, CETS No. 157. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/157.htm> (Erişim: 05.01.2012).

<sup>40</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/157.htm> (Erişim: 05.01.2012).

malarını temin etmeye *çaba göstereceklerdir*"(2. fkr). Diğer yandan 14. md'nin son fkr'sı, "2. fkr'nın uygulanmasının resmi dilin öğrenilmesine veya bu dilde eğitime zarar vermeyecektir" diyerek resmi dilin öğrenilmesi ve kullanılmasının önemini vurgulamaktadır.

1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı 1996'da gözden geçirilmiş ve ilk halinde mevcut olmayan eğitim hakkına 17. md'de yer verilmiştir. Söz konusu madde Akit Tarafalara parasız ilk ve ortaöğretim sağlama yükümlülüğü vermektedir. Bunun yanı sıra 19. md'de "çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkının etkili kullanımını sağlamak için taraf devletler göçmen olarak çalışan kişinin çocuklarına elverişli olduğu ölçüde göçmen olarak çalışan kişinin ana dilinin öğretilmesini teşvik etmeyi ve bunu kolaylaştırmayı taahhüt ederler" denmektedir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Sonuç raporlarıyla ülkelerin uygulamalarını takip etmektedir ve bu konuda önlem alınmasını teşvik etmektedir. Bulgaristan (2003),<sup>41</sup> İsveç (2005, 2002),<sup>42</sup> İtalya (2002),<sup>43</sup> Estonya (2004, 2006),<sup>44</sup> Kıbrıs (2004),<sup>45</sup> Slovenya (2006),<sup>46</sup> Norveç (2006)<sup>47</sup> hakkındaki Sonuç raporlarına bakıldığında elverişli olduğu ölçüde anadilin öğretilmesi, yeterli talep ve yeterli sayıda öğrenci bulunması kaydına bağlı olarak ülkelere tavsiye edilmekte ve bu konudaki eksiklikler eleştirilmektedir.

### 3) Uluslararası Belgelerden Çıkarılabilecek Genel Sonuçlar

Genel olarak son yıllardaki bildirgelerin, uluslararası sözleşmelerin ve sözleşmeler çerçevesindeki mevcut denetim ve izleme mekanizmalarının yaklaşımlarına bakıldığında birkaç tespiti yapmak mümkündür:

Birincisi devletin anadilin öğrenilmesini engellememe yükümlülüğü vardır (negatif yükümlülük).

İkincisi devlet, azınlığa mensup kişilerin kendi özel eğitim ve öğrenim kurumu kurma ve yönetme hakkını engellememelidir (negatif yükümlülük).

<sup>41</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Bulgaria2003\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Bulgaria2003_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

<sup>42</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/Year/2002\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/Year/2002_en.pdf); [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Sweden2005\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Sweden2005_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

<sup>43</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/Year/2002\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/Year/2002_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

<sup>44</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Estonia2004\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Estonia2004_en.pdf); [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Estonia2006\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Estonia2006_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

<sup>45</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Cyprus2004\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Cyprus2004_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

<sup>46</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Slovenia2006\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Slovenia2006_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

<sup>47</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Norway2006\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/Norway2006_en.pdf) (Erişim: 06.01.2012).

Üçüncüsü anadilin öğrenimi veya anadilde eğitimin devlet tarafından finanse edilmesi konusu (i) yeterli talep, (ii) öğrencilerin kayda değer sayı oluşturmaları (iii) devletin mali imkanları ölçülerine bağlıdır, diğer bir deyişle mali anlamda pozitif yükümlülük bakımından devlete takdir alanı bırakılmaktadır.

Dördüncüsü, anadilde eğitim teşvik edilmekle birlikte, devlete kamunun finansmanı ile anadilde eğitim hakkı ile kamunun finansmanı ile anadilin öğrenilmesi hakkını tanıma arasında seçim yapma alanı bırakılmaktadır.

Beşincisi, ulusal azınlık mensuplarının özel eğitim ve öğretim kurumu açma hakları ilgili devletin eğitim sistemlerinin gereklerine tabidir.

Altıncı olarak, azınlık dilini öğrenme veya bu dilde eğitim resmi dili öğrenme ve bu dilde eğitim görmeye zarar vermemelidir.

Son olarak şunu da bir dipnot olarak belirtmek gerekir: Azınlık dilinde eğitim verilirken, resmi dili öğrenme yükümlülüğü getirilmesi, çocuğu kişisizleştirdiği gerekçe gösterilerek, zaman zaman eleştiri konusu yapılmıştır. Bu konuda İHAM'a da başvuru yapılmıştır. İHAM bu yoruma katılmamaktadır.<sup>48</sup> Nitekim anadilde eğitimi benimseyen pek çok ülkede çocuğun yararı ve entegrasyon sorunu gözetilerek resmi dili (kişiler bakımından) öğrenme veya (devlet bakımından) öğretme yükümlülüğünden Anayasalarında söz edilmektedir.<sup>49</sup>

Uluslararası belgeler incelendiğinde özellikle anadilde eğitim konusunun iki temel sorunu gündeme getirdiği görülmektedir. İlk olarak devlete gelecek mali yük, ikinci olarak entegrasyon sorunu. Her iki sorun konusunda uluslararası belgeler temkinlidir. Anadilde eğitim bir entegrasyon sorunu gerçekten yaratabilir. Fakat diğer yandan çocuğun iyi bir eğitim alması ve ayrımcı muameleye tabi olmaması, kendi kültürü ve kimliğini sürdürebilme hakkının korunması gerekmektedir. Bu nedenle eğitim meselesinin düzenlenmesi sadece hukukçuların karar verebileceği bir mesele değildir, pedagoğ, dilbilimci ve eğitim bilimi uzmanlarının görüşleri dikkate alınarak bir siyaset oluşturmak gerekir.

Tam da bu gereksinimler dikkate alınarak hazırlanmış olan AGİT Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına İlişkin Lahey Tavsiyeleri<sup>50</sup> (1996) anadilin eğitimdeki yeri hakkında son derece doyurucu verileri bize sunmaktadır. Lahey Tavsiyeleri uluslararası hukukta uzmanlaşmış hukukçuların yanı sıra, azınlıkların sorunları ve

<sup>48</sup> "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, (Belçika'da eğitim dili davası), para. 19.

<sup>49</sup> İspanya (md 3), Makedonya (md 48), Moldova (md 35), Bulgaristan (md 36). Bkz. Koçak, s. 339-343.

<sup>50</sup> The Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities and Explanatory Note, Organization for Security and Co-operation in Europe, 1 October 1996, <http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,OSCE,,3dde52563,0.html> (Erişim: 03.10.2011).

gereksinimleri üzerine uzmanlaşmış dilbilimci ve eğitimcilerle yapılan görüşmeler neticesinde oluşturulmuştur.

Lahey Tavsiyeleri azınlık dilleri bakımından çift dilli eğitimi önermekte ve çift dilli çocuklar yetiştirmek için kademeli bir süreci tarif etmektedir. Buna göre: *anaokul* dönemi eğitim dilinin sadece anadil olması; *ilkokulda* da azınlık dili ile eğitim alınması, fakat resmi dilin öğretilmeye ve eğitimin son yıllarına doğru bir kısım teorik olmayan uygulamalı derslerin resmi dil ile verilmeye başlanması; *ortaöğretimde* resmi dilde eğitim verilen ders sayısının aşamalı olarak artırılması yerinde bir yaklaşım olacaktır. *Meslek okullarında* ise öğrencilerin hem azınlık dilinde hem de resmi dilde mesleklerini icra etmelerini sağlayacak şekilde planlama yapılması önerilmektedir. *Üniversite düzeyi* bakımından Lahey Tavsiyelerinde, ulusal azınlıklara mensup kişiler, buna ihtiyaç olduğunu ortaya koydukları ve sayısal büyüklükleri bu ihtiyacı haklı kıldığı zaman, anadillerinde yükseköğrenim görebilmelidirler denmektedir. Ancak Üniversite düzeyi bakımından, azınlığın gereksinimlerine yeterli düzeyde cevap verecek şekilde azınlık dilinde eğitim almaları mümkün hale getirilebilir denerek daha esnek bir yaklaşım ortaya koyulmuş, devletlerin bu konudaki takdir alanı daha geniş düşünülmüştür.

Lahey Tavsiyeleri yalnızca resmi dilde eğitim yapılması suretiyle çoğunluğun çocuklarıyla azınlıktakilerin aynı sınıfta okumalarının uluslararası standartlara uygun olmadığını vurgularken, bunun tersinin de sakıncalarını dikkate almaktadır. Örneğin bütün eğitim sürecinde müfredat programının tamamının sadece azınlığın anadilinde olduğu ayrılmış okulları ve toplumun çoğunluğunun konuştuğu dilin öğretilmediği ya da asgari düzeyde öğretildiği durumları da uluslararası standartlara uygun görmemektedir. Baştan itibaren belirtildiği gibi resmi dilin yeteri derecede öğrenilemediği, yalnızca azınlık dilindeki bir eğitim birbirini anlamayan iki toplum yaratır ki, bir arada barış içinde yaşamaya gerçekten de ciddi bir engel oluşturabilir. Üstelik bu, çocuğun yararına da olmaz, onu kapalı bir topluluk içinde kalmaya mahkum ederek sosyal ve ekonomik yaşama katılımını güçleştirir.

### **Sonuç Yerine: Türkiye Anayasası İçin Öneriler**

Türkiye bakımından yeni Anayasa sürecinde en çok tartışılan ve üzerinde son derece zor uzlaşma sağlanabilecek konulardan birisi anadilin eğitimdeki yeri meselesidir. Anadilde eğitimin olması yönünde talep güçlü bir biçimde kendini gösterirken, bu konuda ciddi endişeleri olan kesimler de güçlü bir biçimde itiraz etmektedirler.

Yukarıda ele alınan uluslararası belgeler ışığında haklar temelinde konuya bakıldığında en azından anadilin öğreniminin bir hak olarak Anayasada yer alması zorunlu görünmektedir. Bu bir minimum yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anadilde eğitim bakımından ise, eğitimin yalnızca anadilde yapılmasının ya-



ratacağı entegrasyon sorunları nedeniyle çocuğun yararı gözetilerek, çift dilli eğitim bir hak olarak Anayasada tanımlanabilir. Elbette kayda değer sayıda öğrenci ve talep olması koşulu bu tanımın içinde yer alacaktır. Bu yönde bir hakkın düzenlenmesi devletin hem negatif yükümlülüğünü hem de pozitif yükümlülüğünü gündeme getirecektir.

Eğitimin dili meselesi kolayca üzerinde toplumsal uzlaşma sağlanacak bir konu olmadığından, çift dilli eğitimi doğrudan Anayasada bir hak olarak tanımlama yerine bir başka yol da düşünülebilir: *Çift dilli eğitime açık Anayasa*. Çift dilli eğitime açık Anayasa anlayışı uzlaşma kapısını arayabilir Bu yol çift dilli eğitimin hak olarak düzenlenmesi yerine önündeki yasakları kaldırma perspektifinden Anayasa bakmayı gerektirecektir.

Bu çerçevede öncelikle anadilin eğitim dillerinden biri olarak kullanılabilmesinin önündeki engelin kaldırılması gerekecektir. Örneğin “*Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez*” biçimindeki 1982 Anayasasınının 42. md’sindeki gibi bir hüküm yeni Anayasada yer almamalıdır. Bu hüküm sadece anadilde eğitim ya da çift dilli eğitimi değil anadilin öğrenimini dahi yasaklamaktadır. Bu tür bir hükme yer verilmeyerek eğitimin dili meselesinin düzenlenmesi yasa koyucuya bırakılabilir ve bu konuda gelişen şartları dikkate alarak yasa koyucunun adım atabilmesinin önü açılabilir.

Ayrıca Fransa Anayasası md 75/1’de yer alan “*Bölgesel diller Fransa’nın ortak mirasının parçasıdır*” ifadesine benzer bir ifadeye yeni Anayasada yer verilmesi yararlı olacaktır. Böylece yasa koyucunun eğitimde dil meselesini düzenlerken anayasal bir dayanağa sahip olması sağlanabilecek ve olasılık dahilinde olan Anayasa Mahkemesi müdahalesi, diğer bir deyişle Anayasa Mahkemesinin çift dilli eğitimi mümkün kılan yasayı iptal etme olasılığı önlenmiş olacaktır. Buna ek olarak, Anayasa anadilde eğitime açık hale getirilirken anadili resmi dil olmayan çocuklar bakımından bir entegrasyon sorunu doğabileceği dikkate alınmak zorundadır. Bu nedenle, “*eğitimle ilgili yasal düzenlemelerin çocuğun toplumsal ve ekonomik hayata etkili bir biçimde katılımını sağlayacak düzeyde resmi dili öğrenmesine zarar veremeyeceği*” yönünde bir hükme yeni Anayasada muhakkak yer verilmelidir. Böylece çift dilli eğitim mümkün kılınırken, sadece anadilde eğitim sunularak entegrasyon sorunu yaratılma olasılığı engellenmiş olacaktır.



**TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÇOCUK DÜŞÜRTME,  
DÜŞÜRME VE KISIRLAŞTIRMA SUÇLARI**  
*(Offences of Abortion, Miscarriage and Sterilization in  
Turkish Criminal Law)*

**Serap KESKİN KIZIROĞLU\***

**ÖZET**

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Öncelikle konuyla ilgili genel bilgiler verilmiştir. İlk bölümde Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenen Çocuk Düşürtme Suçları; İkinci Bölümde aynı Kanun'un 100. maddesinde yer alan Çocuk Düşürme Suçları; Üçüncü Bölümde ise Kanun'un 101. maddesinde öngörülen Kısırlaştırma Suçu incelenmiştir. Çocuk Düşürtme Suçları kapsamında suç ile korunan hukuksal yarar açıklandıktan sonra 99. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen Rızasız Çocuk Düşürtme Suçu ve ikinci fıkrasında yer alan Rıza ile Çocuk Düşürtme Suçu; unsurları, suça teşebbüs, suçların içtimai, iştirak ve uygulanması bakımından incelenmiştir. İkinci Bölümde Çocuk Düşürme Suçları, Üçüncü Bölümde ise Kısırlaştırma Suçları iki alt başlık içerisinde Rızasız Kısırlaştırma Suçu ve Rızaya Dayalı Kısırlaştırma Suçu olmak üzere aynı Ceza Hukuku tekniği ile ele alınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Çocuk düşürme suçları, Rızasız çocuk düşürtme suçu, Rıza ile çocuk düşürtme suçu, Çocuk düşürme suçu, Kısırlaştırma suçları, Rızasız kısırlaştırma suçu, Rızaya dayalı kısırlaştırma suçu.

***Abstract***

Article consist of three part. Firstly it is given an outline of topic. It is examined that in First Part Abortion Offences are regulated in 99. article in Turkish Penal Code; Miscarriage Offence is in 100. article in Same Code is in Second Part and Sterilization Crimes are in 101. article in Turkish Penal Code in Third Part. In scope of Abortion Crimes, after expained that protected legal interest with offence, Offence of Abortion Without Consent regulated in first clause in 99. article and Offence of Abortion With Consent regulated in second clause in 99. article is studied about elements, criminal attempt, joinder of offences and sanction. Miscarriage Offence in Second Crime and Offence of Sterilization

---

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

Without Consent and Offence of Sterilization With Consent as Sterilization Offences in Third Part are handled with same Criminal Law method.

**Keywords:** Abortion offences, Offence of abortion without consent, Offence of abortion with consent, Miscarriage offence, Sterilization crimes, Offence of sterilization without consent, Offence of sterilization with consent

## GENEL BİLGİLER

Türk Hukuku'nda gebeliğe son verilmesi, kısırlaştırma (sterilizasyon) ve dolaylı olarak hadımlaştırma (kastrasyon) eylemlerine ilişkin hususlar 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da<sup>1</sup> (Kısaca NPHK.) düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin ayrıntılar ise söz konusu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 14.11.1983 tarih ve 83/7395 No'lu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te<sup>2</sup> (Kısaca Tüzük) düzenlenmiş bulunmaktadır.

Türk Hukuku'nda 1965 yılına kadar her türlü gebeliğin sona erdirilmesi mutlak olarak yasaklanmışken,<sup>3</sup> 1965 yılında 557 sayılı "Nüfus Planlaması Hakkında Kanun", gebeliğin tıbbi zorunluluk durumunda sona erdirilmesini kabul eden hükümler getirmişti. 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'u yürürlükten kaldırmış ve Türk Hukuku'na ayrıca isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasını içeren hükümler getirmiştir.

01.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler"i düzenleyen "İkinci Kitabı"nın "Kişilere Karşı Suçları" düzenleyen "İkinci Kısım"ın "Beşinci Bölüm"ü "Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm altında 5237 sayılı TCK.'nin 99.maddesi "çocuk düşürtme" suçlarını, 100.maddesi "çocuk düşürme" suçunu ve 101.maddesi ise "kısırlaştırma"(sterilizasyon) suçunu düzenlemektedir. 765 sayılı önceki Türk Ceza Kanunu da bu suçları kişilere karşı suçlar bölümünde, "Çocuk Düşürme ve Düşürtme" başlığı altında düzenlemişti. Yasa'da hadımlaştırma (kastrasyon) eylemi bir suç olarak düzenlenmemiştir.

2827 sayılı NPHK.'nin 2/4. maddesine göre, bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve (kısırlaştırma) sterilizasyon veya (hadımlaştırma) kastrasyon işlemleri yapılamaz. Tüzük'e göre, gebeliğin sona erdirilmesi deyimi rahim tahliyesini, sterilizasyon deyimi ise kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde vazektomiye (erkeğin tohum kanallarının ameliyatla bağlanması) ifade etmektedir (Tüzük.md.2/b,c).

<sup>1</sup> Yayımlandığı RG.: Tarih: 27.5.1983, Sayı:18059

<sup>2</sup> Yayımlandığı RG.:Tarih: 18.12.1983, Sayı:18255

<sup>3</sup> Bu konudaki gelişmeler için BKZ. YARSUVAT Duygun, "Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi", İHFM.1982-83, XLVIII-XLIX, S.1-4, s. 458 vd.

Tüzük'te hadımlaştırmaya (kastrasyona) ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte, NPHK.'nun 4.maddesi, "Sterilizasyon ve Kastrasyon" başlığını taşımakta olup, bu maddeye göre sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan yok edilmesi için yapılan müdahaledir. NPHK. kastrasyonu tanımlamamakta, fakat 4.maddesinin son fıkrasında bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesinin yapılabileceği hükmünü taşımaktadır. NPHK.'nun sterilizasyon tanımından da yorum yoluyla dolaylı olarak çıkarılabileceği üzere kastrasyon, kişinin çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine de engel olacak şekilde yok edilmesidir. Bir başka deyişle kastrasyon, "kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan tıbbi bir müdahaledir."<sup>4</sup>

NPHK.'nun gebeliğin sona erdirilmesini düzenleyen 5.maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesi, **Tüzük'e göre rahim tahliyesi**, günlük dilde **yerleşik terime göre kürtaj**<sup>5</sup>, tıbbi zorunluluk üzere ve isteğe bağlı olmak üzere iki şekildedir.

İsteğe bağlı olarak rahim tahliyesi (kürtaj), annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar yapılabilecek bir tıbbi müdahaledir (NPHK.md.5/1). Dolayısıyla isteğe bağlı olarak rahim tahliyesi (kürtaj) yapılabilmesi için öncelikle gebeliğin onuncu haftasının dolmamış olması gerekmektedir. Gebelik onuncu haftasını doldurmamış olduğu takdirde de yapılacak rahim tahliyesi işleminin annenin sağlığı açısından hiçbir tıbbi sakınca taşıması gerekmektedir. Bu nedenle rahim tahliyesini gerçekleştirecek hekimin söz konusu gebelik süresini araştırma yükümlülüğü bulunduğu gibi, bu işlemde tıbbi sakınca olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de vardır.<sup>6</sup>

Koşulları gerçekleştiğinde isteğe bağlı olarak rahim tahliyesini yapma yetkisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmıştır (Tüzük.md.3/2). Ancak, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterli belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (Tüzük.md.3/3). Menstrüel Regülasyon (MR) deyimi, vakum aspirasyon<sup>7</sup> yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder (Tüzük.md.2/d).

<sup>4</sup> YENERER-ÇAKMUT Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, Ocak 2003, s.123, ayrıca ERMAN Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.209

<sup>5</sup> Daha doğru tabiriyle küretaj Bkz. DÖNMEZ, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması" iç.Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı:2 2007, s.104

<sup>6</sup> YENERER-ÇAKMUT, s.133

<sup>7</sup> Rahim içeriğinin rahme yerleştirilen bir enjektör vakum ile çekilmesi yöntemi, diğer deyişle şırınga yöntemidir.

Bunun dışında onuncu hafta dolduktan sonraki zaman diliminde rahim tahliyesi ancak tıbbi zorunluluk varsa gerçekleştirilebilir.

Rahim tahliyesi eylemi, ancak ilgilinin izni ile yapılabilecek bir tıbbi müdahaledir. Her ne kadar Tüzük 13.maddesinde yalnızca on haftayı geçmeyen gebeliklerde izni düzenlemişse de NPHK.'nun 6.maddesi, gerek isteğe bağlı gerekse tıbbi zorunluluk durumunda izin alınması koşulunu getirmektedir. Buna göre rahim tahliyesinde,

- a- gebe kadın reşitse kendisinden,
- b- küçükse, kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,
- c- vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse reşit olmayan kişinin kendisinden ve vasisinden ve ayrıca sulh yargıcından izin alınması zorunludur.

NPHK.'na göre eğer gebe kadın evli ise eşinden de izin alınması zorunluluğu vardır.

NPHK.'nun 6/1,c.2 ve 6/3. maddeleri ile Tüzük'ün 14.maddesine göre;

- 1- Akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadının kendisinin rızası aranmaz.
- 2- Küçüklerde veliden, reşit veya mümeyyiz olmayan vesayet altındaki kişilerde ise sulh mahkemesinden izin alınması zamanı gerektiriyorsa ve derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil durum varsa bunlardan izin alınması koşulu aranmaz.

Reşit kişiler bakımından Yasa'da acil durumlarda izin alınmadan müdahale yapılabilmesine ilişkin düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak görünmekteyse de<sup>8</sup> genel olarak zorunluluk durumu eylemin hukuka uygun sayılması için yeterlidir.

Derhal müdahaleyi gerektiren acil durumlarda rahim tahliyesini yapacak olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, yaşayan anne ve ceninin, yaşama ihtimalleri nedeniyle yararlarını göz önünde bulunduracaktır. Eğer annenin yaşamı veya yaşamsal organlarından biri tehlike içinde ise, bu husus, ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek yalnızca bu durumda izin almadan gebeliğe son verilebilmelidir. Aksi takdirde, yetkili hekime, kanunen korunmuş bulunan ve üzerinde tasarruf etmesinin mümkün olmadığı bir hak üzerinde tasarruf yetkisi tanınmış olacaktır.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> YENERER-ÇAKMUT, s.134

<sup>9</sup> BAYRAKTAR Köksal, Hekim Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.197, YENERER-ÇAKMUT, s.134

**Türk Hukuku'nda kısırlaştırma (sterilizasyon)** kişinin cinsel etkinlikte bulunabilme yeteneğine zarar vermeden, kadınlarda yumurta, erkeklerde de sperm kanallarının kapatılarak üreme yeteneğinin sürekli olarak ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi müdahaledir.<sup>10</sup>

**Türk Hukuku'nda hadımlaştırmada (kastrasyonda)** ise yukarıda da tanımlandığı üzere kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini tamamen sona erdiren bir tıbbi müdahale söz konusudur.

NPHK.'nun 4/2. ve Tüzük'ün 10. maddesine göre kısırlaştırma (sterilizasyon) ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Dolayısıyla, kısırlaştırma ancak isteğe bağlı olarak yapılabileceği gibi, bu işlemde de tıbbi sakıncanın bulunmaması gerekmektedir. Yasa hükmüne göre reşit olmayan bir kişiye kısırlaştırma ameliyatı yapılamayacaktır.

Eğer kişi evli ise eşinin de izninin alınması zorunluluğu vardır (NPHK. md.6/2, Tüzük.md.13/2). Reşit kişi vesayet altındaysa vasinin de izni gerekmektedir (Tüzük.md.15).

Kadınlara kısırlaştırma ameliyatı yapma yetkisine kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ya da genel cerrahi uzmanları sahiptir. Erkeklerle kısırlaştırma ameliyatını ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları ile bu konuda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler yapabilirler (Tüzük.md.10).

**Hadımlaştırma** (Kastrasyon), NPHK.'nun 4/son maddesine göre, bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için hadımlaştırmayı gerektiren hallerde kişinin rızasına bakılmaksızın yapılabilecektir. Tüzük'te, hadımlaştırmaya ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu husus bir eksiklik olarak görünmektedir. Hadımlaştırma gibi sonucu ağır bir müdahalede kişinin rızasının aranmıyor olmasının çok düşündürücü olmasının yanında, bu hususun Türk Hukuku'nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması da büyük eksikliktir.

Aşağıda öncelikle Türk Ceza Kanunu'ndaki çocuk düşürme suçlarını, sonrasında çocuk düşürme suçunu ve nihayet **kısırlaştırma** suçunu inceleyeceğiz.

## TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇLARI

### I. Giriş

Türk Ceza Kanunu'na göre çocuk düşürme suçları, rızasız çocuk düşürme ve rızaya dayalı çocuk düşürme olarak iki biçimde işlenebilir. Rızasız çocuk düşürme suçu TCK.'nun 99. maddesinin (1). fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: "*Rızasız olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası*

<sup>10</sup> YENERER-ÇAKMUT, s.127, ERMAN, Barış, s.206

ile cezalandırılır.” Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu ise TCK.’nun 99.maddesinin (2).fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: ”Tıbbî zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

## II. Çocuk Düşürtme Suçlarında Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçta söz konusu olabilecek korunan hukuksal yarar, kadına ve cenine ait yararlar olarak birden fazladır. Hem kadının,

- yaşama hakkı,
- biyolojik anne olabilme hakkı,
- anne olup olmamayı seçebilme hakkı,
- beden dokunulmazlığı hakkı,
- beden ve ruh sağlığı hakkı,

hem de kadının rahmindeki canlı ceninin varlığını sürdürerek gelişimini tamamlayabilip doğabilme hakkı, diğer deyişle ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı, kısaca doğma hakkı, kadına ve rahimdeki cenine ait birbirinden farklı hukuksal yararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>11</sup>

**Çocuk düşürtme suçunun niteliğine göre bu hukuksal yararların hepsi bir arada korunan hukuksal yararı oluşturabilir ya da oluşturmayabilir.**

**Rızasız çocuk düşürtme suçu açısından korunan hukuksal yarar** kanaatimce öncelikle gebe kadının gebelik sürecini tamamlayıp, biyolojik anne olabilme, diğer deyişle **çocuğunu doğurma hakkıdır; ceninin doğabilme hakkı kadının doğurma hakkının yanında ikincil derecededir. Ancak, rızasız çocuk düşürtme suçunda gebeliğin onuncu haftasından sonra, gebe kadının yaşama hakkı söz konusu olmadığı takdirde, doğurma hakkının yanında aynı zamanda ceninin, rahimdeki varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı eş derecede korunan diğer hukuksal yarardır. Bu çerçevede gebe kadının beden dokunulmazlığı hakkı ile sağlık hakkı da gebe kadına ait diğer korunan hukuksal yararları oluşturmaktadır. Suç, her durumda kişiye karşı işlenen suçtur.**

**Rıza ile çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal yarar** ise, rahimdeki ceninin, hamileliğin onuncu haftasından sonra doğan bir hak olarak, varlığını sür-

<sup>11</sup> Bu konuda Bkz. ERMAN-ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.187 vd.; DÖNMEZER, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, 1990, s.170 vd.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s.174 ; DÖNMEZ, Burcu, s.108



dürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı olarak görünmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda rıza ile çocuk düşürme suçunda, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebelik süresinin on haftayı geçmiş olması suçun unsurunu oluşturduğundan, *bu suçta da asıl düşüncenin kadının biyolojik anne olup olmamayı seçebilme hakkı olduğu kanaatindeyim*. Ancak gebe kadın, hamileliğinin ilk on haftası içinde biyolojik anne olup olmama konusundaki tercihini yapmak zorundadır. Hukuk düzeni, gebe kadının bu seçimi yapma hakkını, rahimdeki ceninin varlığını sürdürüp, doğma hakkı ile sınırlamıştır. Ancak hamileliğin onuncu haftasından sonra başlayan, ceninin varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayarak doğabilme hakkının, diğer deyişle ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkının sınırı da, gebe kadının çoktan sahip olduğu yaşama hakkı ve bunun yanında sağlık hakkıdır. Bu noktada hiçbir hukuk düzeni, gebe kadının kendi yaşamı ve beden sağlığı pahasına bir doğumu haklı kılamaz. Bu nedenle -hem gebe kadına ilişkin hem de cenine ilişkin- tıbbi zorunluluğun bulunmuyor olması, suçun bir maddi unsuru olarak yer almıştır. Tıbbi zorunluluk, ancak tıp biliminin verilerine göre belirlenebilir.

## A- RIZASIZ ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU (TCK.99/(1))

### I. Maddi Unsur

#### a. Fail

TCK.'nin 99. maddesinin (1).fıkrasında yer alan rızasız çocuk düşürme suçunun failinin, aynı maddenin (5).fıkrasının 2.cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, gebe kadının kendisinden başka, rahim tahliyesine yetkisi bulunan bir üçüncü kişi olduğu sonucuna varılır. Bu nedenle anılan fıkrada düzenlenen suçun temel şeklinde failin rahim tahliyesine yetkisi bulunan bir kişi olması zorunluluğu bu suçu fail yönünden özgülü suç konumuna koyar.<sup>12</sup> Ancak doğal olarak yasa koyucu bu suçun söz konusu yetkiye sahip olmayan başka kişilerce de işlenebileceği gerçekliğinde, failin rahim tahliyesine yetkisiz bir kişi olması durumunu suçun temel şeklindeki cezada artırım nedeni olarak kabul etmiştir (TCK.99/(5),c.2). Kısaca, failin, gebe kadının kendisinden başka herhangi biri olması bu suçun nitelikli şeklidir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e göre rahim tahliyesini yapma yetkisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmıştır (Tüzük.md.3/2). Ancak, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (Tüzük.md.3/3).

<sup>12</sup> Aynı görüşte Erman-Özek, s.191

Menstrüel Regülasyon (MR) deyimi, vakum aspirasyon<sup>13</sup> yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder (Tüzük.md.2/d).

Dolayısıyla, gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten fail, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı değilse ya da pratisyen hekim olup, bu konuda yeterlik belgesi yoksa veya yeterlik belgesine sahip pratisyen hekim olduğu halde kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetimi ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle çocuk düşürtme eylemini yapmamışsa veya bunların hiçbiri değilse rahim tahliyesine yetkili olmayan kişidir ve cezası yarı oranında artırılarak verilir (TCK.99,(5), c.2).

### b. Suçun Maddi Konusu ve Mağdur

Rızasız çocuk düşürtme suçunun maddi konusu hem gebe kadının bedeni hem de “cenin”dir. Bu suçta korunan hukuksal yarar öncelikle gebe kadının biyolojik anne olabilme hakkı olunca, suçun mağduru da gebe kadının kendisidir.

Her ne kadar hem bu suçların yer aldığı bölüm başlığında hem de suçların düzenlendiği madde başlıklarında “çocuk” kavramına yer verilmişse de burada suçun maddi konusunu hukuken “çocuk” sayılan bir insan değil, anne rahmindeki canlı ceninin oluşturduğu açıktır. TCK.’nin “Tanımlar” başlığını taşıyan 6.maddesinin “b” bendine göre “çocuk deyiminden on sekiz yaşını doldurmamış kişi” anlaşılır. Yasa koyucunun bu suçları düzenlerken suçların adlandırılmasında günlük dilde halk arasında yerleşik ifade şekli “çocuk düşürtme” kavramını kullanmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır.

Bu suçun işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir. Aksi takdirde çocuk düşürtme suçu işlenemez suç olur. Failin, mağdurun gebe olduğunu zannetmesi suçun maddi unsurunda hatayı oluşturur ve fiil çocuk düşürtme suçunu oluşturmazsa da kasten yaralama suçunu oluşturur. Çocuk düşürtme suçu için ceninin de canlı olması zorunludur. Bu nedenle öncelikle cenin sıfatının hangi anda kazanılacağına saptanması gerekmektedir. Çünkü bu sıfatın kazanılmasından önce ceza sorumluluğunu gerektirmeyen gebeliğin önlenmesi safhası vardır. Genel olarak kabul edildiği üzere cenin sıfatının, dolayısıyla hukuksal korumanın başladığı dönem “Nidation”dur. Nidation, döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesi olayıdır ve döllenmeden itibaren yaklaşık olarak yedi gün sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir.<sup>14</sup> Bu nedenle “*morning-after pill*” denilen haplarla “nidation”un önlenmesi çocuk düşürtme veya düşürme olarak kabul edilemeyeceği gibi, tüpte döllenmiş yumurta da cenin sayılamayacak ve bu suçların konusunu oluşturamayacaktır.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Rahim içeriğinin rahme yerleştirilen bir enjektör vakum ile çekilmesi yöntemi, diğer deyişle şırınga yöntemidir.

<sup>14</sup> LÜTTGER, Hans, “Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tespitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler” (Özet Çeviri; ÖZGEN, Eralp.) AHFD. C.28, 1971, 11-4, sh.250

<sup>15</sup> Age.sh.253

Cenin, rahimde ölü ise bu suç yine işlenemez olur. Cenin, doğmuş olduğu takdirde de artık rahimde bir cenin değil, doğmuş bir çocuk var olur ve bu çocuk da artık yaşayan diğer insanlar gibi öldürme veya yaralama suçlarına konu ve mağdur olur.

### c. Hareket

Gebe kadının rızası olmaksızın rahmindeki canlı ceninin canlı varlığına son vererek gebeliği bitiren her türlü harekettir. Rızasız çocuk düşürme suçunda, rahimdeki canlı ceninin kaç haftalık olduğunun önemi yoktur; on bir haftalık da olsa beş haftalık da olsa suça konu olabilecek bir cenin vardır. Kadının rahmindeki canlı cenini ölü duruma getirecek hareket, kadının bedeninde fiziksel işlem yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, biyolojik veya kimyasal yöntemlerle de gerçekleştirilebilir. Bu noktada hareketin biçimini sınırlamak olanaklı değildir. Bu nedenle serbest hareketli suçtur. Önemli olan, rahimdeki ceninin canlılığını, diğer deyişle kadının gebeliğini sona erdirmeye elverişli hareketi yapmaktır. Doğal olarak, gebe kalınmadan önce gebeliği önleyici doğum kontrol yöntemleri suç değildir.

### ç. Rızanın Yokluğu

Gebe kadının rızasının yokluğu bu suçun maddi unsurudur. Dolayısıyla gebeliği sona erdiren rahim tahliyesine yetkili fail, kadının rızasının yokluğunu da bilmelidir. Rızanın varlığı hususundaki bir hata TCK.'nun 30/1. maddesi kapsamında kastı ortadan kaldırır. Eğer rıza varsa, bu durumda failin rahim tahliyesine yetkili bir kişi olması da önemlidir.

**İsteğe bağlı olarak gebe kadının gebeliğine son verdirebileceği yasal süreyi oluşturan on haftayı doldurmamış gebeliklerde kadının rızası bulunsa bile, fail rahim tahliyesine yetkili kişi değilse bu kez TCK.'nun 99.maddesinin (5). fıkrasının ilk cümlesindeki suç işlemiş olur.**

Her ne kadar N.P.H.K.'na göre eğer gebe kadın evli ise eşinden de izin alınması zorunluluğu varsa da TCK.'na göre **rızasız çocuk düşürme suçunun işlenbilmesi için bizzat** gebe kadının kendisinin rızasının bulunmaması koşul ve yeterlidir. Örneğin, evlilik birliğinde yalnızca eşin rızasının yokluğunda fail çocuk düşürme suçunu işlemiş olmaz<sup>16</sup>. Bu olasılıkta N.P.H.K.'nun 8/2. maddesi önceden, fiiller daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde failin “ağır para cezası” ile cezalandırılacağı hükmünü taşımaktaydı. Bu durumda da evli gebe kadının eşinin rızasının yokluğunda yalnızca kadının rızası ile gebeliği sona erdiren rahim tahliyesine yetkili kişi TCK.'na **göre rızasız çocuk düşürme suçunu işlemiş olmazsa da N.P.H.K.'na göre suç işlemiş olup, adli para cezası ile karşılaşabilirdi. Ancak,**

<sup>16</sup> Keskin-Kızıroğlu, “Gebeliğe Son Verilmesi...”, s.210

**N.P.H.K.**'nin 8.maddesinde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 401.maddesi ile yapılan değişiklikle bu hüküm anılan 8. maddeden çıkarıldığından, artık N.P.H.K. kapsamında da bir suç oluşmamaktadır. Fakat gebe kadın evli ise gebeliğin sona erdirilmesi işlemi için eşin de rızasının aranacağına dair N.P.H.K.'nin 6. maddesinde değişiklik yapılmamıştır. 5237 sayılı TCK.'nin çocuk düşürtme suçlarına ilişkin hükümlerinde de açıkça kadının rızası suçun unsuru olarak gösterildiğinden, N.P.H.K.'nin evlilikte eşin de rızasını arayan hükmü idari yaptırımla dahi karşılanmayan ve karşılanmaması da gereken bir düzenleme durumuna gelmiştir.

Gebeliği sürdürüp sürdürmeme konusundaki rıza açıklama hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Bu nedenle, söz konusu gebeliği sona erdirme olayının anlamını ve kapsamını algılayabilecek anlama yeteneğine sahip olmak rıza açıklayabilmek için yeterlidir; reşit olmak aranmaz.<sup>17</sup> Yasal temsilciler, bu çerçevede gebe küçüğün yararlarını gözetebilirler.

#### **d. Netice**

Rızasız çocuk düşürtme suçunda netice, ceninin canlılığının sona erdirilmesidir. Günlük dilde yerleşik deyişle gebe kadının rahmindeki canlı çocuğun “düşmüş” olmasıdır. Çocuğun düşmüş olmasından anlaşılması gerekenin ana rahminde canlı durumda bulunan çocuğun rahim içinde öldürülmüş olması, bunun sonucunda da ceninin mutlaka düşeceği diye bir görüş vardır.<sup>18</sup> Katıldığı diğer görüşe göre, çocuk düşürtme suçu için ceninin canlılığına mutlaka kadının rahminde sona erdirmek aranmaz. Önemli olan gebe kadın üzerinde fiilde bulunmak ve bu fiille rahmin içindeki ceninin varlığına etkili olmaktır. Dolayısıyla gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen fiil nedeniyle, ceninin, kadının rahminden canlı fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkarılması durumunda da çocuk düşürtme suçuna uygun bir fiil vardır.<sup>19</sup> Çocuk düşürtme suçu ceninin canlılığını rahim içinde sona erdirerek işlenebileceği gibi, ceninin rahminden canlı fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkartılıp, dışarıda bu nedenle ölmesi ile de işlenebilir. Bu durumda fiil, salt cenin anne rahminde ölmeyip, dışında öldüğü için teşebbüs derecesinde kalmış sayılamaz; doğmuş yaşayan canlı insana yapılmış bir fiil de bulunmadığından insan öldürme suçu da söz konusu olamaz. Ceninin anne rahminin içinde veya dışında fakat henüz rahimdeyken yapılan müdahale nedeniyle ölmesi durumunda da çocuk düşürtme suçu tamamlanmış sayılır.

<sup>17</sup> Aynı görüşte, Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Bası, Temmuz 2012, s.291

<sup>18</sup> Önder, Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, sh.184

<sup>19</sup> Erman-Özek, s.197

### **e. Teşebbüs**

Suç, teşebbüse elverişlidir. Cenin, ana rahminden yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkartılmış olmasına karşın ölmemişse çocuk düşürtme suçu teşebbüs derecesinde kalmış olur. Bu suça icraya, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlandığını gösteren hareketlerin tamamlanamaması ya da sonucun alınamaması olaylarında da suç, teşebbüs derecesinde kalmış olur. Buna karşılık, çocuk düşürtmeye icraya doğrudan doğruya başlamayı göstermeyen, ilaç satın alma, doktorla anlaşma, randevu alma, hastaneye yatma, doktorun muayenehanesinde bekleme salonunda bulunma veya doktorla konuşma gibi hareketler ancak hazırlık hareketleri olarak nitelendirilebilirler; dolayısıyla cezalandırılmazlar. Buna karşın gebe kadının hastanede ameliyat masasına yatırılması, müdahaleyi yapacakların ortamda ameliyat için gerekli aletleri çıkartıp hazırlamaları icra başlangıcıdır.

### **III. Hukuka Aykırılık Unsuru**

Türk Hukuku'nda isteğe bağlı olarak onuncu haftasını dolduruncaya kadar gebeliğin sona erdirilmesi hukuka uygun bir eylemdir. Rızasız çocuk düşürtme suçunda ise yukarıda da belirtildiği gibi gebeliğin kaç haftalık olduğunun önemi yoktur; önemli olan tıbbi zorunluluk yoksa gebe kadının rızasının yokluğudur. Bu nedenle gebe kadının rızasının yokluğu bir hukuka uygunluk nedeni değil, bu suçun maddi unsurudur. Failinin rahim tahliyesine yetkisi bulunmayan bir kişi olması suçta cezayı artıran nitelikli haldir. TCK.'nun 99.maddesinin aşağıda açıklayacağımız (2). fıkrasından farklı olarak, on haftayı doldurmamış gebeliklerde rızanın yokluğunda gebe kadının yaşama hakkı açısından tıbbi zorunluluk nedeniyle rahmin tahliyesi durumunda fiil hukuka aykırı olmaz.

### **IV. Manevi Unsur**

Bu suçta manevi unsur genel kasttır. Fail, kadının gebe olduğunu, kadının rahim tahliyesine rızasının bulunmadığını ayrıca suçun nitelikli şeklinde rahim tahliyesine yetkili olmadığını bilerek ve isteyerek rahim tahliyesi fiilini işlemiş olmalıdır. Suç, olası kastla da işlenebilir. Bu durumda TCK.'nun 21/2.maddesindeki indirim oranı uygulanır.

Taksirli fiiliyle çocuğun düşmesine neden olunmasında fail, çocuk düşürtme suçundan değil, nitelikli taksirle yaralama suçundan cezalandırılabilir (TCK.89/(3),e). Gebe olduğu bilinen kadına karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi sonucunda çocuğunun da düşmesine sebebiyet verilmesi, netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçudur(TCK.87/(2),e).<sup>20</sup> Gebe olduğu bilinen kadının kasten öldürülmesi ise nitelikli kasten öldürme suçudur(TCK.82/(1),f).

<sup>20</sup> Keskin-Kızıroğlu, Serap, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kasten Yaralama Suçu", iç.: 3. yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi-Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Editör:Prof.Dr.Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, s.199

## V. Suçu Etkileyen Ağırlaştırıcı Sebepler

Rızasız çocuk düşürtme suçunda yalnızca cezada artırım gerektiren nedenler vardır. TCK.'nun 99/(3).maddesine göre rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme fiilinde, cezada artırım nedeni olan haller şunlardır:

**a. Fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması:** Bu durumda ceza altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıdır. Beden veya ruh sağlığında zarar, geçici de olsa sağlığın bozulması demektir. Bu nedenle de kasten yaralama suçundaki sağlığın bozulması kavramını karşılar. Beden veya ruh sağlığındaki zarar, mağdurun eylemden önceki beden veya ruhsal sağlık durumuna göre kötüleşmeyi ifade eder. Bu husus, beden veya ruh sağlığı yerinde olan bir kişide geçici de olsa patolojik bir sonuç yaratılması ya da zaten var olan bu durumun daha da kötüleşmesine neden olunmasında söz konusu olur.

Suç, bu durumda netice sebebiyle ağırlaşan suç yapısındadır ve bu sonuç nedeniyle cezanın artırılabilmesi için TCK.'nun 23.maddesine göre meydan gelen ağırlatıcı sonuç açısından failde en azından taksir derecesinde kusurun bulunması zorunludur.

**b. Fiilin kadının ölümüne neden olması:** Bu durumda fail on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır(TCK.99/(3)). Eğer failin maksadı, yani gerçekleştirmek istediği netice kadının ölümü ise, suç kasten öldürme suçu olur ve gebe kadına karşı bu suçun işlenmesi kasten öldürme suçunda cezayı artıran nedendir(TCK.82(1),f).

Suç, bu durumda netice sebebiyle ağırlaşan suç yapısındadır ve bu sonuç nedeniyle cezanın artırılabilmesi için TCK.'nun 23. maddesine göre meydan gelen ağırlatıcı sonuç açısından failde en azından taksir derecesinde kusurun bulunması zorunludur.

**c. Fiilin rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi:** Kanaatimce yetkisiz kişilerce rahim tahliyesine girişilmesi gebe kadının sağlığı açısından somut bir tehlike yaratmışsa fiil suç sayılmalıdır. Yetkisiz kişinin rahim tahliyesi girişimi gebe kadın için somut bir tehlike yaratmamışsa bu konu idari yaptırımla karşılanmalı, hukuk düzeninde ultima ratio konumunda bulunan Ceza Hukukunun müdahale alanı dışında kalmalıdır. Aksinin kabulü Ceza Hukukunda yer bulmaması gereken soyut tehlike suçunun kabulü noktasına götürür. Ancak TCK.'nun **düzenlemesi yetkisiz kişilerce rahim tahliyesi girişiminin soyut tehlike suçu olarak değerlendirilebilmesine olanak verecek biçimde kaleme alınmıştır. Yasa koyucu söz konusu durumda böyle bir tehlikeyi var saymış görünmektedir. Yetkisiz kişi olmak, fail yönünden ağırlaştırıcı nedendir. Bu durumda ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur** (TCK.99/(5),c.2). Bu hususa yukarıda fail konusunda değindiğimiz için tekrar etmiyoruz. Ağırlatıcı nedenin

uygulanabilmesi için failin, kendisinde hukuken böyle bir yetkinin bulunmadığını bilmesi gerekmektedir.

## **VI. Suçların İctimai**

Gebe kadının, kasten yaralanması sonucunda çocuğunun düşmesine sebebiyet verilmesi, netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçudur (TCK.87/(2),e), fail ayrıca çocuk düşürme suçundan cezalandırılmaz. Gebe olduğu bilinen bir kadının öldürülmesi ise nitelikli kasten öldürme suçudur (TCK.82/(1),f), fail ayrıca çocuk düşürme suçundan cezalandırılmaz.

Bu suçun işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir. Aksi takdirde çocuk düşürme suçu işlenemez suç olur. Failin, mağdurun gebe olduğunu zannetmesi suçun maddi unsurunda hatayı oluşturur ve fail çocuk düşürme suçundan sorumlu tutulamazsa da kasten yaralama suçunu işlemiş olur.

Gebe kadın ikiz veya üçüz gibi rahminde birden fazla cenin taşıyorsa, fail, cenin sayısınca birden fazla çocuk düşürme suçunu değil, fakat tek çocuk düşürme suçunu işlemiş olur. Çünkü bu suçta mağdur yukarıda da açıklandığı üzere gebe kadının kendisidir ve eylem gebeliği sona erdirmeye eylemidir. Bunun için de kaç çocuğa birden gebe olunduğunun önemi yoktur. Fakat bu durum, failin bilmesi koşuluyla, diğer deyişle failin kastı kapsamında kalmak koşuluyla cezada artırım nedeni sayılabilir; bunun için suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince yasal düzenleme yapmak zorunluluğu açıktır. Fakat şu durumda da cezanın üst sınırdan belirlenmesinin gerekçesini oluşturabilir. Aynı şekilde, rızasız çocuk düşürme suçunda on haftadan fazla bir gebeliği tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızası dışında sona erdirmek de, bu haftadan itibaren korunan hukuksal yarar olarak kadının biyolojik anne olabilme hakkı yanında ceninin varlığını sürdürme hakkı da var olduğundan diğer bir ağırlaştırıcı neden olarak düşünülebilir.

## **VII. İştirak**

Yukarıda fail konusunda açıklandığı üzere rızasız çocuk düşürme suçunun temel şeklinde failin rahim tahliyesine yetkisi bulunan bir kişi olması zorunluluğunun bu suçu fail yönünden özgü suç konumuna koyduğunu ifade etmiştik. TCK.'nun 40/(2).maddesine göre özgü suçlarda bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler. Suçun fail yönünden nitelikli şeklinde ise, fail rahim tahliyesine yetkisi bulunmayan herhangi bir üçüncü kişi olabileceğinden, bu durumda genel iştirak kuralları uygulama alanı bulur.

### VIII. Yaptırım

Rızasız çocuk düşürtme suçunun temel şeklinde ceza, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır. Fiil, beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara neden olmuşsa ceza, altı yıldan on iki yıla kadar hapis, ölüme neden olmuşsa on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun, yetkili olmayan kişi tarafından işlenmesini ifade eden fail yönünden nitelikli şekilde ise verilecek cezada yarı oranında artırım öngörülmüştür (TCK.99/(5)c.2).

### B- RIZA İLE ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU (TCK.99/(2))

Rızasız çocuk düşürtme suçundan farkı, gebe kadının fiile rızasının bulunması ile birlikte bu rızanın hukuken geçerlik taşıdığı zaman diliminin aşılmış olmasıdır. Rıza ile çocuk düşürtme suçundaki gebelik on haftadan fazla olan gebeliktir. Gebe kadının rızası yoksa her durumda 99.maddenin (1). fıkrasındaki **rızasız çocuk düşürtme suçu söz konusu olur. Gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde rıza ile gebeliğin sona erdirilmesi hukuka aykırı ve de suç değildir. Ancak, on haftadan fazla olmayan gebelikte rızaya dayalı rahim tahliyesini yetkisiz kişi yaparsa, eylem, rahim tahliyesini yapan yetkisiz kişi açısından suç oluşturmaktadır.**

#### I. Maddi Unsur

TCK.'nun 99.maddesinin (2). fıkrasına **göre tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla** olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi cezalandırılır. Bu durumda çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın da cezalandırılır. Bu doğrultuda TCK.'nun 99/(2).maddesine göre tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde salt rıza ile rahim tahliyesi yapan kişi, rıza ile çocuk düşürtme suçunu işlemiş olur. Gebelik süresi **on haftayı doldurmamış olduğu halde**, gebe kadının rızası bulunsa bile, rahim tahliyesi eylemini yetkili olmayan bir kişi yapmış ise TCK.'nun 99/(5).maddesine göre yine çocuk düşürtme suçu işlenmiş olur.

#### a.Fail

Rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibidir. Ancak bu suçta esas olarak gebeliğin süresi on haftadan fazladır. Kısaca suçun temel şeklinde failin rahim tahliyesine yetkisinin bulunması gerektiğinden özgü suçtur. Failin rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kişi olması durumu suçun temel şeklindeki cezada artırım nedeni olarak kabul edilmiştir (TCK.99/(5),c.2). Failin, herhangi biri olması bu suçun da nitelikli şeklidir. Gebeliğin süresi on haftadan fazla değilse, rahim tahliyesine yetkisiz kişinin rızaya dayalı olarak gebeliği sona erdirmesi de TCK.'nun 99. maddesinin (5).fıkrasının 1.cümlesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Kısaca, rahim



tahliyesine yetkisiz kişinin rızaya dayalı olarak sona erdirdiği gebeliğin süresi on haftadan fazla ise rıza ile çocuk düşürtme suçunda nitelikli hal; on haftadan az ise yetkisiz kişinin çocuk düşürtmesi suçu söz konusu olur.

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, süresi on haftadan fazla olan bir gebelikte çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın da çocuğu düşürten üçüncü kişi failin fiiline iştirak eden olarak değil, kendisi ayrıca fail sıfatıyla cezalandırılmaktadır. TCK.'nın 99. maddesinin (2). fıkrasının 2.cümlesine göre **çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına mahkum olunur.**

### b. Mağdur

Rızasız çocuk düşürtme suçundan farklı olarak **rıza ile çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal yararın, öncelikle rahimdeki ceninin, hamileliğin onuncu haftasından sonra doğan bir hak olarak, varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı olduğunu ifade etmiştik. Esas olan düşünce** kadının biyolojik anne olup olmamayı seçebilme hakkıdır. Ancak gebe kadın hamileliğinin ilk on haftası içinde biyolojik anne olup olmama konusundaki tercihini yapmak zorundadır. Hukuk düzeni, gebe kadının bu seçimi yapma hakkını, gebeliğinin onuncu haftasından sonra rahmindeki ceninin varlığını sürdürebilme hakkı ile sınırlamıştır. Ceninin bu hakkının sınırının da gebe kadının doğduğundan bu yana sahip olduğu yaşama hakkı ve bunun yanında sağlık hakkı olduğunu ifade etmiştik. Bu sınır çerçevesinde, tıbbi zorunluluk bulunmadan rıza ile gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuk düşürtme eyleminde mağdur, rahimdeki onuncu haftayı doldurmuş cenindir.

### c. Hareket

Gebe kadının rahmindeki on haftadan fazla süreli canlı ceninin canlı varlığına son vererek gebeliği bitiren her türlü hareket olup, rızasız çocuk düşürtme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

### d. Netice ve Teşebbüs

Rızasız çocuk düşürtme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

## II. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk hukuk düzeni, gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde rızaya dayalı olarak yetkili hekim tarafından gebeliğin sona erdirilmesini tanımıştır. Gebelik süresi on haftadan fazla gebeliklerde ise, rızaya dayalı olsa bile gebeliğin sona erdirilmesini kural olarak tanımamış ve bu fiili suç kabul etmiştir. Ancak,

tıbbi zorunluluk durumu ile kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halleri istisnadır<sup>21</sup>.

**a. Tıbbi Zorunluluk Durumu:** Gebelik süresi **on haftadan fazla** olan bir kadının gebeliğine yukarıda da değinildiği üzere tıbbi zorunluluk varsa son verilebilecektir. Bu süredeki gebelikte rahim tahliyesi fiili tıbbi zorunluluk nedeniyle hukuka aykırı bir fiili oluşturmadığı gibi, suç tipi açısından da aynı zamanda tipe uygun bir fiilin oluşumuna engeldir.

Hamileliğin onuncu haftasından sonra başlayan, ceninin varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayarak doğabilme hakkının, diğer deyişle ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkının sınırı, gebe kadının sahip olduğu yaşama hakkı ve bedensel sağlığı hakkıdır. Hiçbir hukuk düzeni, gebe kadının kendi yaşamı ve bedensel sağlığı pahasına gebelik ve doğumu haklı kılamaz. Bu nedenle tıbbi zorunluluğun bulunmuyor olması suçun bir maddi unsuru olarak yer almıştır.<sup>22</sup>

Bu noktada TCK.'nun 99/2. maddesinde yer alan *"tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile"* ifadesine açıklık getirilmelidir. Bu ifadenin tersinden, *"tıbbi zorunluluk bulunduğu halde rıza bulunmasa, diğer deyişle rızaya dayanmasa bile"* rahim tahliyesi yapılabileceği anlamı çıkmaktadır.<sup>23</sup> Bu nedenle madde metninde yer alan *"rızaya dayalı olsa bile"* ifadesinin, gebe kadının ancak on haftaya kadar olan gebeliklerde rızasına hukuksal değer tanıdığını, on haftadan fazla gebeliklerde ise bu rızanın hukuksal değerinin bulunmadığını açıklamak amacı taşıdığı kanaatindeyim. *Sonuç olarak, henüz on haftayı doldurmamış gebeliklerde tıbbi zorunluluğun yokluğunda gebe kadının rızasıyla rahim tahliyesi yapılabilecekken, on haftadan fazla gebeliklerde rahim tahliyesi ancak tıbbi zorunluluğun varlığında gebe kadının rızası olmasa bile yapılabilecektir.*

Tıbbi zorunluluk hem gebe kadına ilişkin hem de cenine ilişkin olabilir ve ancak tıp biliminin verilerine göre belirlenebilir. Bu noktada Nüfus Planlaması Hakkın-

<sup>21</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun H v.Norway başvurusunda 14 haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmadığına ve devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iç mevzuatını istedikleri gibi şekillendirme yetkileri olduğuna dair kararı ve diğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için Bkz.DÖNMEZ Burcu, s.136 vd.

<sup>22</sup> Suç tipinde suçun kurucu unsurları arasında yer alması, **öğretide özel hukuka aykırılık olarak değerlendirilen unsurların**, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran suçun hukuka aykırılık unsuru içinde görülemeyeceği kanaatindeyim. Suç tipinde yer alan her unsur tipikliğin bir parçasıdır ve bu nedenle de TCK.'nun 30/1. maddesi kapsamında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar(yasallık unsuru) **içinde ele alınması gerekir. Çünkü bunları** hem suçun hukuka aykırılık unsuru içinde değerlendirip, hem de suç tipinde gösterilmeleri nedeniyle manevi unsurun kapsamında kaldıklarını açıklayan görüş de aslında dolaylı olarak bunu kabul etmiştir. Bu kabulün hukuksal sonucu, öğretide özel hukuka aykırılık halleri olarak değerlendirilmiş bu unsurlardaki hatanın maddi unsurdaki hata olarak kabulü sonucunda fiilde kastın yokluğudur.

<sup>23</sup> Aynı görüşte Tezcan-Erdem-Önok, s.293

da Kanun'un 5/2. maddesi söz konusu Kanun kapsamında tıbbi zorunluluk hallerini belirlemiştir. Kanaatimce adı geçen Kanun, TCK.'nun 99.maddesi kapsamında tıbbi zorunluluk kavramı açısından bağlayıcı olmayıp, ancak yorumda yararlanılabilecek bir kaynaktır. Söz konusu Kanun'a göre tıbbi zorunluluk halleri şunlardır:

a) Gebelik, annenin yaşamını veya yaşamsal organlardan birini tehdit eder hale gelmişse,

b) Gebelik, ilerleyen süreçte annenin yaşamını veya yaşamsal organlardan birini tehdit edecek ise,

c) Gebelik, doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak ise tıbbi zorunluluk vardır.

Gebeliğin şimdiki zamanda ya da gelecek zamanda gebe kadının yaşamı veya yaşamsal organları açısından tehdit oluşturmasının, Türk Ceza Kanunu bakımından da tıbbi zorunluluk olarak değerlendirileceği açıktır. Ancak, N.P.H.K.5/2. maddesinde yukarıda "c" bendinde gösterdiğimiz, gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olması durumu, Türk Ceza Kanunu'nun 99.maddesi kapsamında açıklığa kavuşturulmak zorundadır. Kanaatimce, cenin açısından tıbbi zorunluluk, gebe kadın açısından hiçbir tıbbi zorunluluk bulunmayıp, yalnızca ceninin anne rahminde canlılığını sürdürmeyecek olmasının tıbbi verilerle ortaya çıkması durumunda kabul edilebilir; ceninin, özürlü doğacak olması bu kapsamda değerlendirilemez. Aksinin kabulü, TCK.'nun 99/2.maddesinde tıbbi zorunluluk durumunda rahmin tahliyesi için gebe kadının rızasının aranmadığı göz önünde tutulacak olduğunda, özürlü doğacak tüm ceninlerin, gebe kadın doğurmak istese dahi, varlığına son vermek olanağının hekime tanınması sonucuna bizi götürür ki, hukuk düzeninin böyle bir amaç taşıyabileceği kabul edilemez. Başka bir ifadeyle, eğer annenin yaşamı veya yaşamsal organlarından biri tehlike içinde ise, bu husus, ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek yalnızca bu durumda izin almadan gebeliğe son verilebilmelidir; aksi takdirde, yetkili hekime, kanunen korunmuş bulunan ve üzerinde tasarruf etmesinin mümkün olmadığı bir hak üzerinde tasarruf yetkisi tanınmış olacaktır.<sup>24</sup>

Gebe kadının, genetik süreklilik taşıyabilen veya taşımayan özürlü çocuk annesi olmak istememesi olasılığında ise, zaten Türk Hukuk düzeninde on haftaya kadar her türlü gebeliğin gebe kadının isteğiyle sona erdirilmesinin mümkün olduğu anımsanmalıdır. Bu noktada, eğer ceninin özürlü bir çocuk olacağı ilk olarak on haftalık gebelikten sonra anlaşılmış ise, yine belli bir zaman dilimine kadar olmak kaydıyla gebeliğe son verilmesi rızaya dayalı istisnai bir tıbbi zorunluluk olarak değerlendirilebilir. Fakat bunun için de Türk Ceza Kanunu açısından ayrı bir düzenleme yapmak, kanunilik ilkesi açısından zorunludur.

<sup>24</sup> BAYRAKTAR Köksal, Hekim Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.197, YENERER-ÇAKMUT, s.134.

Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın nesnel bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile gerçekleştirilir. Bu durumda rahim tahliyesini yapma yetkisi yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanına tanınmıştır.

N.P.H.K. kapsamında on haftanın üzerindeki gebeliklerde bulunması gereken tıbbi zorunluluk koşulunu oluşturan kadının yaşamını veya yaşamsal organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumların neler olduğu Tüzük'e ekli (2) Sayılı Liste'de ayrıntılı olarak tek tek sayılmıştır. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla, bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur (Tüzük.md.5/2).

Bundan başka NPHK.'nun 5/3.maddesine göre gebeliğe derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil bir durum söz konusu ise yetkili hekim tarafından, rapor hazırlanmaksızın gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Yetkili hekim burada da yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanıdır.<sup>25</sup>

Belirlenen yukarıdaki acil durumlarda, rahim tahliyesini yapacak olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa müdahaleden itibaren 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle, müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır (N.P.H.K.md.5/3 ve Tüzük.md.9). Bu usule aykırı hareket edenler N.P.H.K.'nun 8/2.maddesine göre idari para cezası ile cezalandırılırlar.

**b. Suç Sonucu Gebe Kalınması Durumu:** Daha önce de değinildiği üzere TCK.'nun 99.maddesinin son fıkrasına göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir. Bu suçta böylece özel bir hukuka uygunluk nedeni getirilmiştir.

Burada yasa koyucu, özellikle uygulamada daha çok karşılaşılan nitelikli cinsel saldırı suçunda (eski deyişle ırza tecavüz suçunda) mağdur kadının gebeliğine on haftadan sonraki zaman diliminde de son verilebilmesi olanağını tanımış; bu fiili suç saymamıştır. Bu özel durumda yasa koyucu on haftadan fazla ve tıbbi zorunluluk olmasa dahi, yirmi haftayı doldurmamış gebeliklerin gebe kadının rızası ile sona

<sup>25</sup> Derhal müdahaleyi gerektiren acil durumlar ise Tüzük'ün 8.maddesine göre şunlardır:

- a.Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar,
- b.Servikal internal osun açık olduğu haller,
- c.Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.

erdirilmesini hukuka aykırı görmemiştir. Söz konusu maddenin Adalet Komisyonu'ndaki Görüşme Tutanakları incelendiğinde, tartışmanın daha çok hukuka uygunluğu sağlayacak gebelik süresinin 24 hafta ya da 20 hafta olarak mı belirlenmesi hususunda odaklandığı görülmektedir. Sonuçta 20 haftalık gebelik süresi kabul edilmiştir.

Fakat uygulamada karşılaşılabilecek bir sorun, “*mağduru olduğu bir suç sonucu*” ibaresidir. Yasada, kadının gebeliğinin, mağduru olduğu bir suç sonucu olduğuna kimin karar vereceğine dair açıklığın olmaması eksiklikler ve bu hükmü uygulanamaz duruma getirme tehlikesi taşımaktadır. Kadının gebe kalmasına neden olduğu savlanan suçun işlendiği hususunda kesin mahkeme hükmünün aranması olasılığında söz konusu hukuka uygunluk nedeni işletilemez nitelikte olacaktır. Çünkü kadının gebeliğinin 20 haftalık süresi dolmadan önce, ceza muhakemesi sürecinin kesin hükümlerle bitirilmesi ve kadına karşı onu gebe bırakan bir suçun işlendiğinin kesin hükümlerle sabit olması, pek çok olayda gerçekleşmeyecek bir durumdur.

Bu hükme benzer bir düzenleme içeren Alman Ceza Kanunu'nun 218a/(3). maddesine göre, **mağdura karşı böyle bir suçun işlendiği hususunda kesin bir mahkeme hükmü, yerinde bir düzenlemeyle aranmamaktadır. Bunun yerine mağdura karşı böyle bir suçun işlendiğinin ve gebeliğin bu eyleme dayandığının hekim tarafından kuvvetle muhtemel görülmesi, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kabulü için yeterlidir.**<sup>26</sup> Hekimin böyle bir kanaate ulaşabilmesi için Alman Ceza Kanunu'nun yukarıda belirtilen maddesine göre, gebeliğin böyle bir suça dayandığını gösteren kesin sebeplerin bulunması gerekmektedir.

### III. Manevi Unsur

Bu suçta manevi unsur genel kasttır. Fail, gebe kadının rızasının varlığını -aksi durumda rızasız çocuk düşürme suçu oluşur- gebeliğin on haftadan fazla olduğunu, gebeliği sona erdirmek için tıbbi zorunluluk bulunmadığını bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmelidir. Suçun fail yönünden nitelikli şekilde ise fail, rahim tahliyesine yetkili olmadığını da bilmelidir. Suç, olası kastla da işlenebilir. Bu durumda TCK.'nun 21/2.maddesindeki indirim oranı uygulanır.

### IV. Suçu Etkileyen Ağırlaştırıcı Sebepler

TCK.'nun 99.maddesinin (4). fıkrasında yer alıp, rızasız çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir. Ancak bu suçta cezalar, rızasız çocuk düşürme suçuna göre daha azdır.

<sup>26</sup> SCHMIDT Rolf- PRIEBE Klaus, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2.Bası, 2003, sh.66

## V. Suçların İctimai ve İştirak

Rızasız çocuk düşürtme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

## VIII. Yaptırım

On haftadan fazla bir gebeliği, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile sona erdiren faile iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Fiil, beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara neden olmuşsa ceza, üç yıldan altı yıla kadar hapis, ölüme neden olmuşsa dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır (TCK.99/(4)). Fail, rahim tahliyesine yetkili olmayan kişi ise verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK.99/(5,c2)). Çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadına da bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür (TCK.99/(2)).

Gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde rıza ile gebeliğin sona erdirilmesi hukuka aykırı ve de suç değildir. Ancak, on haftadan fazla olmayan gebelikte rızaya dayalı rahim tahliyesini yetkisiz kişi yaparsa, eylem, rahim tahliyesini yapan yetkisiz kişi açısından suç oluşturmaktadır. Bu durumda faile iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Öngörülen ceza, on haftadan fazla gebelikte yetkili hekim tarafından rıza ile çocuk düşürtme suçunun cezasıyla aynıdır.

## ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

Türk Ceza Kanunu'nun 100.maddesine göre: “*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*”

Rıza ile çocuk düşürtme suçundan farkı, çocuk düşürme fiilini gebe kadının kendisinin işlemesidir.

## I. Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Rıza ile çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi, rahimdeki ceninin, hamileliğin onuncu haftasından sonra doğan bir hak olarak, varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkıdır. Gebe kadın, hamileliğinin ilk on haftası içinde biyolojik anne olup olmama konusundaki tercihini yapmak zorundadır. Hukuk düzeni, gebe kadının bu seçimi yapma hakkını, gebeliğin onuncu haftasından sonra rahimdeki ceninin varlığını sürdürüp, doğma hakkı ile sınırlamıştır.

## II. Maddi Unsur

### a. Fail

Bu suçta fail, çocuğu düşürme fiilini kendisi gerçekleştiren gebe kadındır. Bu yönüyle çocuk düşürme suçunu ancak gebe bir kadın işleyebileceğinden özgü suçtur. Yukarıda da belirtildiği gibi on haftayı doldurmayan gebeliklerde, gebe kadı-

nın rızası bulunsa bile yetkili olmayan bir kişi tarafından rahmin tahliyesi 99/(5). maddedeki çocuk düşürme suçunu oluşturur. Bu durumun nedeni, kanunumuzun sisteminin gebeliğin tıbbi bir kurumda ve yetkili kişiler tarafından yapılmasını sağlamak, yetkili olmayan kişilerin müdahalelerine engel olmak ve kadının sağlığını korumak olmasıdır.<sup>27</sup> Fakat on haftayı doldurmayan gebeliklerde, gebe kadının kendisi çocuğunu düşürecek olursa fiil suç oluşturmaz.

TCK.'nun 100.maddesine göre gebe kadının kendisi ancak gebelik süresi on haftadan fazla olan gebeliklerde çocuk düşürme suçunun faili olarak bu suçu işleyebilir.

### **b. Mağdur**

Gebe kadının rahmindeki onuncu haftayı doldurmuş cenindir.

### **c. Hareket**

Gebe kadının rahmindeki on haftadan fazla süreli canlı ceninin canlı varlığına son vererek gebeliği bitiren her türlü hareket olup, çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir. Çocuk düşürme suçunun da işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir.

### **d. Netice ve Teşebbüs**

Çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

## **III. Hukuka Aykırılık Unsuru**

Ancak TCK.'nun 25/(2). maddesindeki zorunluluk halinin varlığında fiil hukuka uygun olabilir.

## **IV. Manevi Unsur**

Manevi unsur genel kasttır. Kadın, gebe olduğunu, gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunu, bilerek ve rahmindeki canlı ceninin canlılığına son vermeyi isteyerek icra hareketlerine başlamalıdır. TCK.'nun 100.maddesi metninde açıkça "isteyerek düşürmek" ibaresine yer verilmiş olduğundan kanaatimce bu suç olası kastla işlenemez.

## **V. Suçu Etkileyen Nedenler**

Yasada suçta etki eden neden öngörülmemiştir.

<sup>27</sup> ÖNDER Ayhan, s.191.

## VI. Suçların İçtimalı

Genel kurallar uygulanır. Gebe kadının kendisine karşı kasten yaralama veya kasten öldürme suçunun faili olamayacağı açıktır.

## VII. İştirak

Özgü suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar (TCK.40/(2)).

## VIII. Yaptırım

Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur (TCK.100).

### KISIRLAŞTIRMA SUÇU (STERİLİZASYON)

Türk Ceza Kanunu'nun 101.maddesinde düzenlenmiştir. N.P.H.K.'nun 4.maddesi, "Sterilizasyon ve Kastrasyon" başlığını taşımakta olup, bu maddeye göre sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan yok edilmesi için yapılan müdahaledir. N.P.H.K. kastrasyonu tanımlamamakta, fakat 4.maddesinin son fıkrasında bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesinin yapılabileceği hükmünü taşımaktadır. N.P.H.K.'nun sterilizasyon tanımından da yorum yoluyla dolaylı olarak çıkarılabileceği üzere kastrasyon, kişinin çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine de engel olacak şekilde yok edilmesidir. Diğer deyişle kastrasyon, "kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan tıbbi bir müdahaledir."<sup>28</sup> Türk Ceza Kanunu'nda hukuka aykırı hadımlaştırmayı (kastrasyon) özel olarak suç tipi haline getiren bir düzenleme yoktur. Kısırlaştırma fiilini ayrı suç tipi olarak kabul eden anlayışta, daha ağır fiil olan hadımlaştırmanın ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olması anlaşılabilir. Bu durumda kanaatimizce, fail TCK.'nun 87/(2).maddesindeki ağır yaralama suçunu işlemiş olacaktır.

TCK.'nun 101.maddesindeki düzenlemeye göre kısırlaştırma suçu da rızaya dayalı ve rıza olmaksızın iki biçimde işlenebilir. **Rıza olmaksızın** bir kadın veya erkeği kısırlaştırma (sterilizasyon) eyleminin faili, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma eyleminin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur** (TCK.101/(2)).

<sup>28</sup> YENERER-ÇAKMUT Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın... s.123; ERMAN Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.209.



## A- RIZASIZ KISIRLAŞTIRMA SUÇU

Türk Ceza Kanunu'nun 101/(1). maddesine göre bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse cezalandırılır.

### I. Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Anayasa'nın 17.maddesine göre 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. Bu nedenle "sağlık hakkı kapsamında yapılan müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne ve kendi geleceğini belirleme hakkına müdahale oluşturur."<sup>29</sup> Kısırlaştırma suçuyla korunan hukuksal yarar da kişinin üreme yeteneğinin korunması özelinde beden dokunulmazlığı hakkıdır.<sup>30</sup>

### II. Maddi Unsur

#### a.Fail ve Mağdur

Herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir. Fakat yetkili olmayan kişinin fail olması cezada artırım nedenidir. Bu nedenle suçun temel şeklinde fail ancak kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili kişi olabilir; bu durumda da özgü suç niteliği oluşur.<sup>31</sup> Fail ve mağdur sıfatı birleşemez; diğer deyişle kişinin kendini kısırlaştırması suç değildir.

Kısırlaştırma suçunun mağduru üreme yeteneğine sahip kadın veya erkektir. Üreme yeteneği bulunmayan kadın veya erkek üzerinde bu suç işlenemez.

#### b.Fiil

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e göre sterilizasyon(kısırlaştırma) deyimi kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde vazektomiye (erkeğin tohum kanallarının ameliyatla bağlanması) ifade etmektedir (Tüzük.md.2/b,c). Kısırlaştırmanın hadımlaştırmadan farkı yukarıda da açıklandığı gibi kişinin cinsel arzu ve faaliyet yeteneğine son vermemesidir. Aksi takdirde fiil kısırlaştırma suçunu değil, ayrı bir hadımlaştırma suç tipi bulunmadığından yaralama suçunu oluşturur.

N.P.H.K.'nun 4/2. ve Tüzük'ün 10. maddesine göre kısırlaştırma (sterilizasyon)

<sup>29</sup> Yokuş-Sevük, Handan, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", iç. Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı:1 Basım Yılı. Ocak 2007, s.221.

<sup>30</sup> Aynı görüşte Yenerer-Çakmut, Özlem, "Türk Ceza Yasasında Kısırlaştırma Suçu", iç.Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2008, s. 718.

<sup>31</sup> Erman/Özek, s.212, no.267.

yon) ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. N.P.H.K.'ndaki "tıbbi sakınca olmaması" koşulu TCK.'nun 101.maddesinde suçun kanuni tanımında yer almamıştır; dolayısıyla bu suçta aranmaz. Ancak, kişi kısırlaştırmayı istese veya buna razı olsa bile yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sağlayabilmesi için söz konusu tıbbi sakıncalar konusunda kişinin aydınlatılması zorunludur. Kişi, bu tıbbi sakıncalar konusunda aydınlatılmış olmasına rağmen kısırlaştırmayı istediğinde veya buna razı olduğunda N.P.H.K.'na aykırı bir kısırlaştırma fiili bulunmasına karşın, bu hukuka aykırı fiil TCK.'nun 101/(1). maddesindeki kısırlaştırma suçunu oluşturmaz. Aksinin kabulü kıyas yapmak olur.

Yine N.P.H.K.'na göre reşit olmayan bir kişiye kısırlaştırma ameliyatı yapılamayacaktır. Ancak, bu husus da TCK.'ndaki suç tipinde yoktur. Dolayısıyla TCK.'nun 101.maddesindeki kısırlaştırma suçu açısından rıza açıklayacak kişinin reşit olması da aranmaz. Yasa koyucunun kısırlaştırma suçu açısından N.P.H.K.'nda olduğu gibi reşit olmayı suçun yasal unsuru sayması gerektiği kanaatindeyim. Ancak, rızanın -ister suçun kanuni tanımında yer alan bir unsur isterse de suçun nesnel unsuru olarak hukuka uygunluk nedeni olsun- geçerli olabilmesi için kişinin rıza açıkladığı konuda ehil olması zorunludur. Rıza konusu hakkın sahibi olan kişi, korunmasından vazgeçmek istediği hukuksal çıkarın kendisi açısından taşıdığı anlam ve önemi kavrayabilme yeteneğine sahip değilse açıkladığı rıza geçerli değildir.<sup>32</sup>

Yine N.P.H.K.'na göre eğer kişi evli ise eşinin de izninin alınması zorunluluğu vardır (NPHK.md.6/2, Tüzük.md.13/2). TCK.'ndaki suç açısından ise eşin rızası aranmaz; kişinin kendisinin rızası fiilin suç oluşturmaması için yeterlidir. Reşit kişi vesayet altındaysa vasinin de izni gerekmektedir (Tüzük.md.15). Kanaatimizce rıza bu suçta da suçun yasal unsuru olup, hukuka uygunluk nedeni değildir.<sup>33</sup>

N.P.H.K.'nun 8. maddesinde önceden yer alan, fiillerin daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde failin "ağır para cezası" ile cezalandırılacağı hükmü, N.P.H.K.'nun 8.maddesinde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 401.maddesi ile yapılan değişiklikle maddeden çıkarıldığından, artık N.P.H.K. kapsamında da bir suç oluşmamaktadır.

### c. Teşebbüs

Suç, teşebbüs derecesinde kalabilir.

## III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Tıbbi zorunluluk durumu TCK'nun 25/(2).maddesindeki zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenini oluşturabilir.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 7.Bası, Kasım 2011, s.320.

<sup>33</sup> Aynı görüşte Tezcan/Erdem/Önok, s. 298, Aksi görüşte Yenerer-Çakmut, Alacakaptan'a Armağan, s.720 vd.

<sup>34</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.298.

#### IV. Manevi Unsur

Suçun taksirli şekli yoktur; kasten işlenebilir. Olası kastın varlığında cezada indirim yapılır (TCK.21/(2)).

#### V. Suçu Etkileyen Nedenler

Rızasız kısırlaştırma eylemi, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa ceza üçte bir oranında artırılır (TCK.101/(1)).

Kadınlara kısırlaştırma ameliyatı yapma yetkisine kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ya da genel cerrahi uzmanları sahiptir. Erkeklerle kısırlaştırma ameliyatını ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları ile bu konuda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler yapabilirler (Tüzük.md.10).

#### VI. Suçların İçtimalı

Failin varmak istediği sonuç, diğer deyişle hareketinin maksadı, mağduru kısırlaştırmak olmayıp, onu yaralamak olmasına karşın, yaralamak fiili nedeniyle mağdur çocuk yapma yeteneğini kaybederse TCK.'nun 87/(2),c maddesindeki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu gerçekleşir.

Ancak failin maksadı kısırlaştırma olup da kısırlaştırma fiili nedeniyle mağdur ölür veya bedensel zarara uğrarsa ayrıca taksirle öldürme ya da taksirle yaralama suçları da söz konusu olur. Bu durumda fail hem tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış kısırlaştırma suçundan hem de adı geçen suçlardan birden fazla ceza alabilir. Her ne kadar 5237 sayılı TCK.'nun 101.maddesinin gerekçesinde “kısırlaştırma ameliyesinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara neden olması halinde, failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur” denmişse de kanaatimce kuşku vardır. Çünkü TCK.'nun 101.maddesinde düzenlenmiş kısırlaştırma suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış şekline Yasa'da yer verilmemiştir. 765 sayılı TCK.'nda **kısırlaştırma suçunun yer aldığı 471.maddede kısırlaştırma failinin mağdurun ölümüne veya bedensel bir zararına neden olması halinde failin ayrıca 765 sayılı TCK.'nun 452. ve 456.maddelerine göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştı.** Söz konusu 452.maddede yaralama kastının aşılması suretiyle insan öldürme suçu, 456.maddede ise netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu yer almakta idi ve fail bu nedenle hem tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış kısırlaştırma suçundan hem de adı geçen suçlardan gerçek içtima hükümlerine tabi olabilirdi.

#### VII. İştirak

Genel kurallara tabidir ancak özgü suç şeklinde buna iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar (TCK.40/(2)).

### **VIII. Yaptırım**

Temel şeklinde üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası olup, nitelikli şeklini oluşturan, fiilin kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından işlenmesinde ceza üçte bir oranında artırılır.

#### **B- RIZAYA DAYALI KISIRLAŞTIRMA SUÇU**

Yukarıda açıklandığı üzere rıza, aslında kısırlaştırma fiilinin kısırlaştırma suç tipine uygunluğunu engelleyen bir yasal unsurdur. Kısırlaştırma, esasen rıza yoksa suç oluşturur. Rızanın varlığına rağmen kısırlaştırma fiilinin suç oluşturmasının nedeni, bu fiilin failinin niteliğidir. TCK.'nun 101/(2).maddesine göre rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yetkili kişilerin kimler olduğu yukarıda açıklandığı üzere Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 10.maddesinde belirlenmiştir.

**CEZA YARGILAMASINDA KATILANIN, AYNI ZAMANDA  
CMK 45. MADDEDE ÖNGÖRÜLEN KİŞİLERDEN BİRİ  
OLMASI HALİNDE, TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKINI  
KULLANIP KULLANAMAYACAĞI SORUNU**

*(The question of whether a party of criminal trial can  
use their right of refusal to testify in case that the person also  
one of those specified under the 45th article of  
Turkish Criminal Procedure Code )*

**Fatih Selami MAHMUTOĞLU\***

**ÖZET**

Çalışmamız, müdafii olarak katıldığımız bir yargılama sürecinde ortaya çıkan ceza yargılamasında katılanın, aynı zamanda CMK m.45'te öngörülen kişilerden biri olması halinde, tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunundan yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bu kapsamda öncelikli olarak mağdur, katılan ve tanık kavramlarına yer verilmiş; daha sonra ise ceza muhakemesinde tanıklığa ilişkin hükümlere, tanığın yükümlülükleri ve hakları ayrımına gidilerek ayrıntılı olarak değinilmiştir.

Tanığın hakkı kapsamında değerlendirilecek olan tanıklıktan çekinme hakkının sebeplerinden birini akrabalıktan kaynaklanan çekinme halleri oluşturmaktadır. Bu halde, katılanın CMK m.45'te öngörülen kişilerden biri olması halinde ise tanıklıktan çekinip çekinemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Makalemizde, katılanın bir taraftan sanığa yönelik isnatlarda bulunarak cezalandırılmasını talep etmesi ve bu kapsamda katılan sıfatının kazanılması, diğer taraftan ise "belirli kişilere sanıkların aleyhine beyanlarda bulunmama" olanağını sağlayan tanıklıktan çekinme hakkını yine bu sıfatla kullanmasının nasıl değerlendirilebileceği hususu tartışılmıştır. Konu ayrıca suç uydurma ve iftira suçunun oluşması bakımından da irdelenmiş, özellikle de yalan tanıklık suçunun failliği bakımından ilave bir değerlendirme yapılmıştır. Bunun yanı sıra CMK m. 201 kapsamında doğrudan soru yöneltme hakkının hukuk kültürümüze ve geleneğimize kısmen yabancı olması ve uygulamada hakimlerimizin

\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi (E.)

bu müesseseyi gereği gibi işletmemeleri karşısında, savunma hakkının olası sorunlarına da adil yargılanma hakkı bağlamında değinilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Tanıklık, Katılan, Tanıklıktan çekinme hakkı, İftira, Suç uydurma, Doğrudan soru yöneltme

### *Abstract*

Our study has been prepared based on that in the case that intervening party in criminal procedure is also person within the scope of article 45 of criminal procedure code, intervening party whether using right of refraining from testimony. In this context, firstly notions of victim, intervening party, witness have been mentioned; later, provisions of witness have been explained as obligations and rights of witness in detail.

Refraining from testimony arising cosinage is one of the reasons of refraining from testimony within the scope of rights of witness. In this context, in case that intervening party within the scope of article 45, the problem of intervening party whether the used right of refraining from testimony has appeared. In our article, discussed how to evaluate matters of the one hand intervening party who claiming punishment of defendant thereby attitude to defendant and in this context acquisition of intervening party capacity, on the other hand the right of refraining from testimony that enable specific persons to not make statements against defendant as same capacity. Also, the subject has been examined composed of the procuding an offense and aspersion, especially have made an assessment about offender of perjury. In addition to this, in the face of the right of posing direct questions within the scope of article 201 of criminal procedure code is stranger to our law tradition and culture and in practice, not to applied this establishment by judges, mentioned that the potentional problem of right of defence in the context of fair trial.

**Keywords:** Testimony, Participant, Witness' right of refusal to testify, Slander, Baseless allegation, to ask questions directly

## **I. ORTAYA KONULAN HUKUKSAL SORUNUN GÜNDEME GELDİĞİ BİR CEZA YARGILAMASINDAKİ SÜREÇ**

Müdafî olarak katıldığım bir ceza yargılamasında, mahkemenin, davaya katılan ve aynı zamanda sanığın yakını olan mağdurun, tanık sıfatıyla dinlenmesine yönelik verdiği ara karar üzerine, katılan vekilleri, bu kişinin tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu gerekçesiyle tanıklığına başvurulamayacağı itirazında bulunarak, çok ilginç bir hukuki tartışmaya sebebiyet vermişti. Bu noktada sanık müdafileri olarak hem ara karar gereğince tanık sıfatıyla dinlenilmesine karar verilen katılanın, bu gerekçelerle tanık olamayacağı iddiasının yerinde olmadığını, hem de tanıklıktan çekinme talebinin bu müessesenin amacıyla bağdaşmadığını belirterek, iki açıdan karşı çıktık. Gerekçe olarak da, CMK m.236'da yer alan mağdur-tanıklık statüsüne ilişkin düzenleme karşısında eleştiriye açık bile olsa farklı bir uygulamaya

gidilemeyeceğini ve tanıklıktan çekinme hakkının temel felsefesini gösterdik. Ancak Mahkeme, CMK m.45'te belirtilen kişilerin yakınlık derecesinin mevcudiyetinin, tanıklıktan çekinme hakkının kabulü için yeterli olduğundan bahisle ortaya koyduğumuz bu gerekçeleri reddetti. Biz de bunun üzerine, CMK m.201 kapsamında doğrudan soru yöneltme talebinde bulunduk ve mahkeme de bu talebimizi kabul etti.

İşte bu hukuksal tartışmalardan esinlenerek kaleme aldığımız çalışmamızda, öncelikle ceza muhakemesi hukuku anlamında mağdur, katılan ve tanıklık kavramlarını kısaca açıklayacağız. Devamında da, tanıklık müessesinin ayrıntılarını ele alıp, katılanın CMK 45. maddede öngörülen kişilerden biri olması halinde tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorununu irdelleyeceğiz.

## II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDUR, KATILAN VE TANIK KAVRAMLARI

### A. Mağdur

Suçun konusunun ait olduğu kişi anlamına gelen mağdur<sup>1</sup>, başta şikâyet olmak üzere çeşitli haklarla donatılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununa göre bunlar; muhakemeye yön verme, dosyayı inceleme, avukat yardımından yararlanma şeklinde sınıflandırılabilir<sup>2</sup>. Suç mağdurunun kamu davasına katılması ve bunun sonucunda sahip olacağı haklar ise değinilen hakları tamamlayıcı niteliğe sahiptir<sup>3</sup>.

### B. Katılan

Katılma, mağdur, suçtan zarar gören ile malen sorumlu olanların, savcının açtığı kamu davasında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kendisine tanıdığı hak ve yetkilere sahip olarak savcının yanında yer almak istemesi anlamına gelir<sup>4</sup>. Bu istem yetkili mercii tarafından kabul edildiği takdirde, söz konusu talepte bulunan kişi artık katılan (müdahil) olarak nitelendirilir.

Bu kurum, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 237. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Bu maddelerde, kimlerin katılan olarak davaya katılabilecekleri ve bu kişilerin hak ve yetkileri yer almaktadır.

<sup>1</sup> Mağdur kavramı böyle olmakla birlikte, zaman zaman "suçtan zarar gören" ile karışabilmektedir. Bu noktada belirtmeliyiz ki, mağdur, daima suçun gerçekleşmesinden zarar gören kişi olmasına rağmen, suçtan zarar gören, her zaman mağdur olmayabilir. Daha farklı bir ifadeyle, bir kişi suçun mağduru olmasa bile, söz konusu fiilden doğrudan etkilendiği için suçtan zarar gören sıfatını kazanabilir. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, s.207.

<sup>2</sup> ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.237-241.

<sup>3</sup> CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2008, s.245.

<sup>4</sup> TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.99.

CMK md. 237'ye göre, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, kamu davasına katılabileceklerdir. Ancak burada vurgulanması gereken husus, müdahale açısından suçtan zarar görmenin doğrudan doğruya olması gerektiğidir. Diğer bir deyişle, dolaylı olarak suçtan zarar gören kişiler, müdahale kurumundan faydalanamayacaklardır. Keza Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>5</sup>.

Katılma, CMK md. 238/1 uyarınca, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilerek yahut bu talebi içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi şeklinde olur. Kamu davasına katılma hakkı bulunan kişiler, CMK'nın kendilerine tanıdığı yetkileri kullanabilecekler, ayrıca kanun yoluna da müracaat edebileceklerdir (CMK m. 260).

### C. Tanıklık

Ceza Muhakemesinde yargılamaya konu fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, yargılama makamının kanaate ulaşmasını sağlayan vasıtalarından biri de tanık beyanıdır<sup>6</sup>. Tanık, kural olarak mahkeme, istisnaen de savcı önünde yeminle dinlenen, muhakeme konusu olay hakkında algıladığı durumları aktaran kişidir<sup>7</sup>. Tanıklık kamusal bir görev olduğundan bireyler bu görevi yerine getirmekle yükümlüdürler. Kural olarak herkes tanık olabilir. Bu kapsamda çocuklar, akıl hastaları ve sanığın yakınları da tanıklık yapabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta tanıklıkla bağdaşmayacak statülerdir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

Hâkim, savcı veya müdafî gibi yargılama faaliyetine doğrudan etkileri olan kişiler tanık sıfatı ile dinlenilmeleri gerektiğinde artık yargılama sürecine katılmazlar. Bu durum CMK m.22'de hâkimler yönünden, aynı davada tanık sıfatıyla dinlenmesi halinde görevini yapamaz şeklinde ifade edilmiştir. Savcının tanık olduğu durumlarda ise objektifliğin tehlikeye düşmesi söz konusu olabileceğinden, savcının artık iddia görevini yapamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Benzer şekilde müdafî ve tanıklık sıfatları da birbiriyle bağdaşmadığından müdafîin tanık olması durumunda artık görevini yapamayacağı kabul edilmelidir<sup>8</sup>.

Şüpheli veya sanık tarafı olduğu olay bakımından tanıklık yapamaz<sup>9</sup>. Bir başka ifade ile tanık ve sanık sıfatları bir arada bulunamaz.

<sup>5</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 17.02.2000 tarih ve 847/1153 esas sayılı kararına göre, "Yakınan Büyükşehir Belediyesinin mühürlediği LPG dolum tesisinin mührünün bozulmasından doğrudan zarar göreceği gözetilmeden davaya katılma isteğinin reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır."

<sup>6</sup> ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Nihat; DOĞAN, Koray; BACAĞIZ, Pınar; TEPE, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir, 2012, s.603.

<sup>7</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s.335; ŞAHİN Cumhuriyet; GÖKTÜRK, Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku –II-, Ankara, 2012, s.23.

<sup>8</sup> YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2007, s.272.

<sup>9</sup> ÜNVER, Yener, HAKERİ, HAKAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s.243.



Çalışma konumuz kapsamında önem arz eden mağdur veya katılanın aynı zamanda tanık olması durumu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağından burada kısaca mağdurun tanık olarak dinlenmesini mümkün kılan CMK m.236'ın, bu kişiler hakkında, yemin hariç olmak üzere tanıklığa ilişkin maddelerin uygulanacağına hükmettiğini belirtmekle yetiniyoruz.

## II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TANIKLIK

### 1. TANIĞIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### A. Hazır Bulunma Yükümlülüğü

Tanıklar, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı tarafından suça konu olayla ilgili olarak iddianame düzenlenmesine olanak bulunup bulunmadığını kavramak için; kovuşturma evresinde ise duruşmada mahkeme tarafından, suçluluk konusunda bir kanaate ulaşarak hüküm vermek amacıyla dinlenirler<sup>10</sup>.

Tanıklar dinlenmek üzere çağrı kâğıdı ile çağırılırlar. Bir kamu görevi olarak nitelendirdiğimiz tanıklığın, yapılmamasına sonuçlar bağlanabilmesi için davetin kanunda belirtilen şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu şekle uyulmadan yapılan çağrılara herhangi bir hukuki sonuç bağlanamaz. Bu nedenle çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları da bildirilmelidir. Genel kural, tanıkların CMK m.43/1'de belirtilen usulle çağrılmaları olmakla birlikte, tutuklu işlerde tanıklar hakkında zorla getirme kararı verilebilmektedir. Mahkeme bu durumda, karar yazısında zorla getirmenin nedenlerini göstermelidir. Bu şekilde zorla getirme kararı çıkarılan tanıklara da çağrı kâğıdı ile gelen tanıklara uygulanacak işlemler yapılır.

Mahkeme duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenmesi gerekli görülen tanıkların belirli gün ve saatte hazır bulundurulmasını yazılı olarak emredebilir. Bu durum, zorla getirmeye ilişkin bir düzenleme hüviyetinde görülmektedir.

Teknolojik gelişmeleri de göz önünde bulunduran kanun koyucu, yargılamaların daha çabuk sonuçlandırılmasını sağlamak için CMK' da, çağrı kâğıdı dışında araçlarla da tanıkların davet edilebilmesine imkân sağlamıştır. Bu çerçevede; çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak suretiyle de yapılması mümkündür. Ancak kanun bu şekilde yapılan çağrılara, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçları bağlamamıştır.

Kanunda yer alan özel düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinebilir ya da tanıklık yapmayı tercih edebilir. Tanıklık yapması halinde beyanı konutunda alınabilir ya da yazılı olarak gönderebilir. Bu düzenlemenin nedeni Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygıdır. Belirtmek gerekir ki; öğretilerde bu durumun keyfilığe yol açacağı ve hukuk devleti ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.

<sup>10</sup> CENTEL-ZAFER, s.241.

Bu hususta son olarak belirtmek isteriz ki; CMK 43.maddenin son fıkrasında tanıklığın çağrılmasına ilişkin hükümlerin kişinin ancak Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmesi söz konusu olduğunda uygulanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kolluğun tanık dinlemesi durumunda bu hükümler uygulama alanı bulmayacak, dinlenen kişi de tanık sıfatına sahip olmayacaktır. Kolluk da, soruşturma kapsamında ifadesine başvurulacak kişileri çağırır fakat bu kişilerin çağrıya uymaması durumunda zorla getirilmeleri mümkün değildir. Ayrıca; kollukta alınan ifadede yemin teklif edilemez<sup>11</sup>. Kolluğun bu çerçevede ilgilileri dinlemesi ancak bilgi alma mahiyetindedir.

### **B. Doğruyu söyleme yükümlülüğü**

Tanık, içtenlikle beyanda bulunmak yasal yükümü altındadır. Ancak gerçeği söyleme yükümlülüğü kanunda açıkça kurala bağlanmamış bunun yerine tanığın doğruyu söylemesini sağlayacak tedbirlerin alınması daha uygun görülmüştür. Söz gelimi, CMK m.53'te tanığa, yerine getirdiği görevin önemini anlatılması düzenlenmiştir. Bu kapsamda, tanığa her şeyden önce gerçeği söylemesi gerektiği açıklanmalıdır. Esas itibariyle sanıklar bakımından yalan söylemek bir ceza sorumluluğuna neden olmasa da, aynı sonuç tanıklar bakımından geçerli değildir. Tanıklığın yargılama açısından önemi nedeniyle Yalan Tanıklık, TCK'da Adliye Karşı Suçlar bölümünde farklı olasılıklar gözetilerek suç olarak düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle, TCK'nın 272. maddesi, hem gerçeğe aykırı biçimde, hem de yemin verilen ve buna rağmen yalan beyanda bulunarak tanıklık yapılmasını öngörmekte ve buna cezai sonuçlar bağlamaktadır. Bu bağlamda tanığa gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, dinlenmeden önce hatırlatılmalıdır.

### **C. Yemin yükümlülüğü**

Kanuna göre tanıklar kural olarak ayrı ayrı yemin ederler. Ancak gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenmesinin uygun olup olmadığında tereddüt varsa yemin, tanıklıktan sonraya bırakılabilir. Yemin verdirmeye kural olarak hâkim veya mahkeme yetkili iken, tanık dinlemeye yetkisi bulunan Cumhuriyet Savcısı da soruşturma evresinde yemin verdirebilecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tanık dinlemeye yetkisi olmayan kolluğun yemin verdirmeye de yetkisi bulunmamaktadır.

Kanunda şekil olarak tanığa yüksek sesle tekrar ettirerek veya okutarak yemin verdirileceği düzenlenmiştir.

Sağır ve dilsizler, yemin şeklini yazıp imzalarını koyunca yemini yerine getirmiş sayılırlar, okuma yazma bilmiyorlarsa, işaretle yemin ederler. Bu takdirde

<sup>11</sup> CENTEL-ZAFER, s.243.

işaretlerden anlayan bir kimsenin aracılığına başvurulur. Geçici olarak konuşma yeteneğini kaybetmiş olanlar hakkında da aynı usule başvurulur. Kişi, sağır ve dilsiz olmadığı hâlde, sağır ve dilsiz gibi hareket ederek yemin etmiş ise ettiği yemin geçerli sayılmalıdır.

Tanığın aynı soruşturma veya kovuşturma evresinde tekrar dinlenmesi durumunda tanığa tekrar yemin verdirilmeyecek, ettiği yemin hatırlatılacaktır<sup>12</sup>. Tanığa tekrar yemin verdirilmese de verdiği yeminin hatırlatılması, doğruyu söylemesi yönünde bir hatırlatma da olmuş olacaktır.

### **a. Yemin etme yükümlülüğü bulunmayanlar**

Daha önce de ifade edildiği gibi tanık çağrıyla uyarak hazır bulunmak, beyanda bulunmak ve verilecek yemini eda etmekle yükümlüdür. Bu anlamda yemin etmek, tanık için bir ödevdir. Kural olarak bütün tanıklar dinlenmeden önce yemin ederler. Fakat bazı tanıklar açısından yemin verilmesi yasaklanmıştır. Bu bağlamda yeminsiz olarak dinlenecekler üç gruba toplanmıştır.

İlk grup, dinlendikleri sırada on beş yaşını tamamlamamış olanlardır. Kanun koyucu küçüklerin yeminin içerik ve anlamını kavrayamayacaklarını varsayarak onlara yemin ettirilmesini yasaklamıştır. Kanun hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere on beş yaşın tamamlanmasında esas alınan beyanda bulunulan zamandır.

İkinci grup ise, ayırt etme gücüne sahip olmayanlardır. Bu kişiler akıl hastaları olabileceği gibi, davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış kişiler de olabilir. Doğaldır ki yeminin niteliğini ve önemini anlayamayacak kişilere yemin ettirmenin bir işlevi yoktur. Uyuşturucu ya da uyarıcı madde veya alkolün etkisi ile kişinin anlama ve kavrama yeteneğinin kısmen veya tamamen ortadan kalktığı durumlarda da yemin verdirilmemesi daha doğrudur. Belki de bazen bu kişilerin hiç tanıklık yapmaması daha isabetlidir. Zira beyanları yargılamaya faydadan ziyade zarar verebilir.

Yeminsiz dinlenecek son grup ise; soruşturma ve kovuşturma konusu suçları birlikte işleyenler veya bu suçlara iştirak etmemekle birlikte suça yardım veya yataklık olarak nitelendirilebilecek eylemler nedeniyle şüpheli, sanık veya hükümlü olanlardır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kanunda bu kişilerin tanıklık etmeleri önünde bir engel olmamakla birlikte yeminsiz olarak dinlenmeleri düzenlenmiştir.

Bunların yanı sıra 236/1'e göre mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin dışındaki tanıklık hükümleri uygulanacağından, mağdur-tanık yeminsiz dinlenecektir.

<sup>12</sup> "3.12.1998 tarihinde yapılan keşif sırasında dinlenen tanıklar Hatice Şimşek, Fevziye Pektaş ve Niyaze Göde'ye eski yeminlerinin hatırlatılmaması suretiyle CMUK'un 60. maddesinin ihlali," **1. CD, E. 1999/1629 K. 1999/2846 T. 21.9.1999** "Tanık Ahmet Ö. yemini ve kimliği saptandıktan sonra duruşma salonunun dışına çıkarılıp tekrar huzura alınması karşısında, anılana yeminin anımsatılması gerektiği gözetilmeden tanıklığına başvurulup bu tanıklığı üzerine hüküm kurularak CYY'nin 60-61. maddelerine uyulmaması," **4. CD, E. 2001/2679 K. 2001/3952 T. 9.4.2001**

Başka bir ihtimalde ise, CMK m.51'de yer alan düzenlemeye göre, hısmılık sebebiyle tanıklıktan çekinme hakları bulunmasına rağmen bunu kullanmayarak, tanıklık yapanlar hakkında yemin gerekip gerekmediğine hâkim veya mahkeme serbestçe takdir edecektir. Ancak bu kimselere, hâkim veya mahkeme yemin teklif etse dahi yeminden çekinme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla bu durumda da kişilere yeminden çekinme haklarının olduğu hatırlatılmalıdır.

### **b. Tanıklıktan ve Yeminden Sebepsiz Çekinme**

Kanuni bir sebep olmaksızın, tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan masrafların ödettirilmesinin yanı sıra, yeminin veya tanıklığın gerçekleşmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve herhalde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Disiplin hapsi kavramı, CMK m.2'de kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilmeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilemeyen hapis şeklinde tanımlanmıştır.

Disiplin hapsine maruz kalan kişi tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhal serbest bırakılır. Tanığın masraf ödemeye mahkûm edilebilmesi için ise masrafların onun beyanda bulunmamasından kaynaklanması gerekmektedir. Kanunda bu tedbiri almaya hâkimin yanı sıra, naip hâkimin, istinabe olunan hâkimin ve soruşturma devresinde sulh ceza hâkiminin de yetkili olduğu belirtilmiştir. Savcılığın veya kolluğun ise böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

## **2. TANIĞIN HAKLARI**

### **A. Tanığın korunma hakkı**

Tanığın korunması; genellikle şüpheli veya sanık ile onun çevresindekilerden; tanığın gerek hayatına ve vücut bütünlüğüne, gerekse özgürlük alanına karşı yönlendirilebilecek tehdit ve tehlikelere karşı sahip olduğu imkânları ifade eder<sup>13</sup>. Bu kurum aynı zamanda tanığı salt ceza muhakemesine katılması dolayısıyla karşılaşabileceği zararlardan da korur. Söz gelimi mağdur ve çocukların tanıklık görevi nedeniyle psikolojik durumlarının bozulmaması amacıyla soruşturma veya kovuşturma aşamasında tanık olarak bir defa dinlenilmesi bu sebeptendir.

Tanığın korunması hakkında mevzuattaki asli düzenlemeler Tanık Koruma Kanunu (TKK) ve CMK m.58'dir. Ayrıca başkaca kanunlarda da tanıkların korunmasına dair hükümler yer almaktadır.

TKK m.3'e göre; Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha

<sup>13</sup> TURHAN, s.23.

fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen, alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından tanık koruma tedbirleri uygulanacaktır. Bu hükümle, sadece bir örgütün çerçevesinde işlenen suçlar bakımından tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını düzenleyen CMK m.58 de zımnen ilga edilmiş olmaktadır<sup>14</sup>.

Örgütlü olsun veya olmasın bir suça ilişkin sanık aleyhine beyanda bulunacak birey pek çok durumda sanığın tehditlerine maruz kalabilir ve böyle durumlarda da korunması gerekir. Dolayısıyla bu tür tehdit veya tehlike olan her koşulda, söz konusu tehdit ve tehlikenin ağırlığına göre, mahkemece tanık koruma hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınmıştır.

CMK tanık olarak dinleneceklerin kimliklerinin ortaya çıkmasının kendisi ya da yakınları açısından ağır tehlike oluşturabilme tehlikesi halinde kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağını düzenlemektedir. Özellikle informant gibi gizli görevli kullanılması hallerinde bu tehlike yaşanmaktadır. Kovuşturma makamları ile işbirliğinde olan bu kişiler, kendi içlerinde buldukları örgütten aldıkları bilgileri, kovuşturma makamlarına iletmekte, örgütlerin çökertilmesi ve suçluların yakalanması sırasında büyük işbirlikleri yapmaktadırlar<sup>15</sup>. Ancak bu kişilerin yaşamları, tanıklık etmeleri ile kimliklerinin ortaya çıkması halinde tehlikeye girmektedir. Ayrıca, tanık olmaları halinde sadece kim oldukları değil, sorular karşısında ikamet adresleri, telefon numaraları gibi sadece kendisi ile ilgili olmayan, ailelerini de ortaya çıkaran cevaplar verilecektir. Üstelik bu bilgiler duruşma tutanaklarında da yer alacaktır. Bu halde bireysel yarar ile devletin yararı çatışmakta ise de tanığın korunması ile sadece bireysel yarar gözetilmiş olmamakta, suçlulukla mücadele esnasında korunmaya çalışılan devletin yararı da tehlikeye girmektedir. Diğer taraftan tanığın kimliği gizli tutulsa dahi tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için tanığa ait bilgiler, Cumhuriyet Savcısı, hâkim ve ya mahkeme tarafından muhafaza edilecektir.

Ayrıca, CMK 58/4 uyarınca tanığın görevini yapmasından sonra kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin ilgili kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu; koruma tedbirlerinden yararlanacak kişiler<sup>16</sup>, tedbirler tedbir kararlarının hangi suçlarda uy-

<sup>14</sup> ŞAHİN-GÖKTÜRK, s.40.

<sup>15</sup> AKYAZAN, Ahmet Emrah; Türk Hukuku'nda Tanıkların Korunması, Ankara, 2010, s.17.

<sup>16</sup> Tanık Koruma Kanunu kapsamında haklarında tanık koruma tedbiri uygulanacak kişiler şunlardır: Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile CMK 236'ya göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları; tanık olarak dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içinde olduğu kişiler.

gulanacağı, hangi makam ve mercilerin yetkili olduğu ile tedbirlerin süresi, değiştirilmesi ve kaldırılması gibi hususları içermektedir<sup>17</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan tedbirlerden; sanığın salondan çıkarılması (CMK m.200), duruşmanın kamuya kapalı yapılması (CMK m.182) ve duruşmada disiplini sağlamaya yönelik tedbirler (CMK m.203 vd.) yoluyla da tanık dolaylı olarak korunmaktadır<sup>18</sup>. Özellikle bir tanık duruşmada dinlenmekte iken sanık ancak 200. maddedeki özel durumun varlığı halinde duruşma salonundan çıkarılabilir. Böylece kanun koyucu, tanığın dinlenmesi sırasında savunma makamının hazır bulunma ve soru sorma hakkının CMK m.200'deki istisnalar dışında, hiçbir karşı yarar için kısıtlanamayacağını ifade etmektedir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu da suçların aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağını belirtmektedir. Ayrıca TMK m.14'e göre; Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz.

## B. Tazminat hakkı

Kanun, Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağırılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifeye uygun olarak kaybettığı zaman ile orantılı olarak bir tazminat verileceğini düzenlemiştir.

Tanığın bu görevi için seyahat etmesi zorunluluğu doğmuş ise yol giderleri ile çağırıldığı yerdeki ikamet ve beslenme gideri de karşılanacaktır. Kovuşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının tanık dinlemesi durumunda da tanığa tazminat ödenir. Ödenmesi gereken tazminat ve giderlerden hiçbir vergi, resim ve harç alınmayacağı kanunda açıkça belirtilmiştir.

## C. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Daha önce de ifade edildiği gibi kanun koyucu tanıklık yapmayı zorunlu kabul etmekte, hatta tanıklık yapmayan kimseyi disiplin hapsi ile zorlamaktadır. Tanıklık görevinin bireye yüklediği en önemli ödev olan beyanda bulunmak yükümlülüğünün istisnası CMK'da tanıklıktan çekinme sebepleri olarak düzenlenmiştir. Bir tanıklıktan çekinme sebebinin varlığı durumunda tanık, beyanda bulunmak yükümlülüğünden kurtulacaktır. Öğretide tanıklıktan çekinme nedenleri, çekinme zorunluluğu olan durumlar ve çekinme hakkı olan durumlar olarak ikiye ayrılarak incelenmekte, akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme halleri tanıklıktan çekinmek

<sup>17</sup> ÇİÇEK, İbrahim, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık, Terazi Hukuk Dergisi, sayı:29, 2009, s.116.

<sup>18</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun; Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması, TBB Dergisi, Sayı.83, 2009, s.75.

hakkı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>19</sup>. Başka bir ifadeyle bu durumlarda tanık, tanıklık yapmak ya da yapmamak hususunda tercihte bulunmak hakkına sahiptir.

### a. Akrabalıktan Kaynaklanan Çekinme Halleri

Akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinmek hakkının<sup>20</sup> hukuki temeli, Anayasamızın 38. maddesinde yer alan kimsenin kendini ve kanunda belirlenen dereceye kadar ki akrabalarını suçlayıcı beyana zorlanamaması ilkesi ve yine Anayasanın, devleti aileyi korumakla görevlendiren 41. maddesidir. Akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinmek hakkının tanınmasının felsefi ve sosyolojik temeli de; tanığı, gerçeği ifade etmek yükümlülüğü ile ceza yargılamasında belirli bir yakınına zarar vermek endişesi arasında bırakmamaktadır. Tanığı gerçeği söyleyerek bir yakınına zarara uğratmak durumunda bırakmak ile ceza yargılamasında maddi gerçeği ortaya çıkarmak arasında tercih yapan kanun koyucu, bu durumlarda aileye yönelik yükümlülüklerini de dikkate alarak, tanığa çekinme hakkını tanımıştır. Nitekim kendisinin veya bir yakınının cezalandırılması sonucuna götürecek mecburiyet, tanığı yalan beyana zorlama anlamını taşıyacaktır. Oysa tanıklık gerçeğin öğrenilmesi için bir araçtır. İsmiylemeden de anlaşılacağı üzere, tanığa sağlanan imkân, bir haktır; yükümlülük değildir. Dolayısıyla tanık dilerse, yani maddi gerçeği ortaya çıkarmak hususunda istekli davranır ve ailevi yükümlülüklerini ikinci planda görürse tanıklık yapmak imkânına da sahiptir.

Kanunda belirtilen ilk çekinme sebebi şüpheli veya sanığın nişanlısı olmaktır. Ancak nişanlılık sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin hükümden çıkan sonuç, çekinme hakkının sadece tanıklık yapılacağı sırada bu ilişkinin var olması durumundadır. Yani nişanlılık ilişkisi sonradan ortadan kalkmış ve başka çekinme sebebi kalmamışsa tanıklık yapılacaktır. Her halükarda bu kişilerin beyanlarında yargıçların ilave özeni göstermesi gerektiği kanısındayız.

Diğer bir çekinme hali ise şüpheli veya sanığın eşi veya eski eşi olma halidir. Ülkemiz açısından öne çıkan ciddi bir sorun dini nikâhli eşler bakımındandır. Bu konuda nişanlılığa ilişkin hükümlerin dini nikâhli eşler hakkında uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Ancak eş ve evlilik kavramlarının Medeni Kanununa göre anlamlandırılması gerektiğinden bu yorumun kabulü mümkün değildir. Zira dini nikâhli evlilikler medeni hukuk anlamında yok hükmündedir. Bu nedenle mevcut düzenleme karşısında dini nikâhli veya birlikte yaşayan çiftler bakımından tanıklıktan çekinme hakkı mevcut değildir. Uygulamada adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmasından dolayı cinsiyet ayrımı yapmaksızın birlikte yaşayan çiftler bakımından da tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 149.

<sup>20</sup> ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 395 vd.

Bir diğer çekinme hakkı ise şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu olmaktır. Ayrıca şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları da çekinme hakkına sahiptir. Aralarında evlatlık bağı bulunan kişiler açısından da çekinme hakkı sağlanmıştır. Medeni Kanuna baktığımızda kan ve kayın hısımlığından üstsoy olan anne, baba, büyükanne, büyükbaba, eşin annesi, babası, büyükanne ve büyükbabası; altsoy olarak çocuklar ve torunlar ile üçüncü dereceye kadar dâhil olan kan hısımları sayılan kardeşler, yeğenler ve ikinci dereceye kadar olan kayın hısımları olarak da eşin kardeşleri tanıklıktan çekinme hakkına sahip bulunmaktadırlar. CMUK'da yer alan düzenlemeye bakıldığında sıhrî (kayın) hısımlar bakımından evlilik bağı kalmasa bile çekinme hakkının bulunduğu kabul etmekteydi. CMK'da böyle bir ifade yer almamakla birlikte Türk Medeni Hukukunda kayın hısımlık evlilik ortadan kalksa bile devam ettiğinden aynı sonuca ulaşılmaktadır.

Ayrıca yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle çekinmenin önemini kavrayamayacak kişiler ancak kanuni temsilcileri rızasıyla tanık olarak dinlenebilirler. Ancak burada ikili bir ayırım yapıp, çocuk ve akıl hastası kişilerin tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Çekinme hakkına sahip olan bu kişilerin algılama yeteneği varsa onların görüşleri de alınarak kanuni temsilcisi vasıtasıyla, algılama yeteneği yoksa doğrudan kanuni temsilci tarafından çekinme hakkı kullanılmalıdır. Ancak kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kararı hâkim delilleri de göz önünde bulundurarak vermelidir. Bu durum için kanunda hâkimin karar vermesine ilişkin açık düzenleme olamamakla birlikte CMK m.76/4'den hareketle kıyasen bu sonuca ulaşılabilmektedir. Gerçekten de kanunun 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı söz konusu olduğunda sanık ve şüpheli dışındaki diğer kişilerin muayene veya vücuttan örnek alınması<sup>21</sup> koruma tedbirinden kaçınılabilmektedir.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip bu kişilere tanık olarak dinlenilmeden önce mutlaka çekinme haklarının varlığı hatırlatılmalıdır<sup>22</sup>. Aksi takdirde elde edilen beyanlar delil olarak kullanılamaz. Ayrıca bu kimselerin beyan verirken dahi çekinme hakkının bulunduğu unutulmamalıdır.

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 tarihlerinde İstanbul'da Düzenlenen Uluslararası Kolokyumun Kitabı, 2011, s.412, 414.

<sup>22</sup> "a- Sanıkların C.Y. Yasasında öngörülen yönetime göre dinlenmedikleri ve bu nedenle suçun önkoşullarının oluşmadığı gözetilmek, b- Haklarında tanıklıktan çekinme uyarısı yapılmadığı için TCY. nın 288. maddesinin 2; uyarısı yapılsaydı dahi aynı maddenin birinci bentleri uyarınca hüküm kurulmak gerekirken, eksik incelemeyle ve suçun önkoşulunu ve cezadan bağışıklık nedenlerini gözardı etmek suretiyle karar verilmesi," (4. CD; E. 1993/5002, K. 1993/6077, T. 15.9.1993). "Sanığın kayınvalidesi olan tanık H.G.'e tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenerek CMUK'un 47. maddesine muhalefet edilmesi," 2. CD, E. 2001/28542 K. 2003/483 T. 26.2.2003.



### **b. Meslekten Kaynaklanan Çekinme Halleri**

CMK m.46, 'Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme'<sup>23</sup> başlığı altında tanıklıktan çekinmeyi, hizmet sunulan kişilere güven verdikleri takdirde hizmet verebilecek meslek grupları (avukatlık, tıp meslek ve sanatları mensupları, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler) bakımından kabul etmiştir. Söz konusu hükmün amacı sır saklama yükümlülüğü olan meslek mensuplarına kamunun duyduğu güveni korumaktır. Başka bir ifadeyle kişilerin bazı hizmetlerden yararlanırken hiçbir kuşkuya düşmemelerini sağlamaktır. Bu kimseler öğrendikleri sırları ve bilgileri mesleki ilke ve etik kurallar gereği açıklamamakla yükümlüdürler. İşte bu mesleki ve etik ilkeler ceza yargılamasına yansımakta ve bir tanıklıktan çekinme nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili madde kapsamında çekinme hakkı tanınan üç grup meslek mensubu şunlardır:

İlk olarak maddenin 1/a bendinde düzenlenen avukatlar, stajyerleri ve yardımcılarıdır. Düzenlemeye göre avukatların bu sifattan veya üstlendikleri yargı görevinden dolayı edindikleri bilgiler çekinme hakkı kapsamında kalmaktadır. Edinilen bilginin mutlaka vekâlet ilişkisine dayanması gerekmemekte, sadece mesleki sıfatı sebebiyle bilginin edinilmesi yeterli görülmektedir. Avukatın mutlaka fiilen avukatlık yapmasına da ihtiyaç yoktur. Maddeden de anlaşılacağı üzere stajyer ve yardımcıları bakımından da bu vasıta ile elde edilen bilgiler çekinme hakkı kapsamında girmektedir. İlgili kişi yani bilginin asıl sahibi rıza gösterse dahi avukatın çekinme hakkını kullanıp kullanmama hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Çekinme hakkı bulunan ikinci meslek grubu ise sağlık personelidir. Bu bağlamda hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları çekinme hakkını haizdirler. Kanunla, çekinme hakkı tanınan diğer meslek grubu ise mali müşavirler ve noterlerdir.

Buna göre; avukatlar ve yardımcıları dışında kalan iki meslek grupları bakımından ilgilinin rıza göstermesi durumunda çekinme hakkı ortadan kalkacak ve tanıklık zorunlu olacaktır. Kanunda belirtilen meslekler dışında mevzuatta çekinme hakkı tanınan başkaca meslek grupları da mevcuttur<sup>24</sup>.

Meslek ve sanat sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı bakımından üzerinde durulması gereken husus meslek mensupları için tanıklıktan çekinmenin bir hak mı yoksa zorunluluk mu olduğudur. Düzenlemeye yer alan ifadeden meslek mensuplarının çekinme konusunda takdir hakları bulunduğu, çekinip çekinmeme kararının kendi iradelerine bağlı olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır. Maddenin formülasyonu

<sup>23</sup> ÖZTÜRK-ERDEM, s. 398-399.

<sup>24</sup> Yasa koyucunun saydığı meslek gruplarının dışında basın mensuplarının, basın özgürlüğü çerçevesinde haber kaynaklarını saklama hakları vardır. Basın Yasasına göre süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynakların açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamazlar (Basın Kanunu m.12). Özel yasalarda da sır saklamakla yükümlü tutulmuş olan meslek grupları tanıklıktan çekinme haklarını kullanabilmektedirler.

böyle olmakla birlikte hükmün ratio legisinden hareketle çekinme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Bize göre ilgilinin rızası söz konusu olduğunda tanıklık yapmak; rıza olmadığına ise tanıklık yapmamak şeklinde daha açık bir düzenleme uygulama bakımından da yararlı olacaktır.

Görüldüğü üzere bir istisna dışında, durum sanığın inisiyatifine bırakılmıştır. Buradaki halin lehe veya aleyhe olduğunun takdirini yapacak olan sanıktır. Yani kurumun işletilip işletilmeyeceğine sanık karar verecektir. Aslında bu hükmün diğer bir anlamı da, böyle bir seçeneğin mevcudiyetinin sanık lehine oluşudur.

### ***c. Devlet Sırrı Niteliğindeki Bilgilerle İlgili Tanıklık***

Ceza Muhakemesi Kanunu, kural olarak bir suça ilişkin bilgilerin devlet sırrı olmasından bahisle mahkemeye karşı gizli tutulamayacağını düzenlemiştir. Kanunda ayrıca hangi konuların devlet sırrı olarak kabul edileceği de tanımlanmıştır. Buna göre açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılmaktadır.

Devlet sırrı niteliğindeki bir konuda tanıklık yapmak mümkün ise de bu her suç bakımından kabul edilmemiştir. Tanıklığın söz konusu olacağı suç beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiriyor olmalıdır. Ancak kanundaki düzenleme bu sonuca ulaşılması bakımından tereddütlere neden olacak niteliktedir. Şöyle ki; kanuna göre devlet sırrı genel bir tanıklıktan çekinme nedeni değildir. Hükmün sadece devlet sırrına ilişkin tanık beyanının hangi usulle alınacağını düzenlemektedir. Kanunda yer alan düzenlemede bu hükmün sadece alt sınırı beş yıl ve üzeri olan suçlar bakımından uygulanacağına yer vermiştir. Bu hükmün katı lâfzî yorumundan alt sınırı beş yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlar dışında 47. maddedeki özel dinleme usulüne değil, aleni yargılamada diğer tanıklarla aynı dinleme usulüne tabi olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki bu yorum hükmün ratio legisi ile bağdaşmamaktadır. Burada kastedilen, beş yılın altında cezayı gerektiren suçlar bakımından tanıklıktan çekinebilmenin mümkün olabileceğidir. Ancak bu husus maddede açıkça ifade edilmemiştir<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Hükmün alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçların yargılamasında devlet sırrı sebebiyle tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı şeklinde yorumlanabileceği gibi, alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda mutlak çekinme sebebi olduğu şeklinde de yorumlanabilir. Bu konuda öğretide hakim olan görüş beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda devlet sırrı nedeniyle tanıklık yapılamayacağı şeklindedir. Bir görüşe göre devlet sırrı genel özelliği nedeniyle korunması ve gizlenmesi gereken bilgiler olduğundan açıkça izin verilen durumlar dışında çekinme nedeni olmadığını (DONAY) bir başka görüş ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 32. maddesinde memurların hizmetle ilgili bilgileri ancak ilgili bakanın yazılı izniyle açıklayabileceği hükmünden hareketle alt sınırı 5 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda ilgili bakanın izniyle tanıklık yapılabileceğini ifade etmektedir (MALKOÇ/ YÜKSEKTEPE); Görüşler için Bkz. DÜNDAR, Meltem, KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s.150,151.

Bir suçla ilgili olan bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması halinde devletin güvenliğini tehlikeye düşürmemek için tanığın mahkeme salonunda aleni olarak değil de sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından dinlenebileceğini düzenlemiştir. Bu dinleme sırasında zabıt kâtibinin dahi bulunamayacağı belirtilmiştir. Daha sonradan bu bilgilerin sadece suçun açıklığa kavuşturulmasına yetecek kadar olan kısmı tutanağa geçirilecektir. Bu noktada bir hususun altını çizmek isteriz. Bir bilginin devlet sırrı niteliğinde olup olmadığını mahkeme takdir edecektir. Bu nedenle tanığın beyanlarında yer alan bilgilerin devlet sırrı niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılması durumunda bu madde hükmünün uygulanmaması gerekir. Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesini kendisi takdir eder. Ancak öğretilerde bu düzenlemenin keyfilige yol açacağı ve hukuk devleti ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.

Uygulamada devlet sırrları bakımından yapılan bu özel dinleme usulünün işlevsiz kalacağı, tanığın devlet memuru olması durumunda amirinin telkini veya kendi kişisel görüşü nedeniyle fiilen bilgi vermeme yolunu seçebileceği, ayrıca yargıcın sırrın içeriğini ve tamamını bilmeden neyi ne kadar soracağını da takdirde güçlük yaşayacağı ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

#### **D. Kendisi ve yakınları aleyhine cevap vermekten çekinme hakkı**

Bireylerin kendilerini ve kanunda sayılan yakınlarını koruma içgüdüleriyle hareket edebilecekleri öngörülmüş ve Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkeler gözetilerek bireylere çekinme hakkı tanınmıştır<sup>27</sup>. Aksi düzenleme hem Anayasa'da değindiğimiz ilkeye aykırı olurdu hem de kişilerin yakınlarını koruma amacıyla gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları olasılığı ceza yargılamasının nihai amacıyla çatışırdı. Aslında bu durumda, tanıklıktan çekinme kurumundan farklı olarak; tanıklık yapılmaktadır ancak bu esnada karşılaşılan bir soruya cevap vermekten kaçınılmaktadır. Zira muhtemelen verilecek cevap beyanda bulunulan kişiler hakkında bir ceza soruşturması başlatılmasını gerektirir niteliktedir.

Belirtmeliyiz ki bu kişiler hukuk davası ya da disiplin soruşturması açılacağından bahisle çekinme hakkını kullanamazlar. Çekinme hakkı sadece ceza soruşturmasına neden olabilecek bilgiler bakımından geçerlidir. Dolayısıyla bu maddedeki çekinme hakkı mutlak veya tam bir çekinme hakkı değil kısmi çekinmedir<sup>28</sup>. Zamanlaşımı, kesin hüküm veya genel af nedeniyle ceza kovuşturmasının mümkün ol-

<sup>26</sup> MALKOÇ, İsmail; YÜKSEKTEPE, Mert; Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 2005, s.166.

<sup>27</sup> Anayasanın 38. Maddesinde yer verilen bu ilkenin bir görünümü olarak, konumuzla bağlantılı olan, TCK 273/1-âdaki "kişinin kendisinin üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermektense vazgeçilebilir." hükmü gösterilebilir.

<sup>28</sup> ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s.618.

madığı durumlarda dahi tanığın kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca kanunda tanığa bu durumun hatırlatılması da zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

#### IV. KATILANIN, CMK 45. MADDEDE ÖNGÖRÜLEN KİŞİLERDEN BİRİ OLMASI HALİNDE, TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKINI KULLANIP KULLANAMAYACAĞI SORUNU

Bilindiği üzere, suçtan zarar gören, malen sorumlu gibi statüler bir tarafa bırakılacak olursa, davaya katılan herkes, aynı zamanda mağdurdur. Durum böyle olunca, yasanın, tanıklığa atıfta bulunduğu mağdura ilişkin hükümleri, katılana da dolaylı olarak tatbik edilebilecektir. Ancak katılanın yargılamadaki iddia makamı ile paralellik arz eden rolü göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple tıpkı sanık beyanlarında olduğu gibi katılanın beyanını değerlendirilirken daha dikkatli davranmak gereklidir.

Bu bağlamda karşımıza çıkan temel problem, katılanın, CMK m.45'te öngörülen kişilerden olması halinde, tanıklıktan çekinme hakkının kullanılıp kullanılmayacağıdır. Hemen ifade etmeliyiz ki, katılanın, bir taraftan sanığa yönelik isnatlarda bulunarak cezalandırılmasını talep etmesi, diğer taraftan ise, "*belirli kişilere sanıkların aleyhine beyanlarda bulunmama*" olanağını sağlayan, tanıklıktan çekinme hakkını kullanması, şüphesiz çelişkili olmanın sıra yasanın belli statülere tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. Gerçekten de katılanın, yakını olan sanığa yönelik cezalandırılması istemiyle yaptığı bir suç ihbarı veya şikâyeti sonrasında açılan kamu davasında, sanık aleyhine beyanda bulunmamak için yararlanılabilecek bir müesseseye başvurması, CMK md.45'in ratio legisi ile de bağdaşmamaktadır

Aslında değindiğimiz bu çelişki, katılanın ceza yargılamasındaki rolü dikkate alındığında, daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Açıklayacak olursak, katılanın, her ne kadar iddia makamı ile paralellik arz eden bir rolü olsa da, katılan ile iddia makamının yargılamadaki fonksiyonları bir açıdan birbiriyle örtüşmemektedir. Şöyle ki; iddia makamı, sanığın hem lehine, hem aleyhine olan hususları araştırmak ve değerlendirmekle görevlidir. Bu kapsamda da, savcı, sanık hakkında beraat talep edebileceği gibi, daha hafif bir cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmasını da isteyebilir. Hatta lehe kanun yoluna dahi başvurabilir. Ancak katılanın yargılamada daima, sanığın aleyhine kararlar verilmesini, cezalandırılmasını talep etmesi gereklidir<sup>29</sup>. İddia makamı gibi sanık lehine kanun yoluna başvuruya imkân

<sup>29</sup> Tam bu noktada, tüzel kişilerin bir davaya katılmasından ve kendi faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan dolayı sanık yanında ya da karşısında olabilecek temsilinden de söz etmek isteriz. Birinci olasılıkta, CMK 237. Madde gereğince, tüzel kişinin kendi faaliyeti dışında işlenen bir suç karşısında uğradığı zarar dikkate alınmaktadır. İkinci olasılıkta ise, CMK 249. Madde uyarınca, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilmektedir. Belirtmeliyiz ki, sanık lehine olan temsillerle davaya müdahil olmak, klasik anlamda katılma olarak anlaşılmalıdır.

yoktur. Katılanın, sanık lehine bir durumu içeren, CMK 45. maddeye dayanarak tanıklıktan çekilme hakkını kullanmayı tercih etmesi bu nedenle de isabetli değildir. Dolayısıyla katılanın CMK m.45 hükmüne binaen tanıklıktan çekilme hakkını kullanmayı seçmesi durumunda artık katılan sıfatının da sona ereceğini ve CMK m. 243'ün uygulama imkânı bulacağını söylemek gerekir.

İşte katılan tarafın yargılamadaki izahı güç bu tutumu, yalan tanıklık suçu dikkate alındığında da ilginç bir tartışmaya neden olabilir. Bu konudaki düşüncemizi ifade etmeden önce, yalan tanıklık suçunun failliğini mağdur ve katılan sıfatlarını da dikkate alarak belirlemeye çalışan doktrindeki görüşleri nakletmek isteriz.

**Bir görüşe göre;** *“Yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişi yalan tanıklık suçunun faili olabilir. Her ne kadar CMK'nın 236. maddesinde “mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır” denmekteyse de suçtan zarar gören mağdur – davaya katılsın katılmasın- ya da kamu davasına katılan taraf durumunda olduğundan, diğer bir deyişler tanık olmadığından doğruyu söylemezse yalan tanıklık suçunun faili olarak sorumlu tutulmaması, iftira suçunu meydana getiren hilafı hakikat bir beyanda bulunduğu takdirde, iftira suçunun cezasıyla cezalandırılmalıdır.”<sup>30</sup>*

**Başka bir görüş ise;** *“şikâyetçi ya da suçtan zarar gören müdahil sıfatını taşımasa da makam olarak değil ama kişi olarak davaya taraftır ve onun beyanı artık tanık değil sanıktan gayri tarafın beyanıdır. Bu bakımdan bu kimselerin yalan beyanı 272. maddede yer alan suçu oluşturmamalıdır<sup>31</sup>. 5271 sayılı CMK'nın 236. maddesindeki hüküm ise mağdurun tanık olarak dinlenmesi durumunda tanıklığa ilişkin usuli hükümlerin uygulanacağına işaret eder niteliktedir.” demektedir.*

**Buna karşılık diğer bir görüş;** *“davaya katılarak müdahil sıfatını almamış olan mağdurun da “esasen görüp bildiğini doğru olarak söylemeye mecbur” olduğundan bahisle yalan tanıklık suçunun faili olabileceğini<sup>32</sup>” ileri sürmüştür.*

Belirtmeliyiz ki, ilk iki görüş doğrudan mağduriyeti, üçüncü görüş ise mağdurun davaya katılıp katılmamasını esas almaktadır. Tüm bu yaklaşımlar, CMK 45. maddede sayılan kişilerin aynı zamanda katılan sıfatına sahip olmaları kapsamındaki bir irdelemeyi içermemektedir. Bizce, tanıklıktan çekilme hakkının naklettiğimiz olasılıkta varlığını ister kabul edelim, isterse reddedelim artık böyle bir durumda ilgili kişinin yargılama sırasında üstlenmiş olduğu baskın fonksiyondan yola çıkmak daha doğru bir çözüm tarzı olacaktır. Bu noktada da üç ihtimalle

<sup>30</sup> ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Ankara,2009, s.5495'den naklen; MERAN, Necati; Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara, 2006, s.271.

<sup>31</sup> ARTUK -GÖKCEN- YENİDÜNYA, s.5495, YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, AR-TUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s.7932.

<sup>32</sup> FEYZİOĞLU, s.238,239, MALKOÇ, İsmail; GÜLER, Mahmut; Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt II, Ankara, s.2294.

karşılaşılabilecektir. İlk olarak tanıklıktan 45. maddeyi gerekçe göstererek beyanda bulunamayacağını açıklayan kişi, bize göre aslında bir hakkı kötüye kullanmasından dolayı katılan sıfatından da vazgeçmiş sayılacağından artık öne çıkan konumu mağdur tanıklıktır. Hatta bu kişi yargılamanın devamında tanıklıktan çekinme yönündeki iradesini değiştirip<sup>33</sup>, beyanda bulursa bu sıfatı sürecektir.

İkinci olasılık olarak, katılanın iradesi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu halde kullanmayıp beyanda bulunacağı yönündeysen, burada da tanıklık yine ön plandadır.

Ancak yakınına suçlayan müdahil, tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı görüşünde ise ve bu gerekçeye bağlı olarak beyanda bulunuyorsa, artık tanıklık değil, müdahillik sıfatı ağır basacaktır.

İlk iki ihtimalde katılanın tanıklık sıfatı daha baskın olacağı için, yargılama esnasında doğru beyanda bulunmadığında, yalan tanıklık suçundan cezalandırılması mümkündür. Ancak üçüncü ihtimalde, yargılamada doğru beyanda bulunmayan katılan, tanık statüsüne sahip olmadığından, artık yalan tanıklık suçundan cezalandırılması olanaklı değildir. Eğer söz konusu beyanlar, TCK kapsamında “İftira” veya “Suç Uydurma” suçlarını oluşturuyorsa, bunlardan hüküm kurulmalıdır.

Bu başlık bakımından son olarak şunu da belirtmeliyiz ki, CMK 201. madde kapsamında, katılana da doğrudan soru yöneltebilme imkânı karşısında, yukarıda hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin yapmış olduğumuz eleştirilerin bir bölümünün dayanaksız kalabileceği düşünülebilir. Gerçekten, CMK 201. madde sistematığında, Cumhuriyet Savcısına, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilme hakkı tanınmaktadır. Ancak hukuk kültürümüz, gelenekler, hâkimlerin ceza muhakemesinde sahip oldukları otoriteyi devam ettirme çabaları ve ayrıca hâkimle birlikte avukat, savcı gibi diğer sülhelerin de doğrudan soru sorma tekniklerini tam olarak bilmemesi, bu uygulamanın gereği gibi kullanılmamasına yol açmaktadır.

İşte katılan hakkında da tanıklıktan çekinmeye yönelik maddelerin uygulamasına imkân sağlanmasının yanı sıra, bir de CMK 201. maddeye göre doğrudan soru yöneltebilme izin verilmediğinde, adil yargılanma yönünden böyle büyük bir zafiyet ortaya çıkacaktır. Sanığın mevcut delillere ulaşabilme ve bunları sorgulayabilme çerçevesindeki savunma hakkı, işlevsiz durumda kalacaktır.

<sup>33</sup> KUNTER, Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s.673, dn:44'den naklen; “ Tanık önce çekinirse de sonra çekinebilir. Fakat önce çekinmiş tanığın sonradan çekinmesini geri alıp tanıklık yapması duruşma bitmeden kabul edilebilir. Temyiz muhakemesi sırasında tanıklık yapacağım derse dinlenmesi için bozma kararı verilmemelidir.(CG:3/11/86 YKD 87/6 929).”

**KAYNAKÇA**

- AKYAZAN, Ahmet Emrah;** Türk Hukukunda Tanıkların Korunması, Ankara, 2010
- ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Ankara, 2009
- CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008
- ÇİÇEK, İbrahim;** 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık, Terazi Hukuk Dergisi, sayı:29, 2009
- DEĞİRMENCİ, Olgun;** Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması, TBB Dergisi, Sayı.83, 2009
- DÜNDAR, Meltem;** KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005
- FEYZİOĞLU, Metin;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996
- KUNTER, Nurullah;** YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami;** “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” Risk Altındaki Global Dünya Toplumuna ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. h. c. mult. Hans- Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 tarihlerinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyumun Kitabı, 2011
- MALKOÇ, İsmail; YÜKSEKTEPE, Mert;** Açıklamalar Ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 2005
- MALKOÇ, İsmail; GÜLER, Mahmut;** Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt II, Ankara
- MERAN, Necati;** Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara, 2006
- ÖZBEK, Veli Özer;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker;** Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir, 2012
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008
- SOYASLAN, Doğan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010
- ŞAHİN Cumhuri, GÖKTÜRK, Neslihan;** Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, Ankara, 2012
- TURHAN, Faruk;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011
- YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa;** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010
- YURTCAN, Erdener;** Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2007





# SÜNNET VE CEZA HUKUKU

## *(Circumcision and Criminal Law)*

Ayşe NUHOĞLU\*

### ÖZET

Erkek çocuklar Müslüman ve Yahudi toplumlarında genellikle küçük yaşlarda ebeveynlerinin rızası ile sünnet ettirilmektedir. Almanya/Köln Mahkemesi çocukların sünnet ettirilmesi eyleminin hukuka uygun olmadığını, hem sünnet eden hem de çocuğun sünnet ettirilmesine rıza gösteren ebeveyn açısından kasten yaralama suçunun unsurlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen hukuki hata hükümlerini uygulayarak sünneti gerçekleştiren hekimin ve rıza gösteren ebeveynin cezalandırılmamasını kabul etmiştir. Bu makalede Alman Ceza Kanunu ve Alman Medeni Kanunu ile paralel hükümler içeren Türk hukuku bakımından durum tartışılmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Sünnet, Hukuki hata, Kasten yaralama, İlgilinin rızası

### *Abstract*

Male children in Muslim and Jewish communities are generally circumcised with the consent of their parents. The German Köln Federal Court has accepted that the act of circumcision is illegal, and that the elements of malicious injury are present with regards to both the circumciser and the consenting parents. However, by the application of Article 17 of the German Criminal Code with regards to error in law the Court has decided not to punish the physician whom has executed the act of circumcision and the consenting parents. This article will discuss the situation under Turkish Law which includes parallel provisions with the German Criminal Code and the German Civil Code.

**Keywords:** Circumcision, Error in law, Malicious injury, Consent of the concerned.

---

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

Kız ve erkek çocukların sünneti çoğu zaman dini gereklilik nedeniyle gerçekleştirilen bir ritüeldir. Sünnet çeşitli şekillerde gerçekleştirilmektedir. Erkek çocuklar gibi kız çocukların sünneti de sözkonusu olmaktadır. Kız çocukların sünnetinin hukuka aykırılığı tartışmasızdır. Kız çocukların sünnetinde herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır, bulunamaz da. Bu nedenle uluslararası metinlerde de kız çocukların sünnetinin önlenmesi konusunda taraf devletlere çeşitli yükümlülükler getirilmektedir. Örneğin Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 38. maddesinde<sup>1</sup> taraf devletlere kadın sünnetinin aynı maddede sayılan şekillerinin suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bakımdan kadın sünnetinin herhangi bir koşulda hukuka uygun olduğu ya da olabileceği, cezasız kalması gereği ileri sürülemeyecektir. Nitekim Avusturya Ceza Kanunu'nun 90/1. fıkrası uyarınca erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olduğu kabul edilmekte, ancak aynı paragrafın 2. fıkrasında kız çocukların sünnetinin hukuka uygun olmayacağı belirtilmektedir.

Öte yandan, erkek çocuk sünnetinin, çocuğun sağlığı bakımından yararlı olduğuna ilişkin tartışmalı da olsa görüşler bulunmakla birlikte, kız çocuk sünnetinin çocuk bakımından zararlı olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Erkek çocukların sünneti konusunda ise, bazı hallerde tıbbi zorunluluklar sünneti gerektirmektedir. Tıbbi zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetlerinin hukuka uygun olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Ancak tıbbi zorunluluk olmaksızın, tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olup olmadığı ise özellikle Avrupa ülkelerinde tartışılmıştır ve tartışılmaktadır. Son olarak Almanya Köln Eyalet Mahkemesi 07.05.2012 tarih (151 Ns 169/11) dosya sayılı Kararı<sup>2</sup> ile konuya değinmiş ve ebeveyninin rızası ile 4 yaşındaki bir çocuğun tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde sünnet edilmesinin Alman Ceza Kanunu'nun 223/1. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Karara konu olay ve yargılama aşamaları şöyle gelişmiştir:

“Şüpheli 04.11.2010 tarihinde Köln S.. caddesindeki muayenehanesinde,

<sup>1</sup> Madde 38 – Kadın sünneti

Taraf Devletler, aşağıdaki kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alır:

a. sağ dış dudak, iç dudaklar ya da klitorisin tümünde ya da herhangi bir kısmında kesme, infibülasyon ya da herhangi bir şekilde sakatlanma yaratan müdahalede bulunma;  
b. bir kadını a bendinde listelenen herhangi bir eyleme maruz kalmaya zorlama veya bu eylemleri bir kadına yaptırma;  
c. bir genç kıyı a bendinde belirtilen eylemlerden herhangi birine zorla maruz bırakma ya da bunları bizzat kendisine yaptırtma.

<sup>2</sup> Kararın almanca metni için bkz. [www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg).

olay anında 4 yaşında olan K1'i, lokal anestezi ile, ebeveyninin isteği üzerine, herhangi bir tıbbi endikasyon olmamasına rağmen bir neşter ile sünnet etmiştir. Çocuğun yarasına dört dikiş atmış ve aynı günün akşamı çocuğu evinde ziyaret etmiştir. Çocuğun kanamasının başlaması üzerine, 06.11.2010 tarihinde çocuk annesi tarafından Köln Üniversitesi Hastanesinin Çocuk Acili kliniğine getirilmiş ve kanama durdurulmuştur.

Köln Savcılığı 04.11.2010 tarihinde, şüpheli hakkında, kişiye karşı tehlikeli araçla bedensel kötü muamele yapmak ve sağlığına zarar vermek suretiyle Alman CK'nun 223/1. ve 224/1-2. bentlerini ihlal ettiği isnadında bulunmuştur.

Köln Sulh Ceza Mahkemesi 21.09.2011 tarihli (528 Ds 30/11) tarihinde şüpheli hakkında beraat kararına ve yargı masraflarının Devlet hazinesi tarafından ödenmesine karar vermiştir. Köln Sulh Ceza Mahkemesinin beraat kararının gerekçesi, sünnetin çocuğun ebeveyninin rızası ile yapılmış olması ve bu rızanın da çocuk yararına olmasıdır. Gerekçede Alman Anayasası'nın 6/2. fıkrasında düzenlenen ebeveynin eğitim hakkı ile yine Anayasa'nın 4/1. fıkrasında düzenlenen ibadet özgürlüğü ile öte yandan Anayasa'nın 2/2. fıkrasında düzenlenen çocuğun beden dokunulmazlığı hakkının karşı karşıya geldiği, bu haklardan ibadet özgürlüğü hakkının üstün hak olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira sünnet geleneksel bir davranış olup, kişinin İslam topluluğuna kültürel ve dini bir aidiyetini ifade etmektedir. Aynı zamanda çocuğun damgalanması tehlikesini de barındırmaktadır. Mahkeme aynı zamanda sünnetin, kanseri önleyerek ve ayrıca hijyen sağlayarak önleyici bir tedbir olarak da etkili olduğunu kabul etmiştir. Bu karara karşı Köln Savcılığı istinaf yoluna başvurmuştur.

Köln Savcılığı ebeveynin rızasının sünneti hukuka uygun bir hale getiremeyeceği gerekçesiyle istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Savcılık lokal anestezi ile sünnetin yapılmasının acı verici olduğunu, ayrıca çocuk için travma sonucunu doğuracağını, bu nedenle tam narkoz altında yapılması gerektiğini belirtmiştir. Savcının isnadı üzerine kovuşturma başlamıştır. Dava konusu olayda tıbbi hatanın bulunmadığı kabul edilmiştir. Ceza Dairesi, çocuğun ailesinin müslüman olduğunu, sanığın da çocuğun ailesinin dini inançları gereğince istedikleri sünneti gerçekleştirdiğini tespit etmiştir. Ceza Dairesi tarafından alınan bilirkişi raporunda sanığın tıbbi uygulama hatasının bulunmadığı, kusursuz olduğu tespit edilmiştir. Bilirkişi raporunda ayrıca, en azından Orta Avrupa'da sağlık bakımından tehlikeyi önlemek için sünnet zorunluluğu bulunmadığı belirtilmiştir.

Ceza Dairesi sanık hakkında hukuki gerekçelerle beraat kararı verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ceza Dairesine göre, "Ceza Kanunu'nun 223/1. fıkrasının objektif koşulları gerçekleşmiş, suç oluşmuştur. Ancak Ceza Kanunu'nun 224/1-2 nolu bentde düzenlenen suçun tehlikeli araçla işlenmesi halinin koşulları gerçekleşmemiştir. Zira bir hekim tarafından kullanıldığı sürece neşter tehlikeli araç olarak

nitelendirilemez (karşılaştırınız BGH NJW 1978, 1206; NStZ 1987, 174). Dini gerekçelere dayanan ebeveynin isteği üzerine, tıbbi kurallara uygun bir şekilde mümeyiz olmayan çocuğun sünnet edilmesi, suçun unsurlarından sosyal uygunluk görüşünden bağımsız düşünülemez. Mahkemeye göre, Exner'in (Sozialadäquanz im Strafrecht - Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011, insbesondere Bl. 189 f.) karşı görüşüne dayanan yorum tatmin edici değildir. Sosyal uygunluk görüşüne göre sünnet hukuka uygun olmadığı gibi, ebeveynin rızası yapılan sünneti hukuka uygun bir hale getirmez. Bu görüşe göre, ebeveyn, dolayısıyla sünneti gerçekleştiren hekim Alman CK'nun 17. maddesi uyarınca kusursuz sayılmalıdır. Ebeveynin isteği üzerine sünnetin gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Çünkü ebeveynin dini eğitim hakkının, çocuğun bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkına nazaran üstünlüğü, önceliği bulunmamaktadır. Zira çocuğun sünnet edilmesini istemek, çocuğun yararlarına uygun değildir. Çocuğun yararı ile çatışma halinde olan ve sosyal bakımdan dikkat çekici olmayıp kamuoyu tarafından genellikle tasvip edilen bu eylem alışılmış bir eylem olduğundan 17. madde uyarınca mazur görülemez.

Doğru olan yoruma göre, "sosyal uygunluk"un tipe uygun davranışın tasvip edilmezliği zorunluluğu yanında kendine özgü bir anlamı yoktur. Bir davranışın sosyal uygunluğu, genellikle hukuki açıdan kınanabilirlik hükmü verilemeyeceği anlamındadır. Bu husus mevcut bir kınanabilirliği ortadan kaldırmaz. (Karşılaştırınız Freund in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., vor §§ 13 ff. Rn. 159; aynı görüş Fischer, StGB, 59. Aufl., § 223 Rn. 6 c, anders noch bis zur 55. Aufl., § 223 Rnr. 6 b (55. Baskıya kadar farklı); buradaki gibi: Herzberg, JZ 2009, 332 ff.; aynı yazar Medizinrecht 2012, 169 ff.; Putzke NJW 2008, 1568 ff.; Jerouschek NStZ 2008, 313 ff.; a.A. auch: Rohe JZ 2007, 801, 802 und Schwarz JZ 2008, 1125 ff.)."

Ceza Dairesi, sanığın davranışının 'ilginin rızası' kurumu uyarınca hukuka uygun olamayacağını, yaş bakımından yeterli olgunluğa ulaşmamış dört yaşındaki bir çocuk tarafından verilmiş bir rızanın sözkonusu olamayacağını, ebeveynin rızasının tipe uygun yaralama fiilini hukuka uygun hale getirmeyeceğini belirtmiştir.

Karara göre, "Alman Medeni Kanunu'nun 1627/1. cümlesine göre, velayet hakkı sadece çocuğun yararına hizmet eden yetiştirilmesine ilişkin tedbirleri kapsar. Öğretideki baskın görüşe göre, (karşılaştırınız Schlehofer in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 43; Lenckner/Sternberg-Lieben in: Schöнке/Schröder, StGB, 28. Aufl., vor §§ 32 ff. Rn. 41; Jerouschek NStZ 2008, 313, 319; wohl auch Exner a.a.O.; Herzberg a.a.O.; Putzke a.a.O.) rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun sünneti, ne mensubu olduğu dini çevreden dışlanma bakış açısıyla ve ne de çocuğun refahına hizmet eden ebeveynin eğitim hakkı bakış açısıyla çocuk yararına uygun değildir. Anayasa'nın 4/1. fıkrası ve 6/2. fıkrasında düzenlenen ebeveyn hakları, yine Anayasa'nın 2/1. fıkrası ile 2. fıkrasının 1. cümlesinde

düzenlenen çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı ve bedensel dokunulmazlığı ile sınırlandırılmıştır.

Aynı şekilde temel vatandaşlık hakları, dini özgürlüklerin yerine getirilmesi gerekçesiyle sınırlandırılmaz. (aynı görüş için bkz. Herzberg JZ 2009, 332, 337; derselbe Medizinrecht 2012, 169, 173). Anayasa'nın 2/2. fıkrasının 1. cümlesi, ebeveynin temel haklarına Anayasa'nın doğasına uygun bir sınır getirmektedir. Bu hakların belirlenmesinde ölçülülük ilkesine dikkat edilmelidir. Dini gerekçelerle çocuğun sünnet edilmesindeki beden dokunulmazlığının ihlali, zorunlu olduğu kabul edilse bile, ölçüsüzdür. Medeni Kanun'un 1631/2. fıkrasının 1. cümlesi de bu doğrultudadır. Sünnet ile çocuğun bedeni geri dönüşü olmayan, kalıcı bir şekilde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ileriki yaşlarda çocuğun kendi dinini seçim kararı verebilmesi menfaatine aykırıdır. Bu halde ebeveynin velayet hakkı öngörülemez şekilde sınırlandırılmış değildir. Zira ebeveyn çocuğun mümeyyiz olup İslam dininin bir göstergesi olarak sünnete karar vermesini bekleyebilir. (Karşılaştırınız. Schlehofer a.a.O.; a.A. im Ergebnis Fischer, 59. Aufl., § 223 Rn. 6 c; inzident wohl auch: OLG Frankfurt NJW 2007, 3580; OVG Lüneburg NJW 2003, 3290; LG Frankenthal Medizinrecht 2005, 243, 244; ferner Rohe JZ 2007, 801, 802 jeweils ohne nähere Erörterung der Frage). Schwarz (JZ 2008, 1125, 1128), anayasal kriterleri gözönüne alarak, rızanın hukuka uygunluk sonucu doğurduğunu kabul eder. Schwarz sadece Anayasa'nın 4 ve 6. maddelerinde belirtilen hakları gözönüne alır, ancak gözönüne alınması zorunlu olan Anayasa'nın 2. maddesindeki çocuğun haklarını gözönüne almaz. Sadece bu sebeple Schwarz'ın yorumu tatmin edici değildir”.

Karara göre, sanık kaçınılmaz hata ile hareket etmiştir (CK 17/1) bu sebeple kusursuz hareket etmiştir. Sanık duruşmada inandırıcı bir şekilde, iyi niyetle hareket ettiğini ortaya koymuştur. Sanık inançlı bir müslüman ve uzman doktor olarak ebeveynin dini gerekçelerle çocuğu sünnet ettirmek istemesine (hukuken) izin verildiğine inanmıştır. Sanık davranışının hukuka uygun olduğunu düşünmektedir.

Mahkemeye göre, hukuki hata sanık için kaçınılmazdır. Gerçi sanık hukuki durumu araştırmamıştır, ancak araştırmamış olması sanığın aleyhine yorumlanamaz. Hukuki yardım almış olsaydı dahi net bir sonuca ulaşamazdı. Kaçınılmaz hukuki hata, açıklanamayan hukuki sorunlardan doğmuştur. Bu sorunlar öğretiler görüş birliği halinde cevaplandırılmayan, özellikle çok karmaşık hukuki durumlardır. (karşılaştırınız. Joecks in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., § 17 Rn. 58; Vogel in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 17 Rn. 75; BGH NJW 1976, 1949, 1950 zum gewohnheitsrechtlichen Züchtigungsrecht des Lehrers bezogen auf den Zeitraum 1971/1972). Olayda böyle bir durum söz konusudur. Ebeveynin isteği üzerine erkek çocuğun sünnet edilmesinin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin hukuki sorun, öğreti ve içtihatlar farklı şekilde cevaplandırılmıştır. Bir hekim tarafından tıbbi kurallara uygun gerçekleştirilen sünnete

ilişkin yukarıdaki mahkemenin kararı gibi kararlar olmakla birlikte, öğretide Ceza Dairesinden farklı şekilde meseleyi sonuca bağlayan görüşler de bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen 07.05.2012 tarihli kararda, mümeyyiz olmayan erkek çocukların tıbbi zorunluluk bulunmaksızın sırf dinsel gerekçelerle ebeveynlerinin isteği üzerine sünnet edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı, cezalandırılabilir olup olmadığı tartışılmıştır. Sonuçta hukuka uygun olmadığı, eylemin kasten yaralama suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir. Bu karar özellikle Almanya'da yaşayan Yahudi ve Müslüman topluluklar tarafından şiddetli bir şekilde eleştirilmiş, protesto edilmiştir. Ancak çok geniş kitleler tarafından tıbbi zorunluluk olmaksızın, sırf dini gerekçelerle çocukların sünnet ettirildiği düşünüldüğünde, Alman kanunkoyucusu özel bir hukuka uygunluk sebebi yaratma yoluna gitmiştir. Konuya ilişkin olarak kanun teklifleri ileri sürülmüştür. Yeşiller grubu sünnetin çocuğun 15 yaşını doldurmasından sonra yapılması halinin hukuka uygun olacağını kabul eden bir teklif ileri sürmüşlerdir. Bu tekliflerde rıza gösterme ehliyeti olmayan çocuğun ebeveyninin rızası ile tıbbi kurallar çerçevesinde sünnet edilmesinin hukuka uygun olmasını, dolayısıyla cezalandırılmamayı sağlayan bir kural olması amaçlanmıştır. 10.10.2012 tarihli Federal Alman Hükümeti Başkanlığı, Federal Meclise 05.11.2012 tarihli bir tasarı sunmuştur. Bu Kanun tasarısı 20.12.2012'de kanunlaşarak, 27.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Erkek çocuk sünnetinin hukuka uygun olmasını sağlamak amacıyla Alman Medeni Kanunu'na aşağıdaki 1631 d maddesi eklenmiştir. Madde metni şöyledir:

Paragraf 1631 d Erkek çocuğun sünneti

(1) Velayet hakkı aynı zamanda, rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun tıbbi açıdan zorunlu olmayan, tıbbi kurallara uygun bir şekilde yapılan sünnetine rıza göstermeyi de kapsar. Sünnetin amacı gözönüne alındığında çocuğun yararını tehdit etmesi halinde yukarıdaki hüküm geçerli değildir.

(2) Çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içinde, hekim sıfatı bulunmayan, sünnet konusunda özel bir eğitim alan ve bir hekim gibi sünneti gerçekleştirme ehliyeti olan dini bir topluluk tarafından yetkili olduğu kabul edilen kişi 1. fıkraya uygun bir şekilde sünneti gerçekleştirebilir.

Görülebileceği üzere Alman kanunkoyucusu çocuğun ebeveyninin rızası ile sünnet ettirilmesinin suç olmasını önlemek için özel bir yasal düzenleme yapmak gereği duymuştur.

Avusturya hukukunda da bu konuda yasal düzenleme bulunmaktadır. Avusturya Ceza Kanunu'nun "mağdurun rızası" başlıklı 90. paragrafın 3. fıkrasında, birinci fıkra uyarınca yaralanan veya tehlikeye maruz kalan kişinin rızasının varlığı halinde, geleneklere aykırı olmayan bedensel dokunulmazlığı ihlal eden veya ihlal tehlikesi içeren fiillerin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiş, aynı maddenin

3. fıkrasında kadın sünnetini madde kapsamına almamak için, “genital organların sakatlanmasının veya diğer şekillerde yaralanmasının, daha sonra kişinin cinsel yaşamında dezavantajlar getirecek olması veya dezavantajlar getirmeye elverişli olması halinde ilgilinin rızasının geçerli olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen mahkeme kararında, eylemin kasten yaralama suçunun unsurlarını oluşturduğu kabul edilmesine rağmen ebeveynin ve sünneti gerçekleştiren hekimin hukuki hata hükümleri uygulanarak cezalandırılmaması yoluna gidilmiştir.

Hukuki hata konusu Alman Ceza Kanunu’nun 17. maddesinde (Türk Ceza Kanunu’nun 30/son fıkrasında) düzenlenmiştir. Alm. CK 17. maddeye göre, fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılmaz bir hata ise, ceza 49. maddenin 1. fıkrasına göre indirilebilir<sup>3</sup>.

Alman Federal Yargıtayı bir ilke kararı ile<sup>4</sup>, kusurun bir unsurunun da hukuka aykırılık bilinci olduğunu kabul etmiştir. Bu karara göre, failin gerçekleştirdiği fiilin cezalandırılabilir bir fiil olduğunu, suç olduğunu bilmesi şart değildir. (Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.) Ancak bu fiilin hukuk düzenini ağır bir şekilde ihlal ettiğini bilinmesi gerekir. Şayet failde bu hukuka aykırılık bilinci bulunmamakta ise kusurlu bir hareket gerçekleştirdiği kabul edilemez<sup>5</sup>. Fail fiilinin hukuk düzenince kabul edildiği, toplumsal kurallara aykırı olmadığı bilinci ile gerçekleştirmişse kusurlu hareket etmemiştir.

Mahkeme sünneti gerçekleştiren hekim ve sünnete rıza gösteren ebeveynin cezalandırılmayacağını kabul etmişse de, eylemin suç olduğu sonucuna varmıştır. Kararda sünnet eylemini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunmadığı tespitinde bulunulmuştur.

Gerçekten Alman öğretilerinde sünnetin, çocuğu belli hastalıklardan koruduğu, hijyenik açıdan faydalı olduğunun sabit olmadığı, bu nedenlerle de hukuk düzeninin sünnete izin vermediği belirtilmektedir<sup>6</sup>.

Öte yandan ebeveynin rızasının sünneti hukuka uygun hale getirebilmesi için, rıza üzerine yapılan işlemin çocuğun yararlarına uygun olması gerekir. Çocuğun yararı, çocuğun iradesinden bağımsız objektif olarak değerlendirilmelidir. Aksi hal-

<sup>3</sup> Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe tercümesi için bkz. Yenisey/Plagemann, Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.

<sup>4</sup> BGHSt 2, 194. (aktaran Schroeder, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar 11. Neu bearbeitete Auflage, 1. Band, Berlin, 2003, § 17, k. no: 1.

<sup>5</sup> Jescheck, tercüme den Yenisey, Alman Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2007, s. 40: Schroeder, § 17, k.no: 3.

<sup>6</sup> Putzke, Holm; Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, Tübingen, s.692.

de okula gitmek istemeyen çocuğu, okula göndermeyen ebeveynin davranışının hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Alman öğretisinde de sünnet fiilinin çocuğa acı, ıstırap verdiği, beden dokunulmazlığının ihlali niteliğinde olduğu bu nedenle de kasten yaralama suçunun unsurlarını oluşturacağı genellikle kabul edilmektedir. Konu Türk Ceza Kanunu açısından incelendiğinde de, sünnet, kasten yaralama suçuna ilişkin kanunun lafzına uygun bir hareket olarak kasten yaralama şekli unsurlarını oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Fail sünnet ile kanuni tanımında belirtilen hareketi gerçekleştirmiş olmasına rağmen cezalandırılmamaktadır. Gerçekten Türk Ceza Kanunu'nun kasten yaralama başlıklı 86. maddesine göre, kasten yaralama, kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmaktadır. Sünnet eyleminde de, çocuğun beden bütünlüğünün ihlal edildiği, çocuğa acı ıstırap verildiği tartışmasızdır. Alman Ceza Kanunu ve Alman Medeni Kanunu ile Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu arasındaki paralellikler, benzerlikler bulunduğu açıktır.

Erkek çocukların sünnetinin hukuka uygunluğu konusu Türk hukuku bakımından ele alındığında, mevzuatta buna izin veren özel bir düzenlemenin olmadığı görülecektir. Burada hareketin sosyal uygunluğu teorisi kabul edilerek, sünnetin hukuka uygun olduğu veya kasten yaralama suçunun tipiklik unsurunun gerçekleşmediği ileri sürülebilir<sup>7</sup>. Sosyal hareket teorisine göre, hareket, insanın ihmal veya icra şeklindeki toplumsal önemi olan davranışdır. Bu teoriye göre, hukuka uygunluk sebepleri içinde hareketin sosyal uygunluğu başlığı altında bir hukuka uygunluk kaynağı yaratılabilir. Diğer bir ifade ile hareket toplum yaşamına uygun ise veya aykırı değilse bu hareket hukuka aykırı da olmaz. Hareket objektif olarak sosyal uygunluk içinde gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun olur<sup>8</sup>.

Maddi hukuka aykırılık kavramından hareketle de sünnet etme veya ettirmenin hukuka aykırı olmadığı iddia edilebilir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında maddi hukuka aykırılık kavramından yola çıkarak, suçun oluşması için sırf biçimsel hukuka aykırılığın yeterli olmadığını belirtmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.03.1983 tarihli kararına<sup>9</sup> göre; "Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, faili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fik-

<sup>7</sup> Hareketin sosyal uygunluğunun, hukuka uygunluk sebebi mi olduğu, yoksa tipikliği ortadan kaldıran bir unsur mu olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır.

<sup>8</sup> Önder, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989, s. 35 vd.

<sup>9</sup> CGK, 28.03.1983, 8-56/144.



rine “ratio legis” e bakmak gerekir: Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “haklı” sayılablmesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirten halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza Hukuku’nun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz (Valetta, 38; Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2, 7. Bası, Sahife 19 ve devamı)”.

Alman Yüksek Mahkemesi de bazı kararlarında sosyal yarar teorisini uygulamaktadır. Yüksek Mahkeme<sup>10</sup> “sosyal yarar teorisine göre, sosyal hareket özgürlüğü kapsamında bulunan hareketlerin tipe uygun olmadığını veya en azından hukuka aykırı olamayacaklarını, çünkü bu hareketlerin sadece ceza hukukuna göre değil, hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak anlamlandırılacağını, sosyal hareket özgürlüğü içerisinde bulunan hareketin alışlagelmiş, toplum tarafından uygun görülmüş hareket” olduğunu, dolayısıyla cezalandırılmayacağını belirtmiştir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda ebeveynin rızası ile tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocuk sünnetinin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için özel bir düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmelidir. Toplumsal yaşama uygun, toplumu rahatsız etmeyen bir hareketin cezalandırılması, toplum vicdanını rahatsız edecek, cezalandırmadan beklenen amaçların gerçekleşmesine hizmet etmeyecektir. Erkek çocukların sünnet ettirilmesi toplumu rahatsız etmeyen, sosyal yaşama uygun bir davranıştır. Aksi davranış, çocuğun sünnet ettirilmesi belli bir yaşta sonra çocuğun arkadaşları arasında dışlanmasına, bu suretle çocuğun zarar görmesine neden olabilecek bir husustur.

<sup>10</sup> BGHSt 23, 228.



**KARAR İNCELEMESİ**  
**HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI**  
**KARARINA İTİRAZ ÜZERİNE YAPILACAK DENETİM**  
*(Judgement Examination: Supervision of Postponement of*  
*Adjudication Enforced by Objection)*

**Veli Özer ÖZBEK\***  
**Serkan MERAKLI\*\***

**ÖZET**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kanunkoyucu sadece itiraz kanun yoluna başvurulabilmesine cevaz vermektedir. Bu bakımdan itiraz kanun yolunun kapsamının belirlenmesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetimi bakımından önem arz etmektedir. Bu noktada itiraz denetimi aşamasında itirazı inceleyecek merciin meselenin esasına girip giremeyeceği hususu ile hukuki denetim yanında maddî vakıaları da yeniden inceleyip inceleyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Öte yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı sadece itiraz kanun yoluna başvurulabiliyor olması karşısında itiraz kanun yolundan olumlu sonuç alma oranının düşük seviyelerde kalması bu kanun yolunun AİHM içtihatları uyarınca “etkin kanun yolu” niteliğinde olup olmadığı sorusunu da gündeme getirmektedir. Tüm bu tartışmalı noktalar bakımından itiraz kanun yolunda yapılacak denetimin kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, İtiraz, Adil yargılanma hakkı, Etkin kanun yolu, Maddî vakıaların yeniden incelenmesi.

***Abstract***

The legislator only allows remedy of objection against postponement of adjudication. In this respect it is very important to determine scope of objection in point of supervision of postponement of adjudication. At this point during objection progress it is contentious that whether objection authority can examine case on merits and can reconsider facts of case besides judiciary supervision.

---

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

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

On the other hand because of the fact that objection, which brings a low rate of effective result, is the only remedy against postponement of adjudication, it is suspicious that whether this remedy is “effective remedy” with regard to case law of ECHR. In point of these contentious subjects, there is a great importance of determining scope of the remedy of objection.

**Keywords:** Postponement of public prosecution, Objection, Right to a fair trial, Effective remedy, Reconsidering of facts

## I. İNCELEME KONUSU KARAR

Kanun Yararına Bozma

Yargıtay 4.Ceza Dairesi, 22.03.2012, E. 2012/5928, K. 2012/6790  
(www.kazanci.com.tr)

*“Tehdit suçundan sanık Rifat Çınar’ın, TCK’nın 106/1-1. cümle, 62/1. maddeleri gereğince 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, CMK’nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair İstanbul 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 28.09.2011 tarihli ve 2011/1245 esas, 2011/545 sayılı kararına karşı yapılan itirazın kabulü ile söz konusu kararın iptaline ilişkin İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 20.10.2011 tarihli ve 2011/163 değişik iş sayılı kararının Adalet Bakanlığınca 15.02.2012 gün ve 2011/2486/9597 sayılı yazısı ile yasa yararına bozulmasının istenmesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 23.02.2012 gün ve 2012/53759 sayılı talep yazısı ile dava dosyası Daireye gönderilmekle incelendi:*

*Talep yazısında “İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesince, sanık hakkındaki kovuşturması şikayet şartına bağlı suçta şikayetten vazgeçilmiş olduğundan bahisle itirazın kabulüne karar verilmiş ise de, İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin sadece, CMK’nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin şartlarının olup olmadığı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden sınırlı olarak inceleme yapılabileceği, şartların varlığı halinde itirazın reddine karar vermesi gerekliliği, esastan inceleme yapamayacağı gözetildiğinde, itirazın açıklanan sebeplerle reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” denilmektedir.*

*Gereği görüldü:*

*CMK’nın 231. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda kabul edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; suç nedeniyle mağdurun maddi zararının karşılanmasını sağlaması ve daha önce kasıtlı bir suçtan mahkumiyeti bulunmayan sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki davranışlarının gelecekte tekrar suç işlemeyeceği kanısını uyandırması durumunda, belirlenecek denetim süresi sonuna kadar başka bir suç işlememesi koşuluyla, verilen hükmün sonuçlarının doğmasını önlemesi ve böylece kişiye işlediği suçun sonuçlarıyla yüzleşip pişmanlık duyarak mağdur, zarar görenler ve toplum karşısında hukuk kurullarına uygun ve barış içerisinde yaşamaları için yeni bir olanak sunulması amacıyla düzenlenen hukuksal bir kurumdur.*

CMK'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yasa yolu öngörülmüş ve itiraz merciin verilen kararı denetlerken, mahkemece kabul edilen sübuta yönelik inceleme yapma olanağı bulunmadığından yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gereken yasal koşulların varlığı ile sınırlı olarak inceleme yapması öngörülmüştür.

İncelenen dosyada, itiraz merci olan İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı denetlerken, yalnızca bu kararın verilebilmesi için gereken yasal koşulların varlığı ile sınırlı olarak inceleme yapması gerektiği ve mahkemece kabul edilen sübuta yönelik inceleme yapma olanağının bulunmadığı halde, sanığa yüklenen suçun şikayete bağlı olduğu ve şikayetten vazgeçilmiş bulunduğundan söz edilerek itirazın kabulüne karar verilmesi,

Yasaya aykırı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenlediği istem yazısındaki düşünce yerinde görüldüğünden İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 20.10.2011 tarihli ve 2011/163 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, sonraki işlemlerin aynı yasa maddesinin 4-a fıkrası gereğince yerinde tamamlanmasına, 22/03/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi".

## II. OLAYIN ÖZETİ

Tehdit suçundan sanık R.Ç.'nin, TCK'nın 106/1-1. cümle, 62/1. maddeleri gereğince 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, CMK'nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına İstanbul Sulh Ceza Mahkemesi'nce karar verilmiştir. Sulh ceza mahkemesinin bu kararına karşı sanık söz konusu kararın iptaline ilişkin İstanbul Asliye Ceza Mahkemesi'nde itiraz kanun yoluna başvurmuştur. Bu itiraz üzerine İstanbul Asliye Ceza Mahkemesi itirazın kabulüne karar vermiştir. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı'nın talebine istinaden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesi'ne CMK m. 309 uyarınca kanun yararına bozma yoluna gidilmiştir.

## III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

### A. Sulh Ceza Mahkemesi'nin Çözüm Şekli

İnceleme konusu olayda sulh ceza mahkemesi dava şartı niteliğindeki şikayetin gerçekleşmemiş olmasına karşın sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurmuş ve daha sonra CMK m. 231'e göre bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmetmiştir.

### B. Asliye Ceza Mahkemesi'nin Çözüm Şekli

İnceleme konusu olayda sulh ceza mahkemesinin verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi üzerine itirazı inceleyen asliye ceza

mahkemesi, dava şartı niteliğinde olan şikayetin gerçekleşmemiş olmasına dayanarak sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmasını hukuka aykırı bularak itirazın kabulüne karar vermiştir.

### C. Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesi'nin Çözüm Şekli

Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesi *CMK'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolunun öngörülmüş olduğunu ve itiraz merciinin verilen kararı denetlerken, mahkemece kabul edilen sübuta yönelik inceleme yapma olanağının bulunmadığını, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gereken yasal koşulların varlığı ile sınırlı olarak inceleme yapmasının öngörüldüğünü hükme bağlayarak dava şartı gerçekleşmemiş olsa dahi itirazı inceleyen merciin bu hususu inceleyemeyeceğine karar vermiştir.*

## IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Olayda çözümlenmesi gereken hukuki sorun itiraz kanun yolunda yapılacak denetimin kapsamıdır. Buna göre itiraz kanun yolunda temyiz kanun yolundan farklı olarak maddi yönden de inceleme yapılıp yapılamayacağı tespit edilmelidir. Bu tespite uygun olarak da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazın incelenmesinde Yargıtay'ın kararında hükme bağladığı, incelemeyi yapacak merciin yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulları ile sınırlı bir denetim yapması gerektiği hususunun hukuka uygun olup olmadığı tartışılmalıdır.

## V. DEĞERLENDİRMELER

### A. Aleyhine İtiraz Kanun yoluna Başvurulabilen Kararlar

Konunun Türk hukukundaki anlam ve kapsamına geçmeden önce bir karşılaştırma yapmak bakımından mehz olma özelliğini büyük ölçüde koruyan Alman hukukundaki düzenlemeleri kısaca ele almanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

Alman CMK § 304/ I'e göre, itiraz kanun yolu hükmü niteliğinde olmayan ilk derece mahkeme kararlarına ya da istinaf mahkemesinde yapılan yargılamalarda verilen kararlara ve soruşturma evresindeki hakim kararlarına karşı kanunda başvurulması açıkça engellenmediği sürece başvurulabilen bir kanun yoludur. Öte yandan Alman CMK § 304/ II uyarınca tanıklar, bilirkişiler ve diğer şahıslar, ilgili oldukları karar ve tasarruflara karşı itiraz kanun yoluna başvurabilirler.

Alman CMK § 304/ III uyarınca yargılama giderleri ya da zorunlu harcamalar hakkındaki kararlara karşı itiraz kanun yolu yalnızca itiraz konusunun değerinin 200 Avro'nun üstünde olması halinde açıktır.

Öte yandan her ne kadar Alman CMK § 304/ I'de mahkeme kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş de olsa, Alman CMK § 305'te, mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurma olanağına sınırlama getirilmiştir. Buna göre “*Mahkemenin hükmü açıklamasından önce verdiği kararlar itiraza tâbi değildir. Fakat, tutukluluk, gözlem altına alınma, elkoyma, sürücü ehliyetinin geçici olarak alıkonulması, mesleğin icrasından geçici mahrum bırakma veya üçüncü kişilerin etkileneceği her türden koruma tedbirlerine hükmedilmesi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurma hakkı saklıdır*”. Alman CMK § 305 hükmü ile Alman kanun koyucusu mahkemenin vereceği hükme karşı temyiz ya da istinaf kanun yoluna başvurularak bu kararın denetiminin sağlanabileceğinden hüküm ile maddi ve içeriksel anlamda bağlantısı bulunan mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurabilmeyi yasaklayarak bir karara karşı aynı anda iki farklı kanun yoluna başvurulmasının önüne geçmeyi amaçlamış ve böylece muhakemede bu yolla ortaya çıkabilecek zaman kaybını ortadan kaldırmaya çalışmıştır<sup>1</sup>.

Alman doktrininde aşağıdaki hallerde kovuşturma evresinde mahkemenin verdiği kararlara karşı ayrıca itiraz kanun yoluna başvurulabileceği savunulmaktadır<sup>2</sup>:

- Zorunlu müdafî ataması
- Müdafîin dosyayı inceleme yetkisi hakkında verilen karar
- Katılma talebinin reddi
- Duruşmanın sanığın yokluğunda yapılması
- Müdafîin aynı anda menfaati çatışan tarafların müdafîliğini yapmasından ötürü mahkemece azledilmesi.
- Delil ileri sürülmesinin reddedilmesi

Görüldüğü üzere mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu sistematüğinde itiraz kanun yolu, varoluş sebebine de uygun olarak hükümden önce verilen kararlara karşı başvurulabilen ve sadece söz konusu bir uyumsuzluğu derhal sonlandırmayı amaçlayan, muhakemede ortaya çıkan bir uyumsuzluğa acil çözüm getirmeyi hedefleyen bir kanun yolu olarak yer almaktadır. Dolayısıyla sadece mahkemelerin verdiği ara karar niteliğindeki ve hükme esas teşkil etmeyen, diğer bir deyişle hüküm ile maddi ve içeriksel bağlantısı bulunmayan kararlar bakımından itiraz kanun yoluna başvurma olanağı getirilmiştir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> **Meyer-Goßner** Lutz, Strafprozessordnung, 51. Auflage, München 2008, § 305, kn. 1, 4; **Kühne** Hans Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003, kn. 1034; **Kindhäuser** Urs, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Baden Baden 2010, § 32 kn. 10; **Beulke** Werner, Strafprozessrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2009, kn. 578.

<sup>2</sup> **Henkel** Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1968, s. 369; **Meyer-Goßner**, § 305, kn. 4, 5; **Kindhäuser**, § 32 kn. 12; **Beulke**, kn. 578.

<sup>3</sup> **Kunter** Nurullah/ **Yenisey** Feridun/ **Nuhoğlu** Aysel, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 1671.

Türk Hukuku'nda ise itiraz kanun yolu düzenlenirken CMK m. 267 ve devamında hükme esas teşkil edecek bir ara karar olması sınırlamasına yer vermek yerine kanunda açıkça belirtilen mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Böylelikle hükümden önce verilip de aleyhine itiraz yoluna başvurulabilecek kararların hüküm ile maddi ve içeriksel bir bağlantısının bulunmaması gerektiğine yönelik bir düzenleme kanunumuzda yer almamaktadır. Buna bağlı olarak da kanunda yer verildiği sürece her karara karşı itiraz kanun yoluna başvurma olanağı doğmuştur. Gerçekten, kanunkoyucu aleyhine itiraz yoluna başvurulacak kararların kapsamını genişletmiştir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı da her ne kadar hüküm ile kıyaslanabilir nitelikte bir karar ise de mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun aksine CMK'daki düzenleme gereği bu karara karşı itiraz kanun yolu açılmıştır. Bu durum esasen itiraz kanun yolunun niteliği ile örtüşmemekte olup onun getiriliş amacına da aykırıdır.

### **B. İtiraz Kanun yolunda İtirazı İnceleyecek Merciiin Yapacağı Denetim**

İtiraz başvurusunun geçerlik unsurları gerçekleşmemiş ya da itiraz haklı bulunmamış ise itirazı inceleyen merci, yapılan itiraz başvurusunu mahkeme kararı formatında kabul edilmez bulur. Aksi durumda ise eğer incelemeyi yapan merci itirazı haklı bulursa kararı veren hakimnin veya mahkemenin yerine geçerek esasa ilişkin kendisi yeni bir karar verir<sup>4</sup>. Gerçekten CMK m. 271/ 2'ye göre, "İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir". Yine Alman CMK § 309/ II'ye göre "İtirazı inceleyen merci itiraz haklı bulunursa aynı zamanda mesele bakımından gerekli olan kararı da verir".

**İtiraz hem hukukî hem de yerindelik (maddî vakıaların denetimi) denetimine imkan tanır<sup>5</sup>. Bu nedenle itiraz üzerine verilen karar merci tarafından hem fiilî (maddî) hem de hukukî gerekçeler ile desteklenebilir. Bu bakımdan yeni vakıalar ve delillere dayanılabilir<sup>6</sup>.**

Öte yandan doktrinde itirazın kabul edilmesi durumunda, kararına itiraz edilen hakim veya mahkemenin takdir yetkisi kapsamında bulunan hususlarda da itirazı inceleyen merciiin yeni bir karar verebileceği kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Buna bağlı

<sup>4</sup> BGH NJW 1964, s. 2119; Peters Karl, Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985, s. 621; Meyer-Goßner, § 309, kn. 3; Kindhäuser, § 32 kn. 18; Beulke, kn. 581; Taner M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım, İstanbul 1955, s. 363.

<sup>5</sup> Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1678; Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 869; Toroslu Nevzat/ Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2009, s. 333; Aydın Devrim, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, TBDD, S. 65, 2006, s. 70.

<sup>6</sup> Peters, s. 621; Meyer-Goßner, § 309 kn. 6.

<sup>7</sup> Schleswig OLG, NJW 1976, s. 1467; Meyer-Goßner, § 309, kn. 4; Kindhäuser, § 32 kn. 18; Beulke, kn. 581.



olarak itirazı inceleyen merci esasa ilişkin gerekçeler ile verilmeyen tutuklama, yakalama, iddianamenin kabulü veya elkoyma kararı gibi bir karar verebilir<sup>8</sup>.

İtirazı inceleyecek merci vereceği karar bakımından önem taşıyan her tür vakıayı incelemeli ve açıklığa kavuşturmalıdır. Dolayısıyla kararı veren makama vakıaları yeniden incelemesi ve aydınlatması için dosyanın geri gönderilmesi mümkün değildir<sup>9</sup>.

Öte yandan Alman Hukuku'nda her ne kadar Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itirazı inceleyecek merciin yapacağı denetimi düzenleyen § 309'da bu konuda bir düzenleme bulunmuyor da olsa Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin ve bazı Yüksek Eyalet Mahkemeleri'nin verdiği istikrar kazanan kararlar uyarınca; dosyanın, kararına itiraz edilen merciye geri gönderilmesinin çok sınırlı istisnaî durumlarda mümkün olabileceği kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Örneğin itirazı inceleyen merciin gidermesi mümkün olmayan bir muhakeme engeli bulunuyorsa<sup>11</sup> ya da bir kişinin sözlü şekilde dinlenilmesi zorunluluğu bulunan bir durum bulunuyorsa<sup>12</sup> veya çekinmesine karar verilen hakimın katılım gösterdiği mahkemenin verdiği bir karar söz konusu ise<sup>13</sup> dosya kararına itiraz edilmiş olan merciye geri gönderilir. Fakat, kanımızca Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 309/ II ile aynı hükme yer veren CMK m. 271/ 2'de yer alan "*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*" düzenlemesi karşısında örneğin bir muhakeme engeli bulunuyor olsa dahi bu durumda itirazı inceleyecek merci, kararına itiraz edilen merciin yerine geçerek bir karar vermelidir.

Alman doktrininde hakim olan görüşe göre itiraz kanunyolu bakımından aleyhe bozma yasağı geçerli değildir. Buna dayanak olarak da kanunkoyucunun aleyhe bozma yasağını sadece temyiz, istinaf ve yargılamanın yenilenmesi kanunyolları bakımından düzenlemiş olmasını ve ayrıca bu konuda kanunkoyucunun itirazda bulunan lehine düzenleme yapması gerektiği gösterilmektedir<sup>14</sup>. Bunun istisnasının ise hukukî neticeyi kalıcı olarak tespit eden ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlar bakımından olduğu ileri sürülmektedir<sup>15</sup>.

İtirazı inceleyecek merciin yetkisi bakımından ise itiraz kanunyolunda yapılacak incelemede de maddî gerçeği araştırma ilkesinin geçerli olduğu söylenmelidir.

<sup>8</sup> BGH MDR 1964, s. 1019; Peters, s. 621; Meyer-Goßner, § 309, kn. 4.

<sup>9</sup> Meyer-Goßner, § 309, kn. 3.

<sup>10</sup> BGH NJW 1964, s. 2119; Düsseldorf OLG NJW 2002, s. 2963; Meyer-Goßner, § 309 kn. 7; Putzke Holm/ Scheinfeld Jörg, Strafprozessrecht, 2.Auflage, München 2009, kn. 725.

<sup>11</sup> Meyer-Goßner, § 309 kn. 8; Roxin Claus/ Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009, § 57 kn. 11; Scheinfeld/ Putzke, kn. 725.

<sup>12</sup> BayOLG NJW 1954, s. 204; Düsseldorf OLG, StV 1987 s. 257; LG Bonn NStZ 1986 s. 574; Meyer-Goßner, § 309 kn. 8.

<sup>13</sup> OLG Bremen NJW 1966 s. 605; OLG Saarbrücken NJW 1966 s. 167; Meyer-Goßner, § 309 kn. 8.

<sup>14</sup> Meyer-Goßner, § 304, kn. 5; Peters, s. 617.

<sup>15</sup> Meyer-Goßner, § 304, kn. 5.

Bu nedenle itirazı inceleyecek merci gerekli araştırmaları yapar (Alm. CMK. § 308/ II). İtirazı inceleyecek makam talep ile bağlı olmayıp yapacağı inceleme ve araştırmaları kendiliğinden gerçekleştirebilir ve polis ve savcılıktan yardım talep edebilir<sup>16</sup>. Nitekim CMK m. 270'e göre merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir.

### C. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Edilmesi Üzerine İnceleme Yapacak Merciiin Denetimi

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetimi bakımından kanunkoyucu CMK m. 231/ 12'de "*hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir*" düzenlemesine yer vermek suretiyle itiraz kanun yolunu öngörmüştür.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine inceleme yapacak merci öncelikle hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının CMK m. 231'deki objektif koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği denetimi yapabilir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşulları,

- Sanığın mahkum olması (CMK m. 231/5),
- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması (CMK m.231/ 6- a),
- Sanığın mahkum olduğu cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ya da adli para cezası olması (CMK m.231/ 5),
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmiş olması (CMK m.231/ 6- c),
- Suçun Anayasa'nın 174'üncü maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlardan olmamasıdır (CMK m.231/ 14).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde itirazı inceleyecek merci bu objektif koşulları denetleyebilecektir; fakat, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için subjektif nitelikteki sanığın yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılması koşulunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini itirazı inceleyen merci denetleyemez. Zira, sanığın yeniden suç işleyip işlemeyeceği kanaati ancak duruşma yapıp mahkemenin sanıkla birebir temas kurması sonunda oluşabilir. Dolayısıyla dosya üzerinden inceleme yapan itirazı inceleyen merciiin bu subjektif şartı inceleyememesi gerekir. Fakat, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararını veren mahkemenin subjektif koşulların oluştuğuna karar verirken takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığının denetlenmesi gerekir; zira, subjektif şartın somut olayda gerçekleştiğine dair kendisinde

<sup>16</sup> Meyer-Gofner, § 309 kn. 6.

kanaat oluştuğunu belirtmesi yeterli olmayıp aynı zamanda bu kanaatini somut bir şekilde gerekçelendirmelidir.

Öte yandan itiraz kanun yolunda yapılacak denetimin kapsamı temyiz incelemesine göre daha geniş olduğundan ve itiraz incelemesinde maddi olguların da yeniden ele alınabilmesi mümkün bulunduğundan itirazı inceleyecek merci hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşullarının dışında kalan ve yapılan yargılamada ortaya çıkan hukuka aykırılık var ise bunları da inceleyebilir. Dolayısıyla itirazı inceleyecek merci maddi denetim de yapabildiğinden aslında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi; dolayısıyla mahkumiyet dışında bir hükmün verilmesi gerektiği kanısına varırsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını ve açıklanması geri bırakılan hükmü kaldırarak yeni bir hüküm kurabilir. Örneğin dava şartı gerçekleşmemiş olmasına karşın mahkumiyet ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ise bu durumda durma ya da düşme kararı verebilir<sup>17</sup>.

## VI. GÖRÜŞÜMÜZ

### A. İtirazı İnceleyen Merciiin Hem Maddi Hem Hukuki Denetim Yapma Yetkisi Bakımından

Yukarıda da belirtildiği üzere itiraz kanun yolunda hem maddî hem de hukukî denetim yapıldığından itirazı inceleyecek merciiin geniş bir yetkisinin bulunduğu söylenmelidir. Bu bakımdan itirazı inceleyecek merci meselenin esasına girebilir ve maddî vakıaları yeniden incelemek suretiyle mesele hakkında yeni bir karar verebilir.

İtirazı inceleyecek merciiin meselenin esası hakkında yeni bir karar verebileceği CMK m. 271/ 2'de, "*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*" şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla **mesele hakkında yeni bir karar verme yetkisine sahip olan merciiin maddi vakıaları yeniden incelemeyen bunu yapması mümkün olmayacağından itirazı inceleyen merciiin maddi yönden de denetim yapabileceğinin kabulü gerekir**. Fakat, inceleme konusu olayda Yargıtay'ın "*Asliye Ceza Mahkemesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı denetlerken, yalnızca bu kararın verilebilmesi için gereken yasal koşulların varlığı ile sınırlı olarak inceleme yapması gerektiği ve mahkemece kabul edilen sübute yönelik inceleme yapma olanağının bulunmadığı halde, sanığa yüklenen suçun şikayete bağlı olduğu ve şikayetten vazgeçilmiş bulunduğundan söz edilerek itirazın kabulüne karar verilmesi hukuka aykırıdır*" şeklindeki kararı yerinde değildir. Zira, Yargıtay verdiği bu karar ile itiraz kanun yolunun kapsamını CMK m. 271/ 2'ye aykırı bir şekilde sınırlamış olmaktadır. Kaldı ki, Yargıtay bu kararıyla, açıklanması

<sup>17</sup> Aksi yönde bkz. **Centel Nur/ Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 738.

ertelenen bir hükmün esastan incelenebilmesi için sanığı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına onay vermemeye veya onay vermişse onu bu kararın gereklerine aykırı davranmaya yönelterek hükmün temyiz kanunuyolu ile esastan incelenmesini sağlamaya mecbur kılmaktadır<sup>18</sup>.

Öte yandan itiraz kanunuyolunda esastan inceleme yapılmadığı kabul edildiği takdirde yargılama sürecinde ortaya çıkmış olası hukuka aykırılıkların denetlenme imkanı ortadan kalkmış olmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazın incelenmesi aşamasında merciin yalnızca bu kararın şartlarının oluşup oluşmadığı ile sınırlı bir denetim yapması yargılamada ortaya çıkmış hukuka aykırılıkların denetlenmemesi anlamını taşıyacaktır. Eğer beş yıllık denetim süresi içerisinde de başka bir suç işlenmez ise bu durumda hüküm açıklanmayacak ve de temyiz yoluna gidilemeyecektir. Böylelikle de yapılan yargılamadaki hukuka aykırılıkların hiçbir denetimden geçmeden üstünün bir bakıma örtülmesi söz konusu olacaktır. Bu gerekçelerden ötürü itiraz kanunuyolunda merciin meselenin esasına da girerek bir inceleme yapmasının kabulü gerekir.

CMK'da yer alan itiraz kanunuyoluna ilişkin düzenlemeler içinde inceleme esasında işin esasına girilmeyeceğine ve yalnızca şekli bir değerlendirme yapılacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Nasıl ki tutuklama koruma tedbirine itiraz halinde tedbirin hukuka uygun olup olmadığını tespit için işin esasına girilior ise benzer bir durum hükmün açıklanmasının geri bırakılması için de geçerlidir<sup>19</sup>.

İnceleme konusu olayda dava şartı niteliğinde olan şikayet gerçekleşmediği için sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulamaması gerekirdi. Fakat, şikayet şartı gerçekleşmeden sanık hakkında ilk derece mahkemesi mahkumiyet hükmü kurmuş ve bunun yanında hükmün açıklanmasını da geri bırakmıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar sonucu söylenmelidir ki bu durum karşısında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi sonucunda itirazı inceleyecek merciin maddi denetim yapması mümkün olduğundan ve CMK m. 271/ 2'de "*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*" düzenlemesi yer aldığından dava şartının gerçekleşmemiş olmasından ötürü hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması gerekir. Bunun ardından ise itirazı inceleyen merci sanık hakkında esasen hiç mahkumiyet hükmü kurulmaması gerekliliğinden hareketle sanık hakkında verilmiş olan mahkumiyet hükmünü kaldırmalı ve durma ya da düşme kararı vermelidir.

Bu yöndeki bir çözüm yolu itiraz kanunuyolunun getiriliş amacına uygun değilmiş gibi gözükebilir. Zira, itiraz kanunuyolu esasen hükümden önce verilen kararlara karşı başvurulabilen bir kanunuyolu olup bu kanunuyolunun getiriliş amacı yukarıda da belirtildiği üzere sadece muhakemede ortaya çıkan bir uyumsuzluğu

<sup>18</sup> Ünver Yener/ Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 762.

<sup>19</sup> Özbek Veli Özer/ Kanbur Mehmet Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 704.

derhal sonlandırarak ona acil çözüm getirmektir. Fakat, CMK m. 271/ 2 düzenlemesi de göz önüne alındığında kanunkoyucu mehz Kanun'un aksine itiraz kanun yolunun uygulama alanını genişletmiştir. Bunun bir sonucu olarak da hüküm ile kıyaslanabilir bir karar olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceğini düzenlemiştir. İşte bu nedenle bir ara karar olmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının yanı sıra CMK m. 271/2'ye de uygun olarak hükümle ilgili de denetim itiraz incelemesinde yapılabilmelidir. Bu yorumun kabul edilmesindeki asıl amaç hükmün ve muhakemedeki işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminin yapılabilmesinin önünü açmaktır.

### B. İtirazı İnceleyen Merciiin Dosyayı Geri Gönderme Yetkisinin Bulunmuyor Olması Bakımından

İtiraz kanun yolunu düzenleyen CMK m. 267 ve devamında itirazı inceleyen merciiin dosyayı kararına itiraz eden merciiye geri gönderme yetkisine yer vermemiştir. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği üzere, itirazı inceleyecek merci vereceği karar bakımından önem taşıyan her tür vakıayı incelemeli ve açıklığa kavuşturmalıdır. Dolayısıyla kararı veren makama vakıaları yeniden incelemesi ve aydınlatması için dosyanın geri gönderilmesi mümkün değildir<sup>20</sup>. CMK m. 271/ 2'de yer alan “*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*” düzenlemesi karşısında dava konusu olayda olduğu gibi bir muhakeme engeli bulunuyor olsa dahi bu durumda itirazı inceleyecek merci, kararına itiraz edilen merciiin yerine geçerek bir karar vermelidir.

İnceleme konusu olayda itirazı inceleyecek merci, aleyhine itiraz kanun yoluna başvuru kararı, dava şartı niteliğindeki şikayet gerçekleşmemesine rağmen mahkumiyet hükmü kurulmuş olmasından ötürü hukuka aykırı bulmuştur. Bu durumda CMK m. 271/ 2'nin açık düzenlemesi karşısında itirazı inceleyen merci kararı veren merciiin yerine geçerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırmalı ve ayrıca mahkumiyet hükmünün yerine durma ya da düşme kararı vermelidir. Dolayısıyla dosyayı, verdiği karara itiraz edilen merciiye geri gönderme yetkisi bulunmamaktadır.

Yargıtay ise inceleme konusu olayda verdiği kararda açıkça dile getirmemiş olsa da kararlarında itirazı inceleyen merciiin böyle bir durumda dosyayı, kararına itiraz edilen merciiye geri göndermesi gerektiğine karar vermektedir<sup>21</sup>. Fakat, kanun-

<sup>20</sup> Meyer-Goßner, § 309, kn. 3.

<sup>21</sup> “İtiraz merciiince, hükmün açıklanması kararına ilişkin yapılan incelemede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı isabetsiz görüldüğünde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının geri bırakılması kararı kaldırılarak, dosya itiraz sonucuna göre işlem yapılmak üzere mahkemesine gönderilmektedir. İtiraz merciiince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik itiraz kabul edildiği takdirde, Kanun'un 271 inci maddesindeki, itiraz merciiince, itirazın kabulü halinde, itiraz konusu hakkında da karar verilmesi zorunluluğu hükmünden hareketle, hükmün açıklanmasına karar verilmesi mümkün değildir. Her ne kadar kanunda konuyu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamakta

da yer almayan böyle bir sınırlamaya yer vermek sanığın kanunun kendisine tanıdığı olduğu kanununa başvurma hakkını hukuka aykırı şekilde sınırlayacaktır.

### C. İtirazı İnceleyecek Mercilerin İş Yükü Bakımından

İtirazı inceleyecek mercilerin kendi madde bakımından yetkileri dahilindeki iş yükleri göz önüne alındığında bu mercilere itiraz incelemesinde esasa girerek maddi denetim yapma yükümlülüğü de tanınır ise özenli bir inceleme yapamama sonucunun ortaya çıkması söz konusu olabilir. Gerçekten, itirazı inceleyecek merciler bu incelemelerini kendi iş yüklerinin yanında ekstra bir vakit ayırmak suretiyle gerçekleştirdiklerinden itiraz incelemesinde gereken özeni gösterememeleri doğal karşılanabilir. Fakat, vatandaşların hukuka ve adliyeye olan güvenlerinin korunması açısından muhakemenin her aşamasında olduğu gibi itiraz incelemesi aşamasında da özenli bir denetimin yapılması elzemdir. Bu bakımdan eğer itiraz mercilerinin meselenin esasına girerek maddi denetim yapmaları onların iş yükleri göz önünde tutulduğunda kendilerinden beklenmemeli ise, bu durumda örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf ya da temyiz yolu açılmalıdır. Burada asıl önemli olan hususun vatandaşın güveninin korunması olduğu unutulmamalıdır.

### D. İtiraz Kanun yolunun AİHM Kararları'nda Belirtilen Etkin Kanun yolu Niteliğine Sahip Olup Olmadığı Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bir iç hukuk yolunun etkin olarak nitelenebilmesi için diğer şartlar yanında<sup>22</sup> bu kanun yolunun “*sonuç alınabilir*” nitelikte de bulunması gereklidir<sup>23</sup>. Gerçekten, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru olmaları olayların geçtiği tarihte yalnızca teoride değil aynı zamanda pratikte de mevcut olan ve bunun yanında **başvurucuların şikayetlerine bir giderim sağlayabilecek olan ve makul ölçüde bir başarı şansı sunan iç hukuk yollarını** tüketmek zorunda olduklarını kararlarında belirtmektedir<sup>24</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu içtihatları göz önünde tutularak itiraz kanun yolu ele alınacak olursa bu durumda itiraz kanun yolunun etkin ka-

*ise de, aksinin kabulü, birçok sorunu ve tartışmayı da birlikte getirecektir*” YCGK, 23.11.2011, E. 2011/2462, K. 2011/ 5826 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.08.2012)

<sup>22</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bir kanun yolunun etkin bir iç hukuk yolu olarak nitelenebilmesi için hakimlerin bağımsızlığı, başvuru olmaları nedeniyle güvenlik güçlerinin tacizlerine maruz kalıp kalmadıkları, dava sürecinin uzunluğu, güvenlik güçlerinin delil toplamak konusundaki çabaları, yargı dışında giderim ödenip ödenmediği gibi etkenler değerlendirilmelidir (Bkz. **Türmen** Rıza, “İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi”, in: Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 781.

<sup>23</sup> Bkz. **AİHM**, Aydın İçyer/ Türkiye Kararı, Başvuru No: 18888/02, 12.01.2006, § 14 vd.

<sup>24</sup> **AİHM**, Sejdovic/ İtalya Kararı, Başvuru No: 56581/00, 10.11.2004, § 46; **AİHM**, Paksas/ Litvanya Kararı, Başvuru No: 34932/04, 06.01.2011, § 75 (in: NVwZ 2011,s. 1307).

nunyolu niteliğine sahip olmadığı söylenebilir. Zira, itiraz kanunyolunda yapılan denetimde uygulamada çoğu kez olumlu sonuç alınmamaktadır. Dolayısıyla bu anlamda itiraz kanunyolunda yapılacak denetimin kapsamı konusundaki tartışmadan önce itiraz kanunyolunun zaten etkin bir kanunyolu niteliğine sahip olmadığı, şüpheli/ sanık bakımından tam bir güvence teşkil etmediği ve bu yönüyle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olmaması gerektiği söylenmelidir.

İtiraz kanunyolu etkin bir kanunyolu olmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı temyiz yoluna başvurma hakkının tanınmaması da hukuka aykırı olacaktır. Buna bağlı olarak zaten etkin bir kanunyolu niteliği bulunmayan itiraz kanunyolunda yapılacak denetimin kapsamının Yargıtay tarafından oldukça daraltılması sanığı ikinci kez mağdur edecektir<sup>25</sup>. Nitekim inceleme konusu olayda Yargıtay, itiraz merciinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı denetlerken, yalnızca bu kararın verilebilmesi için gereken yasal koşulların varlığı ile sınırlı olarak inceleme yapması gerektiğine ve mahkemece kabul edilen sübuta yönelik inceleme yapma olanağının bulunmadığına karar vererek itiraz kanunyolunda yapılacak denetimin kapsamını CMK'daki düzenlemeye aykırı olarak sınırlamıştır.

İtiraz kanunyoluna etkin bir kanunyolu olma özelliği kazandırmak isteniyor ise bu durumda itiraz kanunyolunda yapılacak denetimin kapsamı da CMK m. 271/ 2'de yer verilen düzenlemeye uygun olarak maddi yönden de inceleme yapılacak şekilde uygulanmalıdır. Bu yolla itirazı inceleyen merci daha geniş bir inceleme yapabilecek ve bu yolla da sanığın itiraz kanunyolundan sonuç alabilmesinin önü açılacaktır.

İnceleme konusu olayda da dava şartı niteliğindeki şikayetin gerçekleşmemiş olmasına karşın sanık hakkında hüküm kurulması ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi hukuka aykırı olduğundan CMK m. 271/ 2'deki düzenleme karşısında artık bu karara yapılan itirazı inceleyen merci kararı veren mahkemenin kararını bozabilmeli ve uyuşmazlık hakkında bu mahkemenin yerine geçerek bir karar verebilmelidir.

<sup>25</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bir kanunyolunda, ilk derece mahkemesinde yapılan hukuka aykırılıkların delillerin yeniden incelenmesi de dahil tamamen yeniden ele alınabilir ve incelenebilir olması gereklidir [**AİHM**, Riepan/ Avusturya Kararı, 14.11.2000, Başvuru No: 35115/97 § 41 (in: ÖJZ 2001,357)]. Öte yandan kanunyolu merci ilk derece mahkemesinin verdiği hükmü iptal edebilmeli ve onun yerine geçerek karar verebilir olmalıdır (**Meyer-Ladewig** Jens, Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 2.Auflage, Baden Baden 2006, s. 124).

### E. İtiraz Kanun yolunun Adil Yargılanma Hakkını Gerçekleştirmeye Elverişli Olup Olmadığı Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde her ne kadar ilk derece mahkemesinin verdiği kararlara karşı üst dereceli bir mahkemeye başvurma hakkının sanığa tanınması yönünde bir düzenleme yer almıyor da olsa 22 Kasım 1984'te imzalanan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından da 1994 yılında yürürlüğe sokulan ek 7 numaralı Protokol'ün ikinci maddesi ile bir ceza davasında mahkum edilen sanığa bu mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek dereceli bir mahkemeye incelettirme hakkı tanınmıştır.

İnceleme konusu olayda her ne kadar mahkumiyet kararına karşı değil hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı bir denetim imkanı olarak itiraz kanun yolu öngörülmüş de olsa Yargıtay'ın kararında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazın incelenmesinde sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının oluşup oluşmadığının denetime tabi tutulabileceğine hükmetmesi karşısında verilen mahkumiyet hükmünün esastan denetime tutulmasının önü kapatılmış olmaktadır. Zira, eğer beş yıllık denetim süresinde sanık herhangi bir suç işlemez ve bu süre sonunda hüküm açıklanmaz ise bu durumda yapılan muhakeme sonucu verilen hükmün hiçbir denetime tabi tutulmadan kesinleşmesi söz konusu olmaktadır. Böylelikle de muhakemede ortaya çıkmış olan olası hukuka aykırılıklar denetlenmemiş olacaktır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/ 1'de yer alan adil yargılanma hakkına ve yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 numaralı Protokol m. 2/ 1'e açıkça aykırıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, içtihatlarında adil yargılanma ilkesinin gerçekleşmesi için ilk derece mahkemesinin kararının üst dereceli bir mahkeme tarafından denetlenmesi gereğini aramaktadır<sup>26</sup>. Üst dereceli mahkeme olarak da temyiz ya da istinaf mahkemesini esas almaktadır<sup>27</sup>. Bu bakımdan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yalnızca itiraz kanun yolunun öngörülmüş olması da bu yönüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/ 1'de yer alan adil yargılanma hakkına ve yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 numaralı Protokol m. 2/ 1'e uygunluk bakımından tartışılır nitelik taşımaktadır<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> **AİHM**, Delcourt/ Belçika Kararı, Başvuru No: 2689/65, 17.01.1970, Seri A 11, § 25; ayrıca bkz. **Esser** Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002, s. 767.

<sup>27</sup> Bkz. **AİHM**, Omar/ Fransa Kararı, Başvuru No: 24767/94, 29.07.1998, Reports 1998-V, §41; **AİHM** Guérin/ Fransa Kararı, Başvuru No: 25201/ 94, 29.07.1998, Reports 1998-V, §44.

<sup>28</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/ 1'de yer alan adil yargılanma hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 numaralı Protokol m. 2/ 1'nin bir gereği olarak iki aşamalı bir ceza muhakemesi düzenine yer verilmesinin ve ayrıca ara karar niteliğinde olmayan kararlar bakımından istinaf veya temyiz kanun yoluna yer verilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. **Esser**, s. 767.



## SONUÇ

1. İtirazı inceleyecek merci meselenin esasına girebilir ve hem maddî vakıaları yeniden inceleyebilir hem de hukuki denetim yapabilir. İtirazı inceleyecek merciin meselenin esası hakkında yeni bir karar verebileceği CMK m. 271/ 2'de, "*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*" şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla mesele hakkında yeni bir karar verme yetkisine sahip olan merciin maddi vakıaları yeniden incelemeyi bunu yapması mümkün olamayacağından itirazı inceleyen merciin maddi yönden de denetim yapabileceğinin kabulü gerekir.

2. İtiraz kanun yolunu düzenleyen CMK m. 267 ve devamında itirazı inceleyen merciin dosyayı kararına itiraz eden merciye geri gönderme yetkisine yer vermemiştir. CMK m. 271/ 2'de yer alan "*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*" düzenlemesi karşısında dava konusu olayda olduğu gibi bir muhakeme engeli bulunuyor olsa dahi bu durumda itirazı inceleyecek merci, kararına itiraz edilen merciin yerine geçerek bir karar vermelidir. Fakat, Yargıtay merciin dosyayı kararı veren makama iade etmesi yönünde karar vermektedir. Kanunda yer almayan böyle bir sınırlamaya yer vermek sanığın kanunun kendisine tanıdığı kanun yoluna başvurma hakkını hukuka aykırı şekilde sınırlayacaktır.

3. Eğer itiraz mercilerinin meselenin esasına girerek maddi denetim yapmaları onların iş yükleri göz önünde tutulduğunda kendilerinden beklenmemeli ise bu durumda örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf ya da temyiz yolu açılmalıdır. Burada asıl önemli olan hususun vatandaşın güveninin korunması olduğu unutulmamalıdır.

4. İtiraz kanun yolunda yapılan denetimde uygulamada çoğu kez olumlu sonuç alınamamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu içtihatları göz önünde tutularak itiraz kanun yolu ele alınacak olursa bu durumda itiraz kanun yolunun etkin kanun yolu niteliğine sahip olmadığı söylenebilir. İtiraz kanun yoluna etkin bir kanun yolu olma özelliği kazandırmak isteniyor ise bu durumda itiraz kanun yolunda yapılacak denetimin kapsamı da CMK m. 271/ 2'de yer verilen düzenlemeye uygun olarak maddi yönden de inceleme yapılacak şekilde uygulanmalıdır. Bu yolla itirazı inceleyen merci daha geniş bir inceleme yapabilecek ve bu yolla da sanığın itiraz kanun yolundan sonuç alabilmesinin önü açılacaktır.

5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, içtihatlarında adil yargılanma ilkesinin gerçekleşmesi için ilk derece mahkemesinin kararının üst dereceli bir mahkeme tarafından denetlenmesi gerektiğini aramaktadır. Üst dereceli mahkeme olarak da temyiz ya da istinaf mahkemesini esas almaktadır. Bu bakımdan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yalnızca itiraz kanun yolunun öngörülmüş olması da bu yönüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/ 1'de yer alan adil yargılanma hakkına ve yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 numaralı Protokol m. 2/ 1'e uygunluk bakımından tartışılır nitelik taşımaktadır.

**KAYNAKÇA**

- Aydın** Devrim, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, TBBD, S. 65, 2006.
- Beulke** Werner, Strafprozessrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2009.
- Centel** Nur/ **Zafer** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010.
- Esser** Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002
- Henkel** Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1968.
- 2010.
- Kindhäuser** Urs, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Baden Baden 2010.
- Kunter** Nurullah/ **Yenisey** Feridun/ **Nuhoglu** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.
- Kühne** Hans Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003.
- Meyer-Gofßner** Lutz, Strafprozessordnung , 51. Auflage, München 2008.
- Meyer-Ladewig** Jens, Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 2.Auflage, Baden Baden 2006.
- Özbek** Veli Özer/ **Kanbur** Mehmet Nihat/ **Doğan** Koray/ **Bacaksız** Pınar/ **Tepe** İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012.
- Öztürk** Bahri/ **Erdem** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008.
- Peters** Karl, Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985.
- Putzke** Holm/ **Scheinfeld** Jörg, Strafprozessrecht, 2.Auflage, München 2009
- Roxin** Claus/ **Schünemann** Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009.
- Taner** M.Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım, İstanbul 1955.
- Toroslu** Nevzat/ **Feyzioğlu** Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2009
- Türmen** Rıza, “İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi”, in: Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- Ünver** Yener/ **Hakeri** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.

**KÜLTÜR VARLIKLARININ İADESİNDE DOĞRUDAN  
UYGULANMA KABİLİYETİ OLAN ULUSLARARASI  
SÖZLEŞME: ÇALINAN YA DA YASADIŞI OLARAK  
İHRAÇ EDİLEN KÜLTÜREL OBJELERLE İLGİLİ  
1995 UNIDROIT KONVANSİYONU**

*(The Self-Executive International Convention on the  
Recovery of Cultural Objects: Unidroit Convention on  
Stolen or Illegally Exported Cultural Objects of 1995)*

Sibel ÖZEL\*

**ÖZET**

1995 Unidroit Konvansiyonu, 1970 Unesco Konvansiyonunun tamamlayıcısı niteliğindedir. Unidroit Konvansiyonu çalınan kültür varlığının zilyedine iyiniyetli bile olsa bunu iade etme yükümlülüğü getirmiştir. Zilyet kültür varlığını iktisap ederken gerekli özeni gösterdiğini ispatlarsa, makul bir tazminata hak kazanacaktır. Bununla birlikte davacı kültürel objenin ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıl içinde ve her halükârda hırsızlık tarihinden itibaren 50 yıl içinde iade talebinde bulunmalıdır.

Konvansiyon ilk defa yasadışı olarak ihraç edilen kültür varlıklarının da kaynak ülkeye iadesini mümkün kılmıştır. Bir âkit devletin kültür mirasını korumak için getirdiği ihracat yasaklarını ihlal ederek yurt dışına çıkarılan kültür varlığı da iadeye konu olmaktadır. Söz konusu iade talebi dava zamanaşımı ve adil tazminat şartına bağlıdır.

**Anahtar kelimeler:** Kültür varlığı, Kültürel obje, Kültür varlıklarının iadesi, Uluslararası sözleşme

*Abstract*

The Unidroit Convention of 1995 has been considered as complementary to the Unesco Convention of 1970. The Unidroit Convention states that the possessor of a cultural object which has been stolen shall return it even though

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

he is in good faith. Where the possessor proves that he exercised due diligence when acquiring the object he will be entitled to have a fair compensation. However, the original owner should file the recovery of the object within three years from the time when he knew the location of the cultural object and the identity of its possessor and in any case within a period of fifty years from the time of the theft.

The Convention, for the first time, allows to return of illegally exported cultural objects to the country of origin. A contracting state may file an action for the return of illegally removed cultural property in the violation of its protective measures for the domestic cultural heritage. That action will also subject to same time limitation and a fair compensation.

**Keywords:** Cultural property, Cultural object, Recovery of cultural property, International convention.

## I. Giriş

Kültür varlıklarının korunması meselesi, bu eserlerin gelecek kuşaklara sağ salim aktarılması için iyi muhafaza edilmesi yanında, hırsızlığa, kaçak kazılara ve ait olduğu ortamdan uzaklaştırılmasına karşı da korunma anlamına gelmektedir. Bununla birlikte kültür varlıklarının korunması kavramının her düzlemde aynı ele alınmadığı, bakış açısı farklılığına göre kültür varlıklarının korunması ile ilgili siyasetlerin bazı çatışmaları beraberinde getirdiği de yadsınmaz.

Kültür varlıkları tarih boyunca taşıdıkları büyük önem neticesi bütün insanlığın ortak mirasını oluşturmakta ve herkesin bunları görebilmesi için çok iyi korunması gerekmektedir. Kültür varlıklarının insanlığın ortak kültür mirasına ait olduğunu savunan evrensellik görüşü eserler nerede korunabilecekse o yerde muhafaza edilmesi gerektiğini savunmakta ve bu itibarla da milliyetçi görüş ile çatışmaktadır. Zira milliyetçi görüş kültür varlıklarının ait olduğu yerde korunması gerektiğini savunmakta ve onların yurt dışına kaçırılmasını ve serbest ticarete konu olmasını kültür varlıkları açısından bir tehdit olarak görmektedir. Zira kültür varlıkları piyasadaki talebi karşılamak için yağmalanmakta, kaçak kazılarla arkeolojik bilgiler yok edilmekte ve kaynak ülkeler kendi miraslarından yoksun kalmaktadır<sup>1</sup>.

Kültür varlığı trafiğinde iki tip ülke karşımıza çıkmaktadır: Kültür mirası yönünden zengin, ekonomik açıdan fakir kaynak ülkeler ve kültür mirası yönünden fakir ancak ekonomik açıdan zengin pazar ülkeler. Dolayısıyla kültür varlığı yönünden zengin kaynak ülkeler milliyetçi görüşle kültür varlıklarının kendi ülkelerinde kalması yönünde hukuk kuralları geliştirirken, ekonomik açıdan zengin pazar ülkeleri de kültür varlıklarının serbest ticarete konu olmasını ve kaynak ülkelerin

<sup>1</sup> Evrensellik görüşü ile milliyetçi görüş arasındaki çatışma için bkz. ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 29 vd.

kısıtlayıcı hükümleriyle bağlı olmamayı hedeflemektedir. Ancak ekonomik refah seviyesinin artmasıyla başlangıçta kaynak ülke kategorisinde olan ülkelerin aynı zamanda pazar ülke haline geldikleri de bir gerçektir. Çin bu duruma en çarpıcı örnektir. Kültür varlıkları açısından zengin mirasa sahip olan ve bu mirasın yurt dışına kaçırılması tehdidini yaşayan Çin, kaynak ülke olmasının yanında son dönemlerde kültür varlıklarının satın alındığı bir pazar ülkesi konumuna da geçmiştir. Zira ekonomik açıdan zengin sınıf kültür varlığı satın almakta, koleksiyon oluşturmakta veya özel müze kurmaktadır. Bunun için çoğu kez soru sormadan veya kaynağı araştırılmadan kültür varlığı satın alınmakta ve piyasada talep olduğu sürece de kaynak ülkelerden kültür varlığı akışı sürmektedir.

İşte bu noktada serbest ticaretin sınırları tartışmaya açılmıştır. Kaynak ülkeden çalınan ya da illegal ihraç edilen bir kültür varlığı pazar ülkede meşru bir hukuki işleme konu olabilir mi? Hukuk sistemlerindeki farklılık, iyiniyetle ya da kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap ilkeleri, dava zamanaşımı sürelerinin kısılığı ve özellikle kaçak olarak çıkarılmış arkeolojik objeler üzerindeki mülkiyetin ispatındaki güçlükler kültür varlıklarını kaybeden asıl maliklerin önüne engel olarak çıkmakta ve kültür varlığının ait olduğu yere iadesini güçleştirmektedir. Bu noktada kaynak ülkelerle pazar ülkeler arasında işbirliği zorunludur. Ancak bu işbirliği bazı kavramlar ve etik kurallar üzerinde uzlaşmayı gerektirmektedir. Kültür varlıklarının kaynak ülkeden hukuka aykırı olarak ihraç edilmesinin, pazar ülkeler açısından da hukuka aykırı görülmesi ve buna göre hukuk kurallarının değişmesi önemlidir.

Barış zamanı kültür varlıklarının korunması açısından en önemli sözleşme 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle ilgili UNESCO Konvansiyonudur<sup>2</sup>. Konvansiyona 123 ülke taraf, fakat büyük bir çoğunluk kültür varlığı ihraç eden kaynak ülkeleridir. Diğer yandan konvansiyon doğrudan uygulama imkânına sahip değildir. Taraf devletlerin uygulama şartlarını gösteren uyum yasaları çıkarmaları gereklidir. Bu durumda da her üye ülkenin uyum yasası birbiriyle aynı olmamakta, bir başka ifadeyle yeknesaklık sağlanamamaktadır.

Kültür varlıklarının yasadışı ticaretinin önlenmesi ve her âkit ülkede doğrudan uygulanan kurallara sahip yeknesak bir düzenleme ihtiyacı, UNIDROIT'in bu konuya eğilmesine sebep olmuştur. Uzun tartışmalar ve uğraşlar sonucu kaynak ülkeler ile Pazar ülkelerin uzlaşabileceği bir metin hazırlanarak 1995 tarihli Çalınan ya da Yasadışı Olarak İhraç Edilen Kültürel Objelerle ilgili UNIDROIT Konvansiyonu ismiyle imzaya açılmıştır<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> 10 ILM 289. Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 26.01.1981-17232. Konvansiyonla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 126 vd.

<sup>3</sup> 34 ILM 1322. Sözleşmenin İngilizce metni için ayrıca bkz. The Spoils of War edited by Elizabeth Simpson, 1997, s. 308 vd. Konvansiyonun hazırlık aşamaları ve tarihçesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report

Konvansiyon, kültür varlıklarını kendi ülkelerinde tutmak isteyen ve bu amaçla çıkardığı hukuk kurallarına saygı gösterilmesini isteyen kaynak ülkelerle, kültür varlıklarının serbest ticaretinin garanti altına alınmasını savunan Pazar ülkelerinin uzlaşması sonucu oluşmuş bir metindir. Çatışan çıkarların orta yolda uzlaşması hedeflenmiştir. Konvansiyon Önsözünde kültürel objelerin iadesi için herkesin yararına kültürel mirasın korunması ve muhafazası için ortak, asgari hukuk kuralları tesisinin önemli bir adım olduğu ancak konvansiyonun tek başına yasadışı ticaretten doğan sorunları çözemeyeceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla önemli olan yasadışı kültür varlığı ticaretinde benimsenen temel ilkeler ve bunların uygulanması ve özellikle de yasadışı kavramına verilen anlamdır. Bir ülkeden o ülkenin kurallarına aykırı olarak ihraç edilen kültür varlığının meşru bir ticarete konu olamayacağı inancı yerleşmedikçe, kültür varlıklarının yasadışı trafiği ve bu bağlamda iade talebi sorunu varlığını sürdürecektir.

## II. Konvansiyonun Uygulama Alanı

1995 tarihli Unidroit Konvansiyonu iki farklı grup kültür varlığının iadesi ile ilgili düzenleme yapmaktadır: İkinci bölüm Çalınan Kültürel Objelerin iadesi ile ilgili kurallar getirirken, Üçüncü bölüm Yasadışı İhraç Edilmiş Kültürel Objelerin iadesi ile ilgilidir. Dolayısıyla çalınan kültür varlığı ile yasadışı ihraç edilen kültür varlığı ayrımı yapılmıştır. Çünkü özel ya da kamu mülkiyetine ait olan bir kültür varlığının, sahibinin elinden rızası dışında çıkması ile yurt dışına çıkışı yasak olan bir eserin bu yasağa aykırı olarak yurt kaçırılması aynı bağlamda değerlendirilmemektedir. İlkinde hırsızlık, yani çalıntı eser sözkonusu iken, ikincisinde ise özel ya da kamu mülkiyetine ait bir eserin ihracat yasaklarına aykırı olarak yurt dışına kaçırılması sözkonusudur. Çalıntı eserin iadesi noktasında gösterilen hassasiyet, ihracat yasaklarına aykırı olarak yurt dışına kaçırılan eserlerin iadesinde gösterilmemektedir<sup>4</sup>. Kaynak ülke, yasadışı olarak ihraç edilmiş kültür varlığının iadesi talebinde bulunduğu anda, talep mülkiyet hakkından değil, ihracatı yasaklayan kamu hukuku kurallarının ihlalden kaynaklandığı için, yabancı mahkemelerin bu kamu hukuku kurallarına hukuki sonuç bağlayarak iade talebini kabul etmesi, buna imkân tanıyan bir anlaşma ya da iç hukuk hükmünün yokluğu halinde

prepared by Marina SCHNEIDER. *Unidroit Law Review* (2001-3), s. 476 vd. Konvansiyon 1 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. PROTTE, Lyndel: "The Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects-Ten Years On" *Rev. Dr. Unif.* 2009, s. 1.

<sup>4</sup> Kültür varlıklarının serbest ticaretini savunan müellifler kültür varlıklarının ihracat yasaklarıyla yurt içinde tutulma girişimini kültür varlıklarının korunması kapsamında içinde görmemekte ve bu kuralların ihlalini yanlış bir davranış olarak değerlendirmemektedir. Bkz. BATOR, Paul: "An Essay on the International Trade in Art" 34 *STR*, 275 (1982) s. 293; MERRYMAN, John Henry: "A Licit International Trade in Cultural Objects" 4 *IJCP*, 13 (1995), s. 21 vd; MERRYMAN, John Henry: "The Unidroit Convention: "The Three Significant Departures from the Urtext" 5 *IJCP*, 11 (1996) s. 12-13.

mümkün olamamaktadır<sup>5</sup>. Bu noktada ilk defa 1995 Unidroit Konvansiyonu belli koşullarda yasadışı yollarla ihraç edilmiş kültür varlıklarının kaynak ülkeye iadesini mümkün kılmıştır.

1995 Unidroit Konvansiyonuna getirilen en önemli eleştirilerden biri de bu noktada olmuş ve iki farklı kategorideki kültür varlıklarının iadesinin aynı sözleşmede olmasının yerinde olmadığı ileri sürülmüştür<sup>6</sup>. Ancak kültür varlıklarının korunması kavramının sadece fiziksel anlamda kültür varlıklarının iyi muhafazası anlamına gelmediği, koruma kavramının ayrıca yasadışı ticarete ve arkeolojik sit alanlarının yağmalanmasına karşı da koruma anlamına geldiği hatırlanırsa, uluslararası bir konvansiyonun bütün bu halleri kapsayan bir düzenleme getirmesinin gerekliliği daha iyi anlaşılır. Bu itibarla Konvansiyonun hem çalınan eserler için hem de yasadışı ihraç edilen eserler için kurallar getirmesi son derece yerinde olmuştur.

Konvansiyon uluslararası nitelikteki iade taleplerine uygulanacaktır. Dolayısıyla bir âkit ülkeden çalınan ya da onun kültür mirasını koruma amacıyla getirdiği, kültürel objelerin ihracını düzenleyen hukuka aykırı olarak yurt dışına götürülen kültürel objelerin iadesi taleplerinde uygulanacaktır. Sözleşme çalınan kültür varlıkları ile ilgili herhangi bir tanım getirmemiş ve hırsızlığın bütün hukuk sistemlerinde cezalandırılmış bir eylem olduğunu kabul etmiştir. Hırsızlığın varlığını ya da yokluğunu, meselenin Sözleşme kapsamında olup olmadığını davaya bakan mahkeme belirleyecektir<sup>7</sup>. Kaynağı ne olursa olsun bir âkit devletin kültür mirasına ait bir objenin çalınması halinde konvansiyon uygulama alanı bulacaktır<sup>8</sup>. Aynı şekilde kaynağı ne olursa olsun bir âkit ülkeden yasadışı yollarla ihraç edilen kültür varlıkları da belli koşullarda iade talebine konu olabilecektir.

Konvansiyon makale şamil değildir. Buna göre konvansiyon hükümleri talebin yapıldığı ülke açısından yürürlüğe girdikten sonra çalınan objeler için uygulanacaktır. Bunun için obje bir âkit devlet ülkesinden o devlet için konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra çalınmış olmalı ya da obje bir âkit devlet için konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra bu ülkede bulunmuş olmalıdır (m. 10(1)). Dolayısıyla hırsızlığın gerçekleştiği veya objenin bulunduğu ülke konvansiyona taraf olmalıdır. Ancak ön koşul objenin davanın açıldığı ülkenin konvansiyona taraf olmasından sonra çalınmasıdır. Bir başka ifadeyle konvansiyon eserin çalındığı ülke ve davanın açıldığı ülke için yürürlüğe girdiği tarihten sonra çalınan objeler için geçerli olacaktır. Bir başka alternatif konvansiyonun talepte bulunulan ülke ve objenin bulunduğu ülke açısından yürürlüğe girdiği tarihten sonra bir âkit

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 146 vd, 401 vd.

<sup>6</sup> Bkz. SIDORSKY, Emily: "The 1995 Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: The Role of International Arbitration" 5 IJCP, 19 (1996), s. 31; SIEHR, Kurt: "International Art Trade and Law" Academie de Droit International Recueil es Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 9 (1993-VI) s. 223.

<sup>7</sup> Explanatory Report (dn. 3) s. 494.

<sup>8</sup> SIDORSKY, s. 25.

ülkede bulunmasıdır. Bu durumda objenin âkit olmayan bir ülkeden çalınmasının da bir önemi yoktur<sup>9</sup>.

III. Bölüm hükümleri de hem talepte bulunan hem de talebin yapıldığı ülke için konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yasadışı olarak ihraç edilen kültür varlıkları için uygulanacaktır (m. 10(2)). Dolayısıyla her iki ülke için de konvansiyon yürürlüğe girdiği tarihten sonra yasadışı ihracat gerçekleşmelidir<sup>10</sup>.

Ancak âkit devletler m. 9 uyarınca daha elverişli hükümleri uygulayabilirler ve Konvansiyonun kendileri veya talepte bulunan devlet açısından yürürlüğe girmeden önce yasadışı ihraç edilen kültür varlıkları için uygulanabileceğini de deklere edebilirler<sup>11</sup>.

### III. Kültür varlığı tanımı

Konvansiyon amacı açısından kültürel objeleri, dini ya da laik nedenlerle, arkeolojik, tarih öncesi, tarihi, edebî, sanatsal ya da bilimsel açıdan önemli olan ve bu Konvansiyonun ekinde yer alan listedeki kategorilerden birine ait olan objeler olarak tanımlamıştır (m. 2).

Sözkonusu liste 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonunun<sup>12</sup> 1. Maddesinde yer alan liste ile aynıdır. İki sözleşmenin birbirini tamamlayıcı olma özelliği nedeniyle kültür varlığı tanımında paralellik kurulmuştur. Ancak 1970 UNESCO Konvansiyonu kültür varlıklarının tanımında âkit devletlerin iç hukukuna atıf yaparken, 1995 UNIDROIT Konvansiyonu iç hukuka herhangi bir atıf yapmamıştır<sup>13</sup>.

Kültür varlıklarının iadesi ile ilgili uluslararası bir düzenlemede iade kapsamındaki objelerin neler olduğunun açık olarak belirlenmesi çok önemlidir. Kaynak ülkeler tanımın iç hukuka bırakılarak genişletilmesini savunurken, pazar ülkeleri iç hukuklarca belirlenen geniş kapsamlı tanımlara sıcak bakmamıştır<sup>14</sup>. Bu nedenle iki farklı eğilimin uzlaşması neticesi kültürel objenin genel bir tanımı verilmiş ve 1970 UNESCO Konvansiyonunda yer alan liste tanım kapsamında 1995 UNIDROIT Konvansiyonuna da dahil edilerek yeknesaklık sağlanmıştır.

### IV. Çalınan Kültürel Objelerin İadesi

#### A. Çalıntı eser kavramı

Konvansiyon m. 3(1) kuralı çok net biçimde ortaya koymuştur: “Çalınan kültürel objenin zilyedi bunu iade edecektir”.

<sup>9</sup> Explanatory Report, s. 550.

<sup>10</sup> Id, s. 550.

<sup>11</sup> Id. s. 550.

<sup>12</sup> Bkz. dn. 2.

<sup>13</sup> Explanatory Report, s. 500.

<sup>14</sup> Id. s. 500.



Konvansiyon çalıntı eserin neyi ifade ettiğini veya hangi hukuka göre böyle bir nitelendirmenin yapılacağını açıklamamıştır<sup>15</sup>. Dolayısıyla hırsızlığın olup olmadığını uyuşmazlığa bakan mahkeme ya doğrudan kendi hukukunu ya da kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuku uygulayarak karar verecektir<sup>16</sup>. Ancak hırsızlık vasıflandırması *lex fori*ye göre yapılsa bile, hırsızlığın ika edildiği yer hukuku haksız fiile uygulanan hukuk olarak uygulama imkânı bulacaktır. Bu durumda da ika edildiği yer hukukuna göre hırsızlık olmayan bir eylem *lex fori* açısından da hırsızlık olarak nitelendirilmeyecektir.

Konvansiyon kültür varlığı rıza dışı elinden çıkmış kişiyi kültür varlığının halihazır zilyedine karşı korumakta ve zilyedin eser üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasına hiçbir surette izin vermemektedir. Davacı hırsızlığı ispat ettiğinde halihazır zilyet çalıntı eseri iade etmek zorundadır. Böylelikle yasadışı kültür varlığı ticaretinde alıcılar açısından caydırıcı bir etki gerçekleşecektir<sup>17</sup>. Alıcının iyiniyetli olması da durumu değiştirmeyecektir.

Konvansiyon, mülkiyet iddiasında birden fazla talep olduğunda iadenin kime yapılacağı noktasında sessiz kalmıştır. Bu durumda davaya bakan mahkeme uygulanacak hukuka göre iadenin kime yapılacağına karar verecektir<sup>18</sup>.

Çalıntı eser kavramında ister özel ister kamu mülkiyetinde olsun bir müzeden ya da koleksiyondan çalınan objelerde herhangi bir sorun yoktur. Ancak devlet mülkiyetini öngören bir ülkeden kaçak kazı sonucu bulunarak yurt dışına kaçırılan bir arkeolojik objenin iadesi davasında davacı devletin mülkiyet hakkını ispatlaması bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Öncelikle kaynak ülke kaçırılan arkeolojik objeye hiçbir zaman fiilen zilyet olmamıştır ve tam olarak nelerin kaçırıldığı da bilinmemektedir. Zira bu objeler kayda geçmemiştir. Bu eserlerin çalıntı olduğunu iddia eden devlet, kendi kanunlarına dayanarak mülkiyet iddiasında bulunmaktadır<sup>19</sup>. İşte kaçak kazı sonucu devlet yetkililerinin bilgisi dışında bulunan ve yurt dışına çıkarılan eserler de çalıntı eser kategorisinde değerlendirilecek ve II. Bölüm kapsamında iadeye tâbi tutulacaktır.

1995 Unidroit Konvansiyonu kaçak kazılarla ortaya çıkmış arkeolojik objelerle ilgili özel bir düzenleme yaparak, bu objelerin de çalıntı eser olarak değerlendirildi-

<sup>15</sup> Konvansiyonun hazırlık aşamasında hırsızlık eyleminin işlendiği yer hukuku önerilmiş, bu öneriye karşı da davaya bakan mahkemenin hukukunun uygulanması görüşü ileri sürülmüştür. Unidroit 1991, Study LXX-Doc. 23, s. 13.

<sup>16</sup> Explanatory Report, s. 494.

<sup>17</sup> Id, s. 502.

<sup>18</sup> Id, s. 502.

<sup>19</sup> Geniş kapsamlı kanunlarla tesis edilen devlet mülkiyeti kavramı ve bunun iade taleplerindeki etkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: "Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum" İÜHFD, c. LV, Sayı: 4, 1997, s. 65-84.

rilmesini hükme bağlamıştır. Madde 3(2)'ye göre "Bu konvansiyonunun amacı açısından, hukuka aykırı olarak kazılan veya hukuka uygun olarak kazılıp da hukuka aykırı olarak tutulan objeler, çalıntı olarak kabul edilecektir. Bu durumun kazının yapıldığı ülke hukukuyla ahenk içinde olması gerekmektedir". Konvansiyonun en tartışmalı maddelerinden biri olan bu hükümlerle<sup>20</sup> artık arkeolojik objeler üzerinde kaynak ülkenin mülkiyet hakkı mı vardır, yoksa sadece ihracat yasağı mı getirilmiştir tartışmasına girilmeden, iade talebi çalıntı eser kapsamında yapılacaktır. Çalıntı eser nitelemesi için kaynak ülke kanunlarının hırsızlık nitelemesini açıkça yapması zorunlu değildir. Kazılan arkeolojik objelerin halkın ya da kamunun malı olarak nitelendirilmesi de aynı kapsamda değerlendirilmektedir<sup>21</sup>.

Kültür varlığının sınırlamalara tâbi tutulmadan serbest ticaretini savunan görüş m. 3(2) hükmüne itiraz etmekte ve kaçak kazılarla çıkan arkeolojik objelerin iadesinin III. Bölüm kapsamında olması gerektiğini öne sürmektedir. Arkeolojik objelerle ilgili iade taleplerinde m. 5(3)'ün uygulanmayacağı, bu nedenle de ölü bir hüküm olduğu savunulmaktadır<sup>22</sup>. Ancak bu görüş yerinde değildir; zira m. 5(3) yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının hangi durumda iade talebine konu olacağını hükme bağlamaktadır. Madde kaçak kazılmış arkeolojik objelerle ilgili değildir. Çalınmayan sadece yasadışı yurt dışına çıkarılan -ki çoğunlukla çıkarılan malik durumundadır- objelerle ilgilidir. Madde 3(2) olmasaydı dahi devlet mülkiyetini öngören bir kaynak ülkede kaçak olarak çıkarılan arkeolojik objeler devlete ait olduğu için yurt dışına kaçırılması devlete ait eserlerin çalınması olarak nitelendirilecekti. Konvansiyon m. 3(2) ile bunu açık hükme bağlayarak aksi yorumların önüne geçmiş olmaktadır.

Madde 3(2) hükmü 1970 UNESCO Konvansiyonun boşluğunu doldurma konusunda da çok önemli bir aşamadır. Zira 1970 Konvansiyonu kaçak kazılarla ortaya çıkmış arkeolojik objelerle ilgili somut ve işlevsel maddelerden yoksundur<sup>23</sup>. Madde 3(2) sayesinde menşe sertifikası olmayan bir arkeolojik obje çalıntı eser olarak kabul edilecektir<sup>24</sup>. Bu itibarla UNIDROIT Konvansiyonunun arkeolojik objelerle ilgili bu somut hükmü büyük ihtiyaca cevap vermektedir.

Sonuç itibariyle çalınan kültür varlığı her halükârda iade edilecek, zilyedin iyiniyetle ve kazandırıcı zamanaşımıyla mülkiyet hakkını kazanması mümkün olmayacaktır. Ancak zilyedin iade yükümlülüğü bazı koşullara bağlanmıştır.

<sup>20</sup> Bkz. SIDORSKY, s. 26. Ayrıca bkz. PROT, Lyndel: Commentary on the Unidroit Convention, IAL 1997, s. 33 (Commentary).

<sup>21</sup> MERRYMAN (Unidroit Convention) s. 13-14.

<sup>22</sup> Ibid, s. 14-15.

<sup>23</sup> Explanatory Report, s. 504; PROT (Commentary) s. 33.

<sup>24</sup> SIEHR, s. 272.

## **B. Çalınan Kültür Varlıklarının İade Koşulları**

### **1. Zamanaşımı**

Çalınan kültür varlıklarının iadesi talebi bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu dava açma süresinin davalı tarafından ileri sürülmesi gereken ve hakkı ortadan kaldırmayan zamanaşımı mı yoksa hakkı tümüyle ortadan kaldıran hak düşürücü süre mi olduğu konusunda Konvansiyon bir belirleme yapmamıştır<sup>25</sup>. Konvansiyonun saptadığı husus iade talebinin bir süreye bağlı olduğu ve bu sürenin başlangıç noktasıdır.

Çalıntı eserlerin iade talebi kültür varlığı rıza dışı elinde çıkan özel şahıs veya malik durumundaki devlet tarafından yapılabileceği gibi dava açma imkânı olmayan özel şahıs adına hareket eden devlet tarafından da yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

Dava zamanaşımı süresi Konvansiyonun hazırlık aşamasında kaynak ülkelerle pazar ülkeleri arasında uzlaşmanın en zor olduğu konulardan biridir<sup>27</sup>. Uzlaşılabilir nihai metne göre “Her türlü iade talebi, davacının kültürel objenin yeri ve zilyedinin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıllık bir zaman içinde ve her halükârda hırsızlık anından itibaren elli yıllık bir zaman içinde yapılacaktır” (m. 3(3)).

Konvansiyonun getirdiği en önemli yenilik zamanaşımının başlangıç noktasında temel aldığı andır<sup>28</sup>. Zira buna göre üç yıllık zamanaşımı süresi hırsızlık anından itibaren değil, davacının kültür varlığının yerini ve kimin elinde olduğunu öğrendiği andan itibaren üç yıllık süre işlemeye başlayacaktır.

Benimsenen bu yaklaşım yasadışı kültür varlığı ticareti ile mücadelede önemli bir adımdır. Zira çalınan kültür varlıkları yer altına inerek “soğutma” döneminden geçmekte ve farklı hukuk sistemlerinde meşru hukuki işlemlere konu olarak iyiniyet iddiasındaki alıcılara satılmaktadır. Dolayısıyla eserin kayboluş tarihi ile tekrar günışığına çıkış tarihi arasında uzun süre geçmekte, eser uluslararası boyutta el değiştirmekte ve gerçek malikin tüm bu gelişmeleri hırsızlık tarihinden itibaren başlayan bir süre içinde takip etmesi mümkün olamamaktadır. Bu itibarla Konvansiyon Amerikan mahkeme kararlarında<sup>29</sup> esas alınan başlangıç anını kabul ederek

<sup>25</sup> O'KEEFE, Patrick: “Using Unidroit to Avoid Cultural Heritage Disputes: Limitation Periods” 14 *Willamette J. Int'l. & Disp. Resol.* 227 (2006), s. 231. Biz de zamanaşımı kavramını iç hukuktaki anlamı dışında Konvansiyon kapsamında dava açma süresi anlamında kullanmış bulunuyoruz.

<sup>26</sup> Explanatory Report, s. 506.

<sup>27</sup> Bkz. Unidroit 1991, Study LXX-Doc, 23, s. 15 vd; Unidroit 1993, Study LXX-Doc. 47, s. 23, 29; Unidroit 1994, Study LXX-Doc. 48, s. 15,18.

<sup>28</sup> Hukuk sistemlerinde zamanaşımının başlangıç anıyla ilgili farklılıklar ve kültür varlıklarının korunması üzerindeki etkisi ile ilgili bkz. ÖZEL, Sibel: “Kültür Varlıklarının İadesi Davalarında Davacı İçin Önemli Bir Engel: Zamanaşımı Meselesi” Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 277-293 (Zamanaşımı).

<sup>29</sup> Amerikan mahkeme kararları için bkz. ÖZEL, s. 305 vd; ÖZEL (Zamanaşımı) s. 280 vd.

klasik kıta Avrupası sisteminden ayrılmış ve hırsızlık anını değil, kültür varlığının nerede ve kimin elinde olduğunun davacı tarafından bilindiği anı esas alarak, üç yıllık sürenin bu noktadan sonra başlamasını kabul etmiştir.

Konvansiyonun ilk tasarısında zamanaşımının işlemeye başlaması anı, kültür varlığının yeri ve zilyedinin kimliğinin öğrenilmesi veya makul olarak öğrenilmesinin gerektiği an olarak belirlenmişti<sup>30</sup>. Makul olarak öğrenilmesinin gerektiği an, davacı için ek bir yük getirmekte ve onu araştırma yapma ve çaba gösterme borcu altına sokmaktadır. Diğer yanda makul olarak öğrenme kıstasının içerdiği anlam da belirsizdir. Bu nedenle nihai metinde bundan vazgeçilmiş ve sadece davacının kültür varlığının yerini ve zilyedinin kimliğini bilme anı, başka hususlara bakılmaksızın esas alınmıştır.

Konvansiyon dava zamanaşımı konusunda bir üst sınır kabul etmiş ve bunu hırsızlık tarihinden itibaren 50 yıl olarak belirlemiştir. Ancak 50 yıllık bu üst sınır kamu koleksiyonuna ait veya belirli bir anıt ya da arkeolojik sit alanının tamamlayıcı parçasını oluşturan bir kültürel objenin iadesi için yapılan taleplerde uygulanmayacaktır. Bu tür talepler davacının kültürel objenin yerini ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren başlayan üç yıllık zamanaşımı süresinden başka bir süreye tâbi tutulmayacaktır (m. 3(4)). Dolayısıyla belirli bir anıt ya da belirli bir arkeolojik sit alanının tamamlayıcı parçasını oluşturan kültür varlıkları ile kamu koleksiyonuna ait olan eserler için hırsızlık tarihinden itibaren 50 yıldan fazla bir süre geçse bile iade talebi imkânı vardır, önemli olan eserin davacı tarafından yeri ve zilyedinin kimliğinin öğrenilme anıdır.

Belirlenmemiş sit alanları ve buradan çıkan objeler 50 yıllık genel zamanaşımı kuralına tâbidir<sup>31</sup>. Konvansiyon kapsamında kamu koleksiyonu m. 3(7)'de tanımlanmıştır:

“Bu konvansiyonun amacı açısından “kamu koleksiyonu”

- (a) Bir âkit devlet
- (b) Âkit devletin dini ya da yerel makamı
- (c) Âkit devlette bir dinî kuruluş; ya da
- (d) Âkit devlette esas olarak kültürel, eğitim ya da bilimsel amaçlar için kurulmuş olan ve o ülkede kamu hizmeti yaptığı kabul edilmiş olan bir enstitü

tarafından sahip olunan ve envanteri yapılmış ya da başka şekilde belirlenmiş bir grup kültürel objeden oluşmaktadır”.

<sup>30</sup> PROTT (Unidroit Convention) s. 168. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Unidroit 1991, Study LXX-Doc 23, s. 16; Unidroit 1993, Study LXX-Doc 47, s. 15; Unidroit 1994, Study LXX –Doc 48, s. 15.

<sup>31</sup> Explanatory Report, s. 510.

Madde 3(8) hükmü kamu koleksiyonu kavramını aşağıdaki şekilde genişletmiştir:

“İlave olarak, bir âkit devlette, bir kabile ya da ilkel topluluğa ait olan ve geleneksel ya da ritüel açıdan kullanılan kutsal ya da topluluk açısından önemli kültürel objelerin iadesi talebi de kamu koleksiyonları için uygulanan zamanaşımı süresine bağlıdır”.

Maddedeki (a) ve (b) bentlerinde zikredilen kültür varlıklarının kamu koleksiyonu olduğu hususu tartışmasızdır. (d) bendindeki kültür varlıkları özel hukuk tüzel kişilerine ait olsa da kamu koleksiyonunun parçası sayılmıştır. Burada önemli olan kurumun kamu hizmeti yaptığı inancının kabulüdür. Bir kuruma Devlet ya da devlet organı tarafından kamusal finansman yapılıyorsa, bu durum kamu hizmeti ifası için karine teşkil etmektedir. Bir Üye Devlet Ülkesinden Hukuka Aykırı Olarak İhraç Edilen Kültür Varlıklarının İadesi Hakkında 15 Mart 1993 tarihli 93/7/AET nolu Konsey Yönergesi<sup>32</sup> de kamu koleksiyonlarını tanımlarken devlet tarafından finanse edilme şartını da hükme ilave etmiştir<sup>33</sup>.

Diğer yandan (c) bendinde tanımlanan dini kuruluşların sahip olduğu kültür varlıklarının kamu koleksiyonu sayılması hususu bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Roma Katolik Kilisesi çok sayıda kültür varlığını bünyesinde tutmaktadır. Ancak pek çok dini objenin dini kuruluşlarda tutulmadığı da bilinmektedir. Diğer yandan “dini” kelimesi bütün inançları kapsar şekilde yorumlandığında bir kimsenin bu amaçla kendi inancını tesis etmesi halinde kamu koleksiyonu kavramı o inancın kuruluşunu da kapsayacak mıdır tartışması gündeme gelecektir. Bu itibarla kamu koleksiyonu kavramının dini kuruluşlara ait eserleri de kapsaması fazla geniş ve belirsiz olarak yorumlanmaktadır<sup>34</sup>.

Konvansiyon bir kabile ya da ilkel topluluğa ait olan kutsal ya da ritüellerde kullanılan kültürel objelerin iadesi için de genel zamanaşımı süresinden farklı bir sürenin kabulünü mümkün kılmıştır<sup>35</sup>. Burada objenin kutsal veya topluluk açısından önemli sayılması gerekmektedir. Kutsal terimi kabile ya da ilkel topluluğun dini ile olan bağlantıyı ifade etmektedir. Ritüel terimi de dini ritüelleri kapsamaktadır. Bu bağlamda objenin batılı anlamdaki değeri önemli değildir. Bir taş veya bükülmüş odun parçası bile olsa ilkel kabile ya da topluluğun o objeye verdiği anlam ve saygı önem arz etmektedir. Topluluk açısından önemli olma ifadesi de bireysel kullanımı dışlamakta ve tüm topluluk açısından kullanımı ve önem işaret etmektedir<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> OJ 27.03b1993 No. L74/74. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 121 vd.

<sup>33</sup> O'KEEFE, s. 237.

<sup>34</sup> Ibid, s. 238.

<sup>35</sup> İlkel topluluk ve kabilelerin listesi için bkz. PROT (Commentary) s. 111 vd.

<sup>36</sup> O'KEEFE, s. 240.

Kamu mülkiyetinde iyiniyetle ve kazandırıcı zamanaşımıyla iktisabın mümkün olmadığı hukuk sistemine sahip ülkeler, bu kategori eserler için hiç zamanaşımı süresinin olmaması gerektiğini savunmuşlardır. Özellikle pazar ülkeler buna karşı çıkararak belli eserler için bile olsa zamanaşımının kaldırılmasını kabul etmemişlerdir<sup>37</sup>.

Bu nedenle Konvansiyon sözkonusu özel kategori kültür varlığı için her âkit devletin 75 yıl veya daha uzun bir zamanaşımı süresi belirleyebileceğini öngörmüştür. Madde 3(5) hükmüne göre:

“Önceki paragraf hükümlerine rağmen, her âkit devlet, kendi kanunlarında tesis edildiği üzere, talebin 75 yıl veya daha uzun süreye tâbi olduğunu deklere edebilir. Bu deklarasyonu yapan bir âkit devletteki bir anıttan, arkeolojik sit alanından ya da kamu koleksiyonundan alınan bir kültür varlığının iadesi için bir başka âkit devlette yapılan talep de aynı zamanaşımı süresine tâbi tutulur”.

Hüküm karşılıklılık ilkesini esas almıştır. Dolayısıyla 75 yıl sınırlamasında bulunan bir âkit devlet ülkesinden kaçırılan kültür varlığının iadesi davasında da 75 yıllık sınır talepte bulunulan ülke deklarasyonda bulunmasa bile uygulanacaktır<sup>38</sup>.

Bu paragrafta zikredilen deklarasyonun Konvansiyonun imzası, onayı, kabulü, tasdiki ya da konvansiyona katılım esnasında yapılması gerekmektedir (m. 3(6))<sup>39</sup>.

Böyle bir deklarasyonda bulunan ülkede iade talebinde bulunulduğunda, zamanaşımının üst sınırı 75 yıldır. Dolayısıyla Türkiye’den kaçırılan kamu koleksiyonu ya da arkeolojik objelerin iadesi davası, böyle bir deklarasyonda bulunan ülkede açıldığında zamanaşımı süresi herhalükârda 75 yıldır. Buna karşılık böyle bir deklarasyonda bulunan bir ülkenin kamu koleksiyonu veya anıtından çalınan bir kültür varlığının bir başka âkit devletteki iadesi davasında da 75 yıllık üst sınır uygulanacaktır. Bir başka ifade ile böyle bir deklarasyonda bulunan bir ülkenin Türkiye’de açtığı iade davası da o davacı için 75 yıllık bir üst sınıra tâbidir.

Sözleşmeye taraf olan devletlerden bazılarında kamu mallarının iadesinde zamanaşımı süresi öngörülmediği için, sözkonusu devletler, iade taleplerinin süreye tâbi olmadığı deklarasyonunda bulunmuşlardır. Dolayısıyla Türkiye’de, Sözleşmeye taraf olmaya karar verdiğinde katılım esnasında bu durumu deklere etmelidir.

Unidroit Konvansiyonunun tesis ettiği 50 yıllık üst zamanaşımı süresi kaynak ülkelerce eleştirildiği gibi pazar ülkelerce de eleştirilmektedir. Bu noktada İngiltere’nin tutumu örnek arz etmektedir. 2000 yılında İngiltere’de Güzel Sanatlar Bakanlığı Yasadışı Kültür Varlığı Ticareti ile ilgili Danışma Kurulu oluşturmuştur. Bu Kurul 2000 yılının Aralık ayında verdiği raporunda İngiltere’nin 1970 UNES-

<sup>37</sup> Explanatory Report, s. 510; O’KEEFE, s. 235.

<sup>38</sup> Explanatory Report, s. 510; O’KEEFE, s. 235.

<sup>39</sup> PROT (Commentary) s. 39.

CO Konvansiyonuna taraf olması ancak 1995 UNIDROIT Konvansiyonuna katılmaması yönünde görüş bildirmiştir. İngiltere bu görüşe uymuş ve 2002 yılında UNESCO Konvansiyonuna taraf olmuş ancak UNIDROIT Konvansiyonuna katılmamıştır<sup>40</sup>.

Kurul Unidroit Konvansiyonunun zamanlaşımı ile ilgili hükümlerini Konvansiyonun kabulü önündeki en büyük engel olarak görmektedir<sup>41</sup>. Kurula göre 50 yıllık süre kanıtların varlığı ve devamlılığı açısından sorun doğurabilir. İngiltere’de sanat eseri tacirleri ve müzayede salonları ticari işlem kayıtlarını 6 yıldan fazla tutmamaktadırlar. Polis kayıtlarının da 50 yıldan sonra mevcut olması muhtemel değildir. Hukuken mevcut olmaları zorunlu tutulsa bile masrafları kimin ödeyeceği sorgulanmaktadır. Elektronik kayıtların da ancak sınırlı bir ömre sahip olduğu ve garanti tesis etmediği savunulmuştur. Diğer yandan 1979 tarihli İngiliz Menkul Eşya Satım Kanunu (English Sale of Goods Act 1979)’nun satıcının tekeffül borcu ile ilgili hükümlerinin ihlal edileceği de vurgulanmıştır. Zira kültür varlığını iade etmek zorunda kalan alıcı, 40 yıl önceki satıcısına başvurarak uğradığı zararın tazmini isteyecektir. Ancak bu süre kanuna göre 6 yıldır. Konvansiyonun zamanlaşımı kuraları bu kanun maddelerinin de değişmesini gerektirecektir<sup>42</sup>. Dolayısıyla İngiltere iç hukukunu bahane ederek Unidroit Konvansiyonuna yakın bir gelecekte katılmayı düşünmemektedir. Aslında temel motivasyon İngiltere’nin sanat eseri ticareti merkezi olmaya devam etmesi düşüncesidir.

## **2. İyiniyetli zilyedin tazminat hakkı**

1995 Unidroit Konvansiyonu çalınan kültür varlıklarının iadesinde iyiniyetli alıcıya mülkiyet hakkını koruma imkânı getirmemiştir. Alıcı iyiniyetli de olsa eseri iade etmek mecburiyetindedir.

Buna karşılık alıcı iyiniyetli ise bir tazminata hak kazanacaktır. Madde 4(1) hükmüne göre:

“İade edilmesi istenen çalıntı kültürel objenin zilyedi, iade anında, objenin çalındığını bilmediğini ve makul olarak da bilebilecek durumda olmadığını ve eseri alırken makul dikkat gösterdiğini ispatlayabilmesi halinde, adil ve makul bir tazminata hak kazanacaktır”.

Konvansiyon zilyedin makul dikkat gösterdiğini ispatlaması koşuluyla adil ve makul bir tazminata hak kazanacağını öngörmektedir. Dolayısıyla Konvansiyonun getirdiği en önemli yenilik ispat yükünün yer değiştirmiş olmasıdır. Buna göre davacı alıcının iyiniyetli olmadığını ispat etmeyecek; tam tersi alıcı kültür varlığını alırken objenin çalıntı olduğunu bilmediğini ve bilebilecek durumda olmadığını

<sup>40</sup> O’KEEFE, s. 227.

<sup>41</sup> Id. s. 228.

<sup>42</sup> Id. s. 231. PROTT (Ten Years) s. 11-12.

ve ayrıca eseri alırken makul dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayacaktır. Ancak bu durumda kendisi bir tazminata hak kazanmaktadır.

Zilyedin makul dikkat gösterip göstermediğine karar verilirken bütün iktisap koşulları incelenecektir. Konvansiyon bakılacak bazı hususları m. 4(4)'de sıralamıştır. Buna göre:

“Zilyedin makul dikkat gösterip göstermediğine karar verilirken tarafların nitelikleri, ödenen fiyat, zilyedin makul olarak müracaat edebileceği bir çalıntı kültürel objeler siciline danışıp danışmadığı ve makul olarak elde edilebilecek diğer bilgi ve belgeler ve zilyedin başvurulabilecek kuruluşlara danışıp danışmadığı ya da makul bir kişinin olayın özelliklerine göre diğer işlemleri yapıp yapmadığı da dahil olmak üzere bütün iktisap koşulları dikkate alınacaktır”.

Dolayısıyla maddede belirlenen hususlar tahdidi değildir, kültür varlığı alıcısının yapması gerekenler hususunda fikir vermektedir. Tarafların konumuna göre makul dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünün sınırları değişmektedir. Uzman bir sanat eseri taciri ile deneyimsiz özel koleksiyoncunun konumu aynı değildir. Bir sanat eseri tacirinin konuyla ilgili bilgisi ve müracaat edebileceği kaynakların genişliği daha fazladır. Sadece bir sicile bakmış olması ve eseri orada görememiş olması makul özen yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmemektedir<sup>43</sup>.

Mahkemeler iktisap işleminin bütün özelliklerini incelemek durumundadır. Kaçak kazı sonucu çıkmış bir objenin sicil kaydının olmaması çok doğaldır. Bu durumda kaynak ülkenin kimliği, işlemin gerçekleştiği yer, ödenen fiyat gibi unsurlara dikkat edilmelidir<sup>44</sup>. Ödenen fiyatın pazar fiyatından düşük olması özel bir inceleme konusu olmalı ve alıcı bunun eserin mülkiyetindeki ayıptan kaynaklanmadığı hususundan emin olmalıdır<sup>45</sup>.

Zilyet makul dikkat ve özeni göstermesine rağmen eserin çalıntı olduğunu anlayamadığını ispat ettiğinde makul bir tazminata hak kazanacaktır. Konvansiyonun hazırlık aşamalarında özellikle gelişmekte olan ülkeler bunun davacı için ağır bir yük olacağı ileri sürülmüştür<sup>46</sup>. Tazminat hakkı kıta Avrupası hukukunda mevcuttur ancak Common Law sisteminde yer almamaktadır. Buna karşılık her iki hukuk sisteminde de alıcı, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı karşısında tekeffül borcu hükümlerine göre korunmuştur<sup>47</sup>. Dolayısıyla alıcıya tazminat hakkı tanınmasa bile onun uğradığı zararı satıcıya başvurarak telafi etme imkânı vardır. Ancak buna rağmen Unidroit Konvansiyonu UNESCO Konvansiyonu gibi alıcı lehine bir tazminat hakkını hüküm altına alarak iyiniyetli alıcıları korumuştur.

<sup>43</sup> Explanatory Report, s. 522.

<sup>44</sup> Id. s. 522. PROTT (Commentary) s. 47.

<sup>45</sup> PROTT (Commentary) s. 49-50.

<sup>46</sup> Unidroit 1991, Study LXX-Doc. 23, s. 17 vd.

<sup>47</sup> Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEL, s. 255 vd.



Adil ve makul bir tazminatın nasıl hesaplanacağı hususu Konvansiyonda belirlenmemiştir. Konvansiyon bu noktada ödenen fiyat ya da eserin ticari değeri gibi objektif kıstaslardan veya ritüel yada etnografik eserlerin değeri için kullanılabilircek subjektif kıstaslardan söz etmemektedir<sup>48</sup>. Dolayısıyla mahkeme her olayda ayrı değerlendirme yaparak zilyedin iyiniyetini ve davacının ödeme kabiliyetini değerlendirerek tazminat miktarını belirleyecektir. Yapılan değerlendirmede tespit edilen miktar satış bedelinden daha az bir miktarı da işaret edebilir<sup>49</sup>.

Konvansiyonun 9. maddesi çalıntı ya da yasadışı ihraç edilen kültürel objelerin iadesinde daha elverişli iç hukuk hükümlerinin Konvansiyon hükümlerine kıyasla öncelik kazanacağını öngörmektedir. Dolayısıyla iyiniyetli zilyede tazminat hakkı öngörmeyen bir Common Law ülkesi hâkimi Konvansiyonun 4. maddesi uyarınca makul bir tazminata hükmetmeden de iade kararı verebilecektir.

## **V. Yasadışı İhraç Edilmiş Kültürel Objelerin İadesi**

### **A. Yasadışı İhraç Edilmiş Eser Kavramı**

Konvansiyon yasadışı ihraç edilmiş kültürel objelerin iadesini III. Bölümde, çalıntı kültürel objelerden ayrı olarak düzenlemiştir. Buradaki kültürel objeler de m. 2 kapsamında tanımlanmış kültürel objelerdir<sup>50</sup>.

Konvansiyon bir âkit devletin ihracat yasalarına aykırı olarak ülke dışına çıkarılmış kültürel objelerinin diğer bir âkit devlet mahkemesinden talep edilmesi imkânını getirmiştir. Burada iadesi istenen obje çalınmış değildir. Kaynak ülkenin kendi ülkesinde tutmak istediği bir kültür varlığı o ülkenin kamu hukuku karakterli ihracat yasalarına aykırı olarak yurt dışına çıkarılmıştır. Konvansiyon bu durumdaki kültür varlıklarının belirli koşullarda kaynak ülkeye iadesini garanti altına almıştır.

Madde 5(1) hükmüne göre:

“bir âkit devlet, diğer bir âkit devlet mahkemeleri veya yetkili diğer makamlarından, talepte bulunan devlet ülkesinden yasadışı olarak ihraç edilen kültürel objenin iadesini emretmesini talep edebilir”. Dolayısıyla bu kapsamda iade talebi kültür varlığının özel şahıs ya da kamu kuruluşuna ait olup olmadığı hususuna bakılmaksızın Devlet tarafından yapılacaktır. Devlet kendi inisiyatifi ile hareket edebileceği gibi özel bir şahsın talebi ile de hareket edebilir<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> SIDORSKY, s. 28.

<sup>49</sup> PROT (Unidroit Convention) s. 165-166.

<sup>50</sup> SIEHR çalıntı kültür varlıkları ile yasadışı ihraç edilmiş kültür varlıklarının aynı şekilde tanımlanmasını eleştirmekte ve yasadışı ihraç edilmiş kültür varlıkları için daha dar kapsamda bir tanım yapılmasını öngörmektedir. Bkz. s. 213. Ancak unutulmamalıdır ki iki kategori de kültürel objelerin iadesi ile ilgilidir ve bu nedenle aynı kıstaslarla tanımlanması yerindedir. İki ayrı bölümde, farklı koşullarla iade hükümlerinin düzenlenmesi zaten iki kategorinin birbiriyle eşit olmadığını göstermektedir.

<sup>51</sup> Explanatory Report, s. 526.

Bu hükümle kaynak ülkenin kamu hukuku karakterli kurallarının diğer âkit ülkelerde tanınması sağlanmıştır. Dolayısıyla bir âkit ülkenin kültür mirasını korumak amacıyla getirdiği ihracat yasaklarına aykırı olarak yurt dışına kaçırılan kültürel objeler iade konusu olabilecektir. Aynı şekilde bir âkit devlet ülkesinden, hukuka uygun olarak verilen bir ruhsata göre sergi, araştırma ya da restorasyon gibi amaçlarla geçici olarak ihraç edilen ve sözkonusu ruhsat hükümlerine göre iade edilmeyen kültürel obje de yasadışı ihraç edilmiş kabul edilecek ve III. Bölüm kapsamında iade konusu olacaktır (m. 5(2)).

## **B. Yasadışı İhraç Edilen Kültürel Objenin İade Koşulları**

### **1. İade Talebine Konu Olacak Eserlerin Niteliği**

Konvansiyon kaynak ülkenin ihracat yasaklarının yabancı bir devlet mahkemesinde tanınmasını kabul etmiş ve yasadışı ihraç edilen kültürel objenin kaynak ülkeye iadesini mümkün kılmıştır. Ancak bu durum yasadışı ihraç edilen her türlü kültürel obje için geçerli değildir. İade talebine konu olacak kültürel obje çalıntı kültürel objelerden farklı niteliklere sahiptir.

Madde 5(3) hükmüne göre:

“ Talepte bulunan devlet objenin talep eden devlet için önemli kültürel değere sahip olduğunu veya objenin ülkeden götürülüşünün aşağıda belirtilen menfaatlerden bir veya birkaçına büyük ölçüde zarar verdiğini gösterirse, kendisine başvurulmuş devlet mahkemesi ya da yetkili makam yasadışı ihraç edilen kültürel objenin iadesini emreder.”

- (a) Objeye ve çevresinin fiziksel korunması,
- (b) Bileşik objenin bütünlüğü,
- (c) Bilimsel ya da tarihi karakterdeki bir bilginin korunması,
- (d) Kabile ya da ilkel topluluk tarafından objenin geleneksel ya da ritüel kullanımını<sup>52</sup>.

Görüldüğü üzere yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde talepte bulunan devlet bazı menfaatlerinin zedelendiğini ya da objenin kendisi için kültürel açıdan önemli olduğunu ispat etmek zorundadır. Her ülke kültür varlıklarının neler olduğunu belirleme ve hangilerinin ülkede kalmasına kendisi karar verme hakkına sahip olduğuna göre Konvansiyonun bu hükmü ulusal yetkiye bir müda-

<sup>52</sup> Madde bentlerinin neyi işaret ettiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Explanatory Report, s. 529-530; PROT (Commentary) s. 56 vd.

hale olarak yorumlanmaktadır<sup>53</sup>. İspat yükünün talepte bulunan devlete ait olması da eleştirilmiş ve talepte bulunulan devlete ait olması gerektiği öne sürülmüştür<sup>54</sup>.

İadeye konu teşkil eden kültürel obje için aranan kıstaslar birbirine alternatif kıstaslardır. Sadece birinin varlığı yeterlidir. “Önemli kültürel değere sahip olma” kıstası tanımlanmamış ve açık bırakılmıştır<sup>55</sup>. Buna göre diğer dört şart gerçekleşme bile talepte bulunan devlet eserin kendisi için önemli kültürel değere sahip olduğunu ileri sürerek iade talebinde başarılı olabilir. MERRYMAN’a göre bu durum “açık çek” niteliğindedir ve kaynak ülkenin ihracat yasakları bu şekilde geniş kapsamlı uygulama imkânı bulacaktır. Dolayısıyla diğer şartlar da önemini kaybetmiş olacaktır<sup>56</sup>. Bize göre bu eleştiri haklı değildir ve talepte bulunan devletlere verilmiş bir açık çek de yoktur. İade talebi için sadece belirtilen dört kıstasla yetinilseydi sözleşmenin uygulama alanı fazlasıyla sınırlandırılmış olurdu. Devletlerin bu kıstaslar içinde değerlendirilmeyen ve onlar için çok önem arz eden kültür varlıkları olabilir. Bu varlıkları kendi kültür mirasının bir parçası olarak ülkede tutma düşüncesine saygı gösterilmelidir. Diğer yandan maddede yer alan “önemli kültürel değere sahip olma” kıstası bir kısıtlamadır ve her yasadışı ihraç edilen kültür varlığını kapsamaktadır.

Konvansiyon iade hükümlerinin iadenin talep edildiği tarihte kültür varlığının ihracı artık yasadışı değilse ve eser onu yaratan insanın sağlığında veya ölümünü izleyen 50 yıl içinde ihraç edilmişse uygulanmayacağını belirtmiştir (m. 7 (1)). Böylelikle Konvansiyon yaşayan sanatçıların eserlerinin serbest dolaşımını kabul etmiş ve ancak sanatçının ölümünden 50 yıl sonrası için ihracat yasağı konmasına izin vermiştir. Fakat bu şart kabile ya da ilkel topluluk üyeleri tarafından yapılan kültür varlıkları için geçerli olmayacaktır (m. 7 (2)). Kabile veya ilkel topluluklarca geleneksel olarak veya ritüellerde kullanılan objeler için yaratıcılarının hayatta olması veya ölümünden itibaren 50 yıl geçmemiş olması iade talebini etkilemeyecektir<sup>57</sup>. Hüküm yaratıcısı belli olmayan etnografik eserler için kaleme alınmıştır ve özellikle 2. Bölüm kapsamında çalıntı eser olduğu ispatlanamayan objelerin iadesini hedeflemektedir<sup>58</sup>.

## **2. Zamanaşımı**

Yasadışı ihraç edilen kültürel objelerin iadesi davası da çalıntı objeler gibi bir süreye tâbi tutulmuştur. Bu sürenin uzunluğu ve başlangıç noktası çalıntı eserlerin

<sup>53</sup> GIMBERE, Sabine: (Netherlands Report) in ICC: International Art Trade and Law, 87, v. IV, 1993, s. 90.

<sup>54</sup> MUMGNUG, Reinhard: (German Report) in ICC: International Art Trade and Law, 63, v. IV, 1993, s. 70.

<sup>55</sup> SIDORSKY, s. 28.

<sup>56</sup> MERRYMAN (Unidroit Convention) s. 16.

<sup>57</sup> Bkz. Explanatory Report, s. 542.

<sup>58</sup> PROT (Commentary) s. 70.

iadesi talebiyle aynıdır. Dolayısıyla iade talebi, talepte bulunan devletin kültürel objenin yeri ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıllık bir zaman içinde ve her halükârda ihracat tarihinden veya m. 5(2)'de bahsedilen ruhsat uyarınca objenin iade edilmesi gereken tarihten itibaren elli yıllık bir zaman içinde yapılacaktır (m. 5(5)).

Belli kategori çalıntı kültürel varlıklarla ilgili getirilen istisnai zamanaşımı kuralları yasadışı ihraç edilen kültür varlıkları için getirilmemiştir <sup>59</sup>.

### 3. İyiniyetli zilyedin tazminat hakkı

Konvansiyon çalıntı eserlerin iadesinde olduğu gibi, yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde de iyiniyetli zilyet lehine tazminat hakkı öngörmüştür. Tazminatı talepte bulunan devlet ödeyecektir (m. 6 (1)). Zilyedin kültürel objenin yasadışı ihraç edildiğini bilip bilmediğine veya makul olarak bilebilecek durumda olup olmadığına karar verilirken, talep eden ülke hukukuna göre istenen ihracat sertifikasının yokluğu da dahil olmak üzere iktisap koşulları dikkate alınacaktır (m. 6 (2)).

Madde iyiniyetin ispatını alıcıya yüklemekle birlikte<sup>60</sup>, çalıntı eserlerin iadesinde öngörülen makul dikkat ve özenin gösterilmesi ve bunun için yapılması gereken hususlar gibi sıkı şartlar öngörmemektedir. Diğer bir ifadeyle yasadışı ihracat halinde iyiniyetli zilyedin dikkat yükümlülüğü, çalıntı eserlerde olduğu kadar sıkı tarif edilmemiştir. PROTT bunun farklı bir değerlendirme konusu olması görüşünü reddetmekte ve mahkemenin tazminata hükmederken iktisabın bütün koşullarını tıpkı çalıntı eserlerde olduğu gibi incelemesi gerektiğini savunmaktadır. Maddelerde aynı koşulların birebir zikredilmemesi yasadışı ihraç edilen kültür varlığı iktisabında daha düşük standartta özen gösterilmesi anlamına gelmemektedir. Zilyedin yasadışı ihracatı bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasının tespiti, m. 4(4)'de belirlenen hususların da incelenmesini gerektirmektedir <sup>61</sup>.

Konvansiyon iade ile yükümlü zilyet için bazı seçenekler ortaya koymuştur. Kültür varlığını iade etmek zorunda olan iyiniyetli zilyet, talep eden devletle yapılan anlaşma üzerine, tazminat hakkından vazgeçerek objenin maliki olarak kalmaya veya mülkiyeti, talep eden ülkede ikamet eden ve kendi seçtiği birine ivazlı veya ivazsız olarak devretmeye karar verebilir (m. 6(3)).

Madde iyiniyetli alıcının haklarını koruma ve talepte bulunan devlete de tazminat ödemediği objeyi ülkesine getirme amacı gütmektedir.<sup>62</sup> Talep eden devlet tazminat ödeyemeyecek durumda ise yaptığı anlaşma ile eserin kendi ülkesine geri

<sup>59</sup> Explanatory Report, s. 534; PROTT (Commentary) s. 62.

<sup>60</sup> SIEHR, s. 221.

<sup>61</sup> PROTT (Commentary) s. 64.

<sup>62</sup> Explanatory Report, s. 538.

getirilmesini temin etmiş olacaktır<sup>63</sup>. Mahkeme mülkiyet hakkını Konvansiyona göre değil, uygulanacak hukuka göre talep eden devlet ile iyiniyetli alıcı arasındaki anlaşmaya göre belirleyecektir<sup>64</sup>.

Tazminat ödenmeyen iyiniyetli alıcıya sağlanan ikinci seçenek eseri talep eden ülkede ikamet eden birine, ivazlı veya ivazsız olarak devretmesidir. Böylelikle alıcı, talep eden ülkede ikamet eden bir kişiye eseri satabilir, bağışlayabilir. Bu kişi gerçek kişi, tüzel kişi, özel veya kamu kuruluşu, müze de olabilir. Bunun için gerekli teminatların sağlanması gerekmektedir. Devlet kişinin ya da kurumun objenin iyi muhafazası ve güvenliği için asgari koşulları taşıdığıнын garantisini verebilir<sup>65</sup>.

## **VI. Yetkili mahkeme**

Gerek çalınan gerekse yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iade talebi, objenin bulunduğu âkit devlet ülkesindeki mahkeme veya yetkili diğer bir makama yapılacaktır. Bunun dışında bir âkit devlet ülkesinde yürürlükte olan kurallara göre yetkili olan mahkeme veya diğer yetkili makama da talepte bulunmak mümkündür (m. 8(1)).

Kültür varlığının bulunduğu yerde dava açıldığında mahkeme ihtiyati tedbir kararı vererek objenin emniyetli bir yerde saklanmasını sağlayacak ve zilyedin eser üzerinde tasarrufta bulunmasına engel olacaktır. Ancak dava kültür varlığının bulunduğu mahkemede açılmadığı takdirde, yine de objenin bulunduğu ülke hukukuna göre koruyucu nitelikte geçici tedbir almak üzere başvuru yapılabilir (m. 8(3)). Böylelikle kültür varlığının fiziksel koruması sağlanmış ve zilyedin objeyi başka birine satması veya ülke dışına çıkarması engellenmiş olacaktır<sup>66</sup>.

Konvansiyon taraflara yetki sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi yapma imkanı da getirmiştir. Buna göre taraflar istedikleri bir mahkemeye, diğer yetkili bir makama ya da hakeme başvurabilirler (m. 8(2)). Tarafların uyuşmazlığı hakeme götürmeleri özellikle tavsiye edilmektedir. Hakemin konunun uzmanı olması ve tahkim prosedürünün gizli yürütülmesi taraflar için teşvik edici nitelikte görülmektedir<sup>67</sup>.

## **Sonuç**

Kültür varlıklarının korunması kavramı hukuka aykırı kazıların ve kaçakçılığın önlenmesi meselesiyle yakından bağlantılıdır. Kültür varlıklarına talep olduğu sürece kaçak kazıların ve illegal kültür varlığı trafiğinin önlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kültür varlığı ithal eden ülkelerin bakış açılarını değiştirmeleri

<sup>63</sup> PROTT (Commentary) s. 66.

<sup>64</sup> Explanatory Report , s. 538.

<sup>65</sup> PROTT (Commentary) s. 66-67; Explanatory Report, s. 538.

<sup>66</sup> Explanatory Report, s. 544.

<sup>67</sup> Explanatory Report, s. 544.

ve sorunun varlığını kabul etmeleri önemlidir. Zira kültür varlıkları kaçak olarak kazılıp, illegal trafik akışına girdiğinde, aslında bütün insanlığın ortak kültür mirasına zarar verilmiş olmaktadır.

Bu büyük sorunun çözümünde karşılıklı işbirliği önem arz etmektedir. Zira kaynak ülkeler kültür varlıklarının korunması için ne kadar tedbir alırsa alsın, kültür varlığı ithal eden ülkeler bunu tanımadıkça etkili bir sonuç elde etmek mümkün değildir. Bu nedenle mahkemelerde doğrudan uygulanabilecek hukuk kuralları getiren bir uluslararası sözleşme ile çözüme gitmek gerekmektedir.

1995 Unidroit Konvansiyonu bu alandaki boşluğu doldurmak amacıyla ortaya çıkmış bir metindir ve UNESCO tarafından da 1970 Unesco Konvansiyonunu tamamlayıcı olarak nitelendirilmektedir<sup>68</sup>. 1970 Konvansiyonu doğrudan uygulanma imkânı olmayan bir sözleşmedir. Dolayısıyla her âkit devlet kendi uyum yasasını çıkararak sözleşmeyi iç hukukunda etkin hale getirecektir. Her âkit ülkenin uyum yasası çıkarmadığı, çıkarılanların da birbirinden farklı şekilde uygulama alanı belirlediği dikkate alınır, bu noktada yeknesaklığın olmadığı gözlemlenecektir. Sözleşmenin uygulanması başvurulanan devletin sözleşme kapsamındaki hareket serbestisine göre değişmektedir.

Oysa 1995 Unidroit Konvansiyonu her âkit devlet mahkemesi veya yetkili makamında ya da hakem önünde aynı şekilde doğrudan uygulanan özel hukuk kuralları getirmektedir. Bu açıdan 1970 Unesco Konvansiyonunun eksikliklerini tamamlayacak ve bu sözleşme kapsamında iade edilemeyecek kültür varlıklarının dava yoluyla iadesini mümkün kılacaktır.

1995 Unidroit Konvansiyonu çalınan kültür varlıkları ile yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesini iki ayrı bölümde düzenlemiştir. Çalınan kültür varlıkları kapsamına kaçak olarak çıkarıldıktan sonra yurt dışına kaçırılan arkeolojik objeler de dahil edilmiştir. Böylelikle ülkesinde bulunan kültür varlıkları üzerinde ipso iure devlet mülkiyeti öngören âkit devletler ülkelerinden kaçırılan kayıt dışı arkeolojik objelerin iadesinde malik sıfatıyla başarılı olabilecektir.

Yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde de kaynak ülkelerin kamu hukuku karakterli ihracat yasalarının, pazar ülkelerde belli koşullarla tanınmasına hizmet edilmektedir. Böylelikle bir âkit devlet ülkesinden yasadışı olarak çıkarılan objenin bir başka âkit ülkeye girişi de yasadışı olarak nitelendirilmektedir.

Konvansiyon bir uzlaşma sonucu meydana geldiği için, bütünüyle kaynak ülkeleri memnun etmemiştir. İyiniyetli zilyede tazminat ödenmesi, zamanaşımında üst sınırın kabul edilmesi ve sözleşmenin geriye etkili olmaması eleştirilmektedir. Ancak bu hususlar kaynak ülkelerin sözleşmeye taraf olmasını engelleyecek nitelikte

<sup>68</sup> PROT (Ten Years) s. 11.

değildir. Konvansiyona 33 ülke taraftır<sup>69</sup> ve bunların büyük bir çoğunluğu kaynak ülkedir. Dolayısıyla kültür varlığı ithal eden pazar ülkelerin (İngiltere, ABD, Hollanda, İsviçre<sup>70</sup>, Fransa, Rusya, Almanya gibi) halen sözleşmeye taraf olmaması, sözleşmenin, kaynak ülkeler lehine hükümler içermesinin açık göstergesidir.

1995 Unidroit Konvansiyonu kültür varlıklarının korunması alanında uluslararası işbirliğini gösteren önemli bir adımdır. Zaman içinde kamuoyu baskısıyla kültür varlığı ithal eden ülkeler de sözleşmeye taraf olduğunda özel hukuk bağlamında iade taleplerinde yeknesaklık ve etkinlik sağlanacaktır. Halihazırda kültür varlıklarının iadesinde ceza hukuku hükümleri daha etkindir. Ancak cezai normlarla iadenin temin edilmediği ve ceza hukuku alanı dışındaki mülkiyet ve ihracat yasalarının ihlalleri meselesinde doğrudan ve yeknesak uygulanma kabiliyeti olan özel hukuk düzenlemesine ihtiyaç vardır ve 1995 Unidroit Konvansiyonu bu ihtiyacı gidermektedir. Konvansiyona taraf olan ülke sayısı arttıkça, konvansiyon hükümleri ve dayandığı temel esaslar kültür varlıklarının korunması alanındaki uluslararası hukuk kurallarını tesis edecektir.

### **KAYNAKÇA**

- BATOR, Paul: "An Assay on the International Trade in Art" 34 STR, 275 (1982).
- GIMBERE, Sabine: (Netherlands Report) in ICC: International Art Trade and Law, 87, v. IV, 1993, s. 90.
- MERRYMAN, John Henry: "A Licit International Trade in Cultural Objects" 4 IJCP, 13 (1995).
- MERRYMAN, John Henry: "The Unidroit Convention: "The Three Significant Departures from the Urtext" 5 IJCP, 11 (1996) s. 12-13.
- MUMGNUG, Reinhard: (German Report) in ICC: International Art Trade and Law, 63, v. IV, 1993, s. 70.
- O'KEEFE, Patrick: "Using Unidroit to Avoid Cultural Heritage Disputes: Limitation Periods" 14 Willamette J. Int'l. & Disp. Resol. 227 (2006).
- ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998.
- ÖZEL, Sibel: "Kültür Varlıklarının İadesi Davalarında Davacı İçin Önemli Bir Engel: Zamanaşımı Meselesi" Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 277-293 (Zamanaşımı).
- ÖZEL, Sibel: "Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum" İÜHFD, c. LV, Sayı: 4, 1997, s. 65-84. (Devlet mülkiyeti)

<sup>69</sup> Taraf ülkelerin listesi için bkz. [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) (05.03.2013)

<sup>70</sup> Hollanda ve İsviçre sözleşmeyi imzaladıkları halde onaylamamışlardır.

PROTT, Lyndel: "The Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural objects-Ten Years On" Rev. Dr. Unif. 2009. (separate edition) (Ten Years)

PROTT, Lyndel: Commentary on the Unidroit Convention, IAL 1997, s. 33 (Commentary).

SIDORSKY, Emily: "The 1995 Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: The Role of International Arbitration" 5 IJCP, 19 (1996).

SIEHR, Kurt: "International Art Trade and Law" Academie de Droit International Recueil es Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 9 (1993-VI).

Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report prepared by Marina SCHNEIDER. Unidroit Law Review (2001-3), s. 476. (Explanatory Report).



# İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNUNUN İHTİYATİ TEDBİRLER KONUSUNDAKİ DÜZENLEMESİNE GENEL BİR BAKIŞ

*(A General Overview to the Regulation of Provisional Injunctions  
in Swiss Civil Procedure Code)*

Selçuk ÖZTEK\*

Bilindiği gibi İsviçre 19 Aralık 2008 tarihli Kanunla medeni usul hukuku alanını kantonların egemenlik sahasından çıkararak federalleştirmiş ve böylece, aslında uzun zamandan beri devam eden çalışma ve gayretler neticesinde, bütün İsviçre’de 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren tek bir medeni usul kanunu (“*Code de procédure civile*” ya da Kanunun Fransızca metnindeki kısaltmasıyla CPC) geçerli olmaya başlamıştır.

Yeni İsviçre Kanununun 261 vd. maddeleri ihtiyati tedbirlere ve ihtiyati tedbir usulüne ayrılmıştır. Aslında, CPC’nin Fransızca metninde “*mesures provisionnelles*” (“*vorsorgliche Massnahmen*”, “*provvedimenti cautelari*”) terimleri kullanılmıştır ki, bunu Türkçeye “geçici (veya daha doğrusu ‘ihtiyati’) tedbir” olarak çevirebiliriz. İsviçre’de delil tespiti bir “geçici tedbir” (“*mesure provisionnelle*”) olarak kabul edilmediği için<sup>1</sup>, CPC’nin “*mesure provisionnelle*” kavramını Türk hukukundaki “geçici hukuki koruma” üst kavramı içinde yer alan “ihtiyati tedbirler”le (HMK m.389 vd.) eş anlamlı olarak kabul etmekte bir sakınca bulunmadığını düşünmekteyiz.

İsviçre hukukunda ihtiyati tedbirler, taraflardan birinin esasa ilişkin yargılama süresince ve hatta bazı hallerde esasa ilişkin yargılama henüz başlamadan, hakkının geçici olarak korunması için hakimden talep edebileceği koruma önlemleri olarak tanımlanmaktadır; öyle ki, bu önlemler alınmadığı takdirde hak sahibinin hakkını elde etmesi önemli ölçüde zorlaşabilecek ve belki de tamamen imkansız hale gelecektir<sup>2</sup>.

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E.) Öğretim Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Bkz. aşağıda dipnot 9 civarı.

<sup>2</sup> F.Hohl, F.Hohl, *Procédure civile*, Tome II, Berne 2010, Tome II, sh.316 no 1733.

Yeni Kanun, maddi hukukun ihtiyati tedbir kararının elde edilmesine ilişkin şartlar ve usul konusundaki bütün hükümlerini kural olarak yürürlükten kaldırmıştır. Örneğin İsviçre Medeni Kanununun kişiliğin korunması alanındaki ihtiyati tedbirleri düzenleyen 28c, 28d ve 28e maddeleri yürürlükten kalkmıştır; keza, Haksız Rekabet Hakkındaki Kanunun ihtiyati tedbir konusunu düzenleyen 14.maddesi de yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Buna mukabil, Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanunun para alacaklarının tahsilinde uygulanan muhafaza amaçlı tedbirleri, örneğin muvakkat haciz ve ihtiyati haciz kurumları saklı tutularak aynen muhafaza edilmiştir (CPC m.269)<sup>3</sup>. Bu çerçevede, ihtiyati haciz şartları oluşmamışsa CPC'ye göre ihtiyati tedbir çaresine başvurulmasıyla bir yere varılamayacağına, zira hakimın böyle bir talebi, aslında kıyafet değiştirmiş bir ihtiyati haciz talebi olduğu için, CPC m.269 uyarınca reddetmesi gerekeceğine işaret edilmektedir<sup>4</sup>.

#### *Tedbir Türleri:*

İsviçre'de doktrin ve mahkemeler, tedbirleri amaçlarına göre üç kategoride incelemektedir<sup>5</sup>. Birinci kategoriye muhafaza (teminat) amaçlı tedbirler oluşturmaktadır. Bunlar, davanın konusunun bütün yargılama süresince aynen muhafaza edilmesine yöneliktir. Örneğin, uyuşmazlığın konusunun devredilmesi, bir yükü takyit edilmesi veya değiştirilmesi yasağı bu tür bir tedbirdir. İkinci kategoriye oluşturan düzenleme amaçlı tedbirler taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin dava süresince, esas hakkında karar verilmeye kadar (geçici olarak) düzenlenmesine yöneliktir; örneğin boşanma davası açıldığında hakimın CPC m.276 uyarınca davanın devamı süresince uygun görüp verdiği tedbir kararları ile aile birliğini korumaya yönelik tedbirler bu kategoriye girmektedir. Üçüncü kategoriye teşkil eden ifa amaçlı tedbirlere gelince; bunlar davanın esası yönünden talep sonucunun konusunu meydana getiren edimin tam veya kısmi ifasını geçici olarak elde etmeye yöneliktirler ve konusuna göre ikiye ayrılırlar: CPC m.303, f.1 ve f.2, b.(b) uyarınca babalık davası sırasında çocuk lehine dava süresince nafaka ödenmesi gibi, para alacaklarının geçici olarak icrasını konu alan ifa amaçlı tedbirler<sup>6</sup>; geçit hakkının kullanılmasına engel olma yasağı gibi, kaçınma veya yapma borcu yükleyen ted-

<sup>3</sup> Jacques Haldy, "Les procédures spéciales", in Le Code de procédure civile, Aspects choisis, Schulthess Editions romandes, Genève-Zurich-Bale 2011, sh.144; F.Hohl, age., Tome II, sh.316-317 no 1736.

<sup>4</sup> Jacques Haldy, agm., sh.144.

<sup>5</sup> Örneğin bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.317-318 no 1737 vd.; Jacques Haldy, agm., sh.142; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Code de procédure civile commenté, Bale 2011, art.262 no 6 vd.

<sup>6</sup> Tabii, İsviçre hukukunda para alacaklarının geçici olarak icra edilmesine yönelik tedbir kararı verilebilip verilemeyeceği son derece tartışmalıdır; bkz.Nevhis Deren-Yıldırım, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, sh.91-92. İsviçre'de CPC m.262, b.(e), en azından kanun tarafından öngörülen hallerde bu yolu açmıştır.

birler<sup>7</sup>. Özellikle belirtmek ve vurgulamak gerekir ki, amaca göre yapılmış bu tasnif tamamen ampirik nitelikte olup, bazı hallerde bir tedbirin bu kategorilerden birine veya diğerine dahil edilmesi önemli güçlükler arz edebilir<sup>8</sup>.

İsviçre hukukunda genellikle delil tespiti (CPC m.158), ihtiyatî tedbir usulüne tabi olmakla beraber, gerçek anlamda geçici tedbir olarak mütalaa edilmemektedir. Bunun nedeni, delil tespitlerinin tarafların hakları üzerinde sonuç doğurmaması ve esasa ilişkin talebin haklılığının değil, bir delilin kaybolmasının (veya gösterilmesinin güçleşmesinin) ihtimal dahilinde olmasının delil tespitine başvurulması için yeterli olmasıdır<sup>9</sup>.

CPC m.261 bütün bu tedbir türlerine karar verilmesine olanak sağlayan genel hükmü içermektedir. Bu hükmün öngördüğü şartlar bütün tedbir kategorileri için kural olarak aynıdır.

#### *Görevli ve Yetkili Mahkeme:*

İhtiyatî tedbir talebinin hangi mahkemeye yöneltileceği konusunda CPC m.13 özel bir hüküm içermektedir. Buna göre, kanun başka şekilde kararlaştırmamışsa, sadece esas hakkındaki davayı görmeye görevli ve yetkili olan mahkeme veya tedbirin infaz edilmesi gereken yer mahkemesi tedbir kararı verebilir. CPC m.13'ün bu hükmü emredicidir; taraflar tedbir kararının bu iki mahkemeden başka bir mahkeme tarafından verilmesini kararlaştıramazlar. Taraflar esas hakkındaki davaya bakacak mahkeme bakımından bir yetki sözleşmesi yapmışlarsa, bu sözleşme tedbirin infaz edilmesi gereken mahkemenin yetkisini bertaraf etmez<sup>10</sup>.

Tabii, tedbir, esas hakkındaki davanın açılmasıyla birlikte veya derdest dava sırasında da istenebilir ve bu takdirde tedbir kararını esas hakkındaki davaya bakan mahkeme verecektir. Yalnız, bu gibi hallerde dahi tedbirin infaz edileceği yer mahkemesinin yetkisinin devam ettiği kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

#### *Karar Verilebilecek Olan Tedbirler:*

CPC'nin 262.maddesi hakimın karar verebileceği tedbirlerin listesine yer vermiştir; ancak, maddedeki sayım tahdidi değildir, mahkeme bu maddede sayılanlar dışında gerekli her türlü tedbiri alabilecektir.

Maddede sayılan tedbirler arasında, yasaklama (örneğin uyuşmazlık konusu

<sup>7</sup> Bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.317 no 1737; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.262 no 11 vd.

<sup>8</sup> Bu konuda bkz.Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.262 no 4.

<sup>9</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.318 no 1741; F.Bohnet, Procédure civile, Bâle 2011, sh.264.

<sup>10</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.51 no 180.

<sup>11</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.51 no 184; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.263 no 3 ve no 20.

şeyi devretme, takyit etme veya değiştirme yasağı), hukuka aykırı duruma son verilmesi (örneğin sahte veya taklit eşyalara el konulması, bir eserin yayılmasının durdurulması), üçüncü kişiye (örneğin bir bankadaki mevduat hesabının bloke edilmesi için) veya sicil tutan bir organa (örneğin malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının tapu siciline şerh edilmesi için, nüfus sicilindeki kişisel bilgilerin ifşa edilmesinin önlenmesi için) emir verilmesi, bir edimin aynen tedarik edilmesi (örneğin telafi edilemeyecek bir zararın önüne geçmek için, bozulmaya maruz malların tesliminin emredilmesi), kanunun öngörmesi halinde bir para ediminin (örneğin boşanma veya ayrılık davası devam ettiği sürece eşlerden birinin diğerine ödeyeceği tedbir nafakası) ödenmesi bulunmaktadır<sup>12</sup>.

### *İhtiyati Tedbirin Şartları:*

İhtiyati tedbir yöntemi sosyal ve ekonomik hayat geliştikçe önem kazanmaya başlamıştır. Bugün ihtiyati tedbir kurumu çok kere karşı taraf üzerinde baskı kurmak, onu müzakere etmeye ve uzlaşmaya sevketmek için kullanılır olmuştur. Ayrıca, tedbir kararı verilmeden önce ufak da olsa bir yargılama cereyan ettiği için, taraflar böylece aralarındaki fiili ve hukuki ilişkileri açıklığa kavuşturmak ve esas hakkındaki davanın başarı şansını daha iyi değerlendirmek imkanını da elde etmektedirler.

Mahkeme ihtiyati tedbire ancak talep sahibinin bir hakkının ihlal edildiği veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu ve bu ihlalin ona zorlukla telafi edilebilecek bir zarar vermesi ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde karar verebilecektir (CPC m.261, f.1). Mahkeme, karşı taraf uygun teminat gösterdiği takdirde ihtiyati tedbire karar vermekten vazgeçebilir (CPC m.261, f.2).

Bu ilkelere hareketle İsviçre doktrininde mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için aslında dört şartın gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür: esasa ilişkin bir hak (ihtiyati tedbire esas olan hak); bir hakkın ihlali veya ihlal edilmesi tehlikesi; ancak zorlukla telafi edilebilir bir zarar tehlikesi; uygun teminat yokluğu (mahkeme, karşı taraf uygun bir teminat gösterirse tedbir talebini reddedebilir; CPC m.261, f.2)<sup>13</sup>.

İhtiyati tedbir talep eden, esasa ilişkin bir hakkın sahibi olmalıdır, yani zarar tehlikesi kanuna aykırı bir yöntemin, bir haksız fiilin sonucu olmalıdır. Onun için, talep sahibi ihlal edildiğini veya ihlal tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu iddia ettiği hakkını gerçeğe yakın şekilde ortaya koymalıdır. Şu halde, hakim esas hakkındaki talebin başarı şansını değerlendirmeli, tartmalıdır; esasa ilişkin talep haklı değilse, tedbir de haklı olmayacaktır<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Çeşitli örnekler için bkz. Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.262 no 6; Jacques Haldy, agm., sh.143-144; Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, Berne 2009, sh.168-169).

<sup>13</sup> Bu şartlar hakkında bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.321 vd. no1754 vd.; karşı.Hofmann/Lüscher, age., sh.168; F.Bohnet, age., sh.259 vd..

<sup>14</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.322 no 1755 ve 1756.

Talep sahibi, bir hakkının ihlal edildiğini veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu da gerçeğe yakın şekilde ortaya koymalıdır. Her ihtiyatî tedbir bir anlamda belli bir ivedilik gerektirir; diğer bir deyişle, talep sahibi, hakkını tehdit eden yakın bir tehlike nedeniyle ivedi bir koruma ihtiyacı içinde bulunmalıdır. İvedilik kavramı kendi içinde dereceler içerir ve olayın ve durumun özelliklerine göre değerlendirilir. Genel olarak denebilir ki, esas hakkında önyargı içermeyen geçici bir çözümün geciktirilmesinin taraflardan birinin menfaatlerini tehlikeye koyduğu her durumda ivedilik mevcuttur<sup>15</sup>.

İhtiyatî tedbir, zorlukla telafi edilebilecek bir zararın meydana gelmesini önlemeye yöneliktir. Burada zarar maddi olabileceği gibi, manevi bir zarar da olabilir. Bu bağlamda, tedbirin hedeflenen amacı elde etmeye elverişli olması ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olması, yani söz konusu amacı elde etmek için vazgeçilmez olması lazımdır; ayrıca tedbir amaçla orantılı olmalı, aynı amacı sağlayacak daha yumuşak tedbirler varsa, her zaman bunlar tercih edilmelidir<sup>16</sup>. Öte yandan, tedbir tali bir çare olarak düşünülmalıdır; nitekim, gerekli teminat gösterilmişse, hakim tedbir kararı vermeyebilir (CPC m.261, f.2). Nihayet, tedbir esas hakkın kapsamı içinde olmalıdır<sup>17</sup>.

Mahkeme, aleyhine tedbir istenen taraf zarar tehlikesini bertaraf eden uygun bir teminat gösterdiği takdirde, tedbir kararı vermekten vazgeçebilir (CPC m.261, f.2). Teminatın uygunluğu konusunda talep sahibi dinlenmelidir<sup>18</sup>.

### *İhtiyatî Tedbir Kararı:*

Kanunda ihtiyatî tedbir kararının içeriği bakımından özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede, doktrinde, ihtiyatî tedbir kararlarının tebliği bakımından bir soruna dikkat çekilmektedir. Basit yargılamada ve özellikle ihtiyatî tedbirlerde kararların karşı tarafa bildirilmesiyle ilgili bir hüküm mevcut değildir. Bunun anlamı; CPC m.239 uyarınca mahkemenin, taraflara, gerekçelendirmeyi daha henüz yapmadan<sup>19</sup>, sadece hüküm fıkrasını bildirmesinin mümkün olmasıdır. Fakat, bu takdirde, özellikle ihtiyatî tedbir kararları bakımından, taraflara sadece hüküm fıkrası bildirilen bir kararın ne ölçüde icrai nitelik taşıdığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Soru önemlidir, çünkü gerekçelendirilmemiş bir hüküm fıkrasının icrai nitelik taşımadığı kabul edilirse, ihtiyatî tedbir aleyhine olan taraf hüküm

<sup>15</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.322 no 1760.

<sup>16</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.323 no 1766; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age.,art. 267 no 11; F.Bohnet, age., sh.260.

<sup>17</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1768.

<sup>18</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1770.

<sup>19</sup> İsviçre hukukunda (bkz.CPC m.239) mahkemenin hüküm duruşmasında veya sonradan sadece yazılı hüküm fıkrasını taraflara tebliğ etmesi yeterli olup, yazılı gerekçelendirme ancak taraflardan biri tebliğden itibaren 10 gün içinde talep ederse taraflara tevdi edilir; gerekçelendirme talep edilmezse, taraflar istinaf veya diğer bir kanun yoluna başvurmadan vazgeçmiş sayılırlar.

fıkrasının bildirilmesiyle gerekçenin bildirilmesi arasında geçen sürede, tedbir kararının icrasından kaçmak için gerekli önlemleri alabilecektir. Federal Mahkemenin gerekçelendirilmemiş bir hüküm fıkrasının icrai kabiliyete sahip olmadığını kabul ettiğini<sup>20</sup> bu vesileyle belirtmek gerekir. Böyle olunca, ihtiyati tedbir kararı ancak hüküm fıkrasıyla birlikte gerekçenin de tebliğ edilmesiyle icra edilebilir bir niteliğe sahip olacaktır<sup>21</sup>.

#### *İhtiyati Tedbir Kararını Tamamlayan İşlemler:*

Tedbir talebinin yapıldığı sırada henüz esas hakkındaki dava açılmamışsa, mahkeme, talep sahibine, esas hakkındaki davasını açması için bir süre tayin eder; dava bu süre zarfında açılmadığı takdirde, alınan tedbirler hükmünü kendiliğinden yitirir (CPC m.263)<sup>22</sup>. Bunun nedeni; ihtiyati tedbirden kaynaklanan korumanın geçici nitelikte olmasıdır. Tedbir kararında, tayin olunan süre zarfında dava açılmazsa tedbirin kalkacağı açıkça belirtilmelidir. Tedbir kararında esas hakkındaki davanın açılması gereken süre belirtilmemişse, tedbir değiştirilmedikçe veya kanun yoluna başvuru üzerine kaldırılmadıkça geçerli olmakta devam eder<sup>23</sup>. Tedbir kararının verilmesinden sonra esas hakkındaki dava süresi içinde açılır, fakat yetki yönünden reddedilirse, talep sahibi bir aylık süre içinde yetkili mahkemede dava açtığı takdirde tedbir devam eder (CPC m.63).

Burada sözü edilen dava açma süresinin ne kadar olacağı konusu tartışmalıdır. Genellikle, bu sürenin CPC m.209, f.3'ün kıyasen uygulanmasıyla en fazla üç ay aşamayacağı; uyuşmazlık uzlaşma usulüne tabi ise (bkz.CPC m.197), bu usule başvurulmasına gerek olmadan doğrudan esas hakkındaki davanın açılacağı; yeterli sebep varsa ve dava açma süresi dolmadan talepte bulunulmuşsa sürenin hakim tarafından CPC m.144, f.2 uyarınca uzatılabileceği kabul edilmektedir<sup>24</sup>.

#### *İhtiyati Tedbir Yargılaması ve Ön Tedbirler:*

Tedbir talebi CPC'nin 248 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiş bulunan basit usule göre görüldüğünden, CPC m.253 uyarınca karşı tarafa yazılı veya sözlü olarak cevap verme hakkının tanınması gerekmektedir. Böylece, tedbir yargılaması; tedbir talebi, karşı tarafın cevabı, tarafların duruşmaya davet edilmesi, tedbir duruşması, tedbir kararı aşamalarından oluşmaktadır<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> JdT 2004 III.110.

<sup>21</sup> Bu konu hakkında etraflı bilgi için bkz.Jacques Haldy, agm., sh.147.

<sup>22</sup> Bu durumda, ilgili, yeni vakıaların mevcut olması halinde tekrar tedbir talebinde bulunmalı veya esas hakkındaki davasını açarak bu dava çerçevesinde tedbir talep etmelidir; Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, age., art 263 no 17.

<sup>23</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.263 no 10.

<sup>24</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.340 no 1862 ve 1863; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.263 no 8 ve 11; Jacques Haldy, agm., sh.146. Aksi görüş:Hoffmann/Lüscher, age., sh.169.

<sup>25</sup> F.Hohl, Tome II, sh.341 no 1868.

Ancak, aşırı (çok büyük) ivedilik<sup>26</sup> hallerinde, özellikle karşı tarafın haberdar olması durumunda infazın engellenmesi tehlikesi varsa, mahkeme, talep üzerine, uygun gördüğü tedbirlere derhal, karşı tarafı dinlemeden ve gerektiğinde talep sahibine teminat göstermesini re'sen emrederek, karar verebilir (m.265, f.1). CPC, karşı tarafın savunması alınmadan ittihaz olunan bu tür tedbirleri “ön ihtiyati tedbirler” “*mesures superprovisionnelles*” olarak adlandırmaktadır<sup>27</sup>. Ama bu takdirde mahkemenin ön ihtiyati tedbir kararıyla birlikte tarafları, ivedilikle yapılması gereken bir duruşmaya davet etmesi veya karşı tarafa savunmasını yazılı olarak yapabilmesi için bir süre vermesi lazımdır (bu son ihtimalde karşı tarafın yazılı cevabı, buna karşı bir tavır alabilmesi için tedbir talep edene tebliğ edilmelidir<sup>28</sup>). Karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı bu şekilde yerine geldikten sonra hakim ihtiyati tedbir talebi hakkında yeniden karar verecek ve artık gerçek (klasik, olağan) bir tedbir kararı niteliğini arz eden bu kararında, daha önce ön tedbir olarak kararlaştırdığı tedbirleri teyit edecek, değiştirecek ya da kaldıracaktır<sup>29</sup>. İşte, bizatihi ön ihtiyati tedbir kararına karşı bir üst mahkeme nezdinde kanun yoluna gitmek mümkün olmamakla birlikte (ama ön ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşı kanun yoluna gitmek mümkündür), artık hukuken normal bir tedbir kararı niteliğinde olan bu karara karşı kanun yoluna başvurmak mümkündür<sup>30</sup>. Ön tedbirlerle ilgili olarak şu hususu da belirtmek gerekir ki, ön tedbir talebinde bulunan, karşı tarafın dinlenilme hakkını bertaraf etmek için, harekete geçmekte açıkça gecikmişse, mahkeme ön tedbir talebini reddedebilir<sup>31</sup>.

Tedbir yargılaması sırasında hakimince incelemesi, iddia edilen vakıaların kuvvetle ihtimal dahilinde olup olmadığı, hemen ibraz edilebilir delillerin sunulmuş olup olmadığıyla sınırlıdır; bu çerçevede hakim, hakkın mevcut olup olmadığını ve tedbir talep edenin esas yönünden haklı olup olmadığını basit bir yaklaşımla incelemekle yükümlüdür<sup>32</sup>. Şu halde İsviçre kanun koyucusu ihtiyati tedbirler konusunda yaklaşık ispatı aramış, hakimince iddianın haklılığı konusunda yaklaşık bir kanaate sahip olmasını yeterli addetmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken hakim, tedbir talep eden ile aleyhine tedbir talep edilenin karşılıklı menfaatlerini de tartmalı, yani ted-

<sup>26</sup> Örnekler için bkz. Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.265 no 9.

<sup>27</sup> Kanunda kullanılmış olan “*mesures superprovisionnelles*” terimini Türkçeye “olağanüstü ihtiyati tedbirler” olarak çevirmek mümkün ise de, biz, İsviçre doktrininde bu kavramı ifade etmek için bazı yazarlarca kullanılan “*mesures préprovisionnelles*” teriminden hareketle, “ön ihtiyati tedbirler” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

<sup>28</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.265 no 14.

<sup>29</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, art.265 no 14; Jacques Haldy, agm., sh.145; F.Hohl, age., Tome II, sh.342 no 1871 ve 1872.

<sup>30</sup> Hofmann/Lüscher, age., sh.170; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.265 no 15 ve 16.

<sup>31</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, art.265 no 10.

<sup>32</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1771 ve sh.325 no 1776; Hofmann/Lüscher, age., sh.170; F.Bohnet, age., sh.259.

bir talebinin kabul edilip edilmemesinin taraflar bakımından yaratacağı sakıncaları dikkate almalıdır<sup>33</sup>.

Tedbir kararı veren mahkeme, tedbirin infaz edilmesi için gereken önlemleri de alır (CPC m.267).

#### *Teminat:*

Mahkeme, tedbir talebinde bulunanı, ittihaz olunması istenen tedbir karşı tarafa bir zarar verebilecekse teminat göstermeye mecbur tutabilir (CPC m.264, f.1); bu kural ön tedbir halinde de geçerlidir (CPC m.265, f.3). Teminat konusunda re'sen karar verilebilen ön tedbirler hariç, mahkeme teminata, ancak, aleyhine tedbir istenen tarafın talebi halinde karar verebilecektir<sup>34</sup>; teminat talebi her zaman ileri sürülebilir ve teminat miktarı azaltılıp çoğaltılabilir<sup>35</sup>. Hakim, tedbir kararında, teminatın gösterilmesi için bir süre tayin edebileceği ve bu süre zarfında teminat gösterilmediği takdirde tedbir kararının kalkacağını kararlaştırabileceği gibi, tedbirin icrasını teminatın gösterilmiş olmasına da bağlayabilir<sup>36</sup>.

#### *Kanun Yolları:*

Mahkemenin tedbir talebini kabul eden veya reddeden kararına karşı, uyuşmazlık konusu 10.000.-CHF'in üstünde ise istinaf yoluna gidilebilir (CPC m.308)<sup>37</sup>.

İstinaf yoluna başvurulmuş olması tedbir kararının icrasını ertelemez (CPC m.315, f.4)<sup>38</sup>, fakat istinaf mahkemesi, karşı taraf bu tedbir nedeniyle tamir edilmesi güç olan bir zarara uğrayacaksa, icrayı erteleyebilir (CPC m.315, f.5).

#### *İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası:*

Tedbir talep eden haksız çıktığı takdirde, haksız ihtiyati tedbirin neden olduğu zarardan sorumludur<sup>39</sup>. Bu bağlamda haksız fiile ilişkin hükümler kıyasen uygulanır ve bu konudaki dava, müddeabihin miktar veya değerine göre basit veya

<sup>33</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1772 ve sh.326 no 1780 ve 1781; F.Bohnet, age., sh.260.

<sup>34</sup> Yalnız, bazı yazarlar (örneğin Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 3) karşı tarafın talebi olmasa bile mahkemenin teminat gösterilmesine karar verebileceği görüşündedirler.

<sup>35</sup> F.Hohl, Tome II, sh.342 no 1874; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 4.

<sup>36</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 7 ve art.265 no 20.

<sup>37</sup> 10.000.-CHF'in altındaki uyuşmazlıklarda ise "recours limite au droit" yoluna gidilebilir. "Recours limité au droit" hakkında etraflı bilgi için bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.443 no 2445 vd.

<sup>38</sup> Kanun koyucunun neden bu çözümü tercih ettiği hakkında bkz. Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/ Tappy, age., art.315 no 12.

<sup>39</sup> Doktrinde CPC m.264, f.2'nin öngördüğü zararın maddi zarar olduğu, manevi zararın bu madde kapsamında mütalaa edilemeyeceği, ancak İsviçre Borçlar Kanununun 41 vd. hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmektedir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 17.



adi usulde görülen bağımsız bir davadır<sup>40</sup>. Ama, talep sahibi tedbiri iyi niyetle talep ettiğini ispat ederse, mahkeme tazminat miktarını indirebilir veya tazminata hiç hükmetmeyebilir (m.264, f.2). Tedbir talebinin yapıldığı sırada objektif olarak haklı görünen bir tedbir, talep sahibinin iyi niyetli sayılması sonucunu doğurur<sup>41</sup>.

Gösterilen teminat, herhangi bir tazminat davası açılmayacağı ortaya çıktığı zaman iade edilir; tazminat davası açılıp açılmayacağı konusunda belirsizlik varsa, mahkeme bu davanın açılması için bir süre verir ve bu süre zarfında tazminat davası açılmazsa teminat iade edilir (CPC m.264, f.3), ama CPC m.265 ve İsviçre Borçlar Kanunu m.41 vd. uyarınca açılacak tazminat davası açma hakkı saklı kalır<sup>42</sup>. Tazminat davası konusunda yetkili mahkeme CPC m.73'de düzenlenmiş olup, bu mahkeme davalının yerleşim yeri veya tedbirlerin emredildiği yer mahkemesidir.

#### *Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması:*

Mahkemenin kararlaştırdığı tedbirler değiştirilebilir veya kaldırılabilir; ancak bunun için tedbirin haksız olduğunun sonradan anlaşılması veya durum ve koşullarda değişiklik olması lazımdır (CPC m.268, f.1). Tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması için kural olarak taraflardan birinin talebi lazımdır; mahkeme esas hakkında karar verdikten sonra, artık, yargılama sırasında vermiş bulunduğu tedbir kararını değiştirmek veya kaldırmak konusundaki yetkisini kaybeder; bu takdirde, duruma göre, ancak istinaf mahkemesi benzer şekilde tedbir kararı alabilecektir<sup>43</sup>.

Esas hakkındaki davada verilen nihai kararın icrai kabiliyet<sup>44</sup> kazanmasıyla, bu nihai kararlar dava tamamen veya kısmen kabul edilmiş ya da reddedilmiş olsun, tedbir kalkar<sup>45</sup> (CPC m.268, f.2, c.1). Ama mahkeme, kararın infazı için gerekli ise veya kanun öyle öngörüyorsa, tedbirin devamına karar verebilir (CPC m.268, f.2, c.2), örneğin tapu sicilindeki devir sınırlamasını esasa ilişkin karar uyarınca gerekli kaydın gerçekleştirilmesine kadar uzatabilir<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Hofmann/Lüscher, age., sh.171.

<sup>41</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.343 no 1875; Jacques Haldy, agm., sh.145; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 13.

<sup>42</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 10.

<sup>43</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.268 no 7 ve 10.

<sup>44</sup> CPC'de kullanılmış olan Fransızca terim "*entrée en force*" olup, bununla şekli ve maddi anlamda kesinliğin kastedildiği düşünülebilir ise de, doktrinde "*entrée en force*" halinin nihai karara karşı başvurulabilecek kanun yoluna göre değiştiğine, örneğin istinaf yoluna başvurulmasının kesin hükmün oluşmasını ve icra kabiliyetini erteleyici etki yaptığına işaret edilmektedir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.269 no 13. Ayrıca bkz.KamilYıldırım, Hukuk Devletinin Ge- reği: İstinaf, İstanbul 2000, sh.36-37.

<sup>45</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.269 no 12.

<sup>46</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.344 no 1885; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.269 no 15.

### *Medya Hakkında İhtiyati Tedbir:*

İsviçre kanun koyucusu, İsviçre Medeni Kanununun (radyo, televizyon, yazılı basın gibi) medya organları hakkında tedbir kararı verilmesine ilişkin 28c maddesinin 3.fıkrasını ilga ederek, konuya ilişkin düzenlemeyi CPC'nin ihtiyati tedbirlere ilişkin kısmında yapmayı uygun görmüş ve bu konuda, 266.maddede bazı hükümler sevk etmiştir<sup>47</sup>. Ama bu hükümlerin uygulanabilmesi için süreli yayın yapan bir medya organının yayınının söz konusu olması lazımdır. Mahkeme süreli nitelikte yayın yapan medya hakkında, ancak, ihlal çok yakın ve özel ağırlık içeren bir ihlal ise, bu ihlal açık olarak haklı değilse ve tedbir orantısız görünmüyorsa, tedbir kararı verilecektir. Görüleceği gibi, burada aranan şartlar, genel olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi için aranan şartlara (CPC m.261) göre daha ağırdır. Bunu anlamak mümkündür, çünkü, aksi takdirde, İsviçre Anayasasının 17.maddesi tarafından garanti edilmiş bulunan basın özgürlüğü kolaylıkla ihlal edilebileceği gibi, medya yasaklanan bilgiyi hemen yayınlamadığı takdirde bu bilgi bütün güncelliğini ve yararını kaybedebilecektir<sup>48</sup>. Hatta ihlalin özellikle önemli bir zarar doğurmaya elverişli olmasını ve gerekçesinin de aşık bir şekilde açıklanamamasını aramak suretiyle kanun koyucunun, ihtiyati tedbirler alanında geçerli olan yaklaşık ispat-tan, medyaya yönelik ihtiyati tedbirler söz konusu olduğunda vazgeçtiğini ve tam ispatı şart kıldığını ileri sürenler de olmuştur<sup>49</sup>.

### *Koruyucu Layiha (Koruyucu Dilekçe):*

İsviçre hukukundaki ihtiyati tedbir düzenlemesiyle ilgili olarak, Kanunun “*mémoire préventif*” (Schutzschrift; memoria defensiva) terimiyle adlandırdığı ve Türkçeye “koruyucu (önleyici) layiha” şeklinde tercüme edebileceğimiz yeni bir kavrama da değinmek gerekmektedir.Daha önce özellikle ticaret mahkemesi bulunan bazı kantonlarda uygulamada kabul edilen bu yöntem, kendisi dinlenmeden bir ön tedbir (“*mesure superprovisionnelle*” kararı verilebileceğinden endişe eden kişilerin korunmasına yöneliktir.

CPC m.270, f.1'e göre, aleyhine, kendisi dinlenmeden, bir ön tedbir veya Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanunun 271. vd. maddelerine göre ihtiyati haciz ya da başka herhangi bir tedbir kararı verilebileceğini düşünmek için bir nedeni olan herkes, daha böyle bir talep ileri sürülmeden, koruyucu layiha verebilecektir. Burada, adeta, daha talep sahibi ivedi ön tedbir talebini mahkeme nezdinde ileri sürmeden, (aleyhine tedbir istenebileceğini düşünen) karşı tarafın koruyucu bir önlem olarak mahkemeye tevdi ettiği ve tedbir talebi ileri sürüldüğü zaman mahkemenin, aleyhine tedbir istenen tarafın da argümanlarını inceleyerek

<sup>47</sup> Medyaya yönelik ihtiyati tedbirler hakkında etraflı bilgi için, bkz. özellikle Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.266 no 2 vd.

<sup>48</sup> F.Hohl, Tome II, sh.338 no 1851; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.266 no 4.

<sup>49</sup> Örneğin F.Hohl, age., Tome II, sh.338 no 1852.

değerlendirmesine imkan sağlayan bir cevap dilekçesi söz konusudur<sup>50</sup>. Bu dilekçesinde aleyhine tedbir kararı verilmesinden endişe eden karşı taraf, tedbir kararı verilmesine veya en azından kendisi önceden dinlenmeden böyle bir karar ittihaz edilmesine engel olan gerekçeleri sunacaktır. Koruyucu layiha özellikle fikri haklar ve haksız rekabet alanında önem taşımaktadır<sup>51</sup>.

Koruyucu layiha, tedbir kararı verebileceği düşünülen her mahkemeye tevdi edilebilir; mahkeme bu aşamada dilekçenin (görev ve yetki de dahil)<sup>52</sup> incelenmesine girişemez. Söz konusu dilekçe, tedbir isteyebilecek olan tarafa ancak bir ön tedbir talebinde bulunduğu zaman tebliğ edilir (CPC m.270, f.2); bundan önce tebliğ edilemez. Şu halde, İsviçre'de mahkemelerin, organizasyonlarını bu yeni yönteme uyacak şekilde gözden geçirmeleri gerekmektedir; çünkü bir tedbir veya ön tedbir kararı vermeden önce dosyalarında karşı tarafça verilmiş bir koruyucu layiha bulunup bulunmadığını araştırmaları lazımdır<sup>53</sup>.

Koruyucu layiha, Mahkemeye tevdi edilmesinden 6 ay sonra geçersiz hale gelir (CPC m.270, f.3) ve tevdi edene iade edilir<sup>54</sup>. İlgilinin yeni bir koruyucu dilekçe vererek tekrar 6 aylık süreden yararlanabilmesi mümkün görülmektedir<sup>55</sup>.

Görülebileceği üzere, temel ilkeler düzeyinde, CPC'de kabul edilen kurallar Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemeye oldukça yakındır. Müşahade edilen ve daha ziyade tedbir usulüne ilişkin olan farklar ise, İsviçre ile Türkiye'nin medeni usul hukuku alanında farklı bir tarihsel ve kültürel geçmişe sahip olmalarıyla açıklanabilir.

<sup>50</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.345 no 1888; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.270 no 4 ve 8.

<sup>51</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.344 no 1888; Hofmann/Lüscher, age., sh.172.

<sup>52</sup> Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.270 no 13.

<sup>53</sup> Hofmann/Lüscher, age., sh.172-173; Louis Gaillard, "Quelques institutions juridiques nouvelles", in *Le Code de procédure civile, Aspects choisis*, Schultess Editions romandes, Genève-Zurich-Bale 2011, sh.169 [yazar, koruyucu dilekçeyi incelemek için gerekli organizasyonu yapmayan ve bu nedenle, aleyhine tedbir istenen tarafı dinlemeden haksız yere ön tedbir kararı veren veya yetersiz teminat gösterilmesini isteyen mahkemenin bu fiilinin Devletin sorumluluğuna yol açacağına işaret etmektedir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy de (age., art.270 no 16) aynı görüştedir].

<sup>54</sup> F.Hohl, age., Tome II, sh.344 no 1891; Louis Gaillard, agm., sh.169 [yazara göre, mahkeme koruyucu dilekçeyi dilerse sahibine iade eder, dilerse arşivinde saklar ve hatta dilerse imha edebilir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy de (age., art.270 no 16) aynı görüştedir].

<sup>55</sup> Louis Gaillard, agm., sh.170. Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy'ye (age., art.270 no 17) göre buna gerek olmayıp, ilgilinin, 6 aylık sürenin dolmasından önce, koruyucu dilekçenin geçerliliğinin uzatılmasını isteyebilmesi mümkün olmalıdır; bir öncekinin aynı olan yeni bir koruyucu dilekçenin verilmesini şart kılmanın bir anlamı yoktur.



## VERGİ USUL KANUNU MADDE 10: *OLGU VE DİL*

### *(Article 10 of the Tax Procedure Code: The fact and legal language)*

Nihal SABAN\*

#### ÖZET

Kanuni temsilcilerin şirketlerin vergi borçlarından doğan sorumluluğu Vergi Usul Kanunu Madde 10'da belirlenmiştir. Maddenin okunmasında bazı problemler vardır. Çünkü sorumluluk kriterleri yasa koyucu tarafından tanımlanmıştır fakat maddenin yorumu Gelir İdaresi ve Danıştay tarafından yapılmaktadır. Dava olgularında başvurulacak yasal dilin yorumu ve anlamı konusunda genel bir teori yoktur. Bununla birlikte yirminci yüzyılın en büyük filozofu Ludwig Wittgenstein dünya-düşünce-dil arasındaki ilişkilerde yeni bir anlayış getirmiş ve analizini Tractatus Logico-Philosophicus ve Felsefi Soruşturmalar'da geliştirmiştir. Bu makale vergi hukukunda olgu ve dil kavramları arasındaki ilişkiyi Wittgenstein'in felsefi çalışmalarıyla tartışmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu, Yorum, Olgu, Dil.

#### *Abstract*

The liability of legal representatives arising from tax debts of companies is determined by Article 10 of the Tax Procedure Code. The reading of the article has some problems because whereas the criteria of liability is defined by the parliament, the provision is interpreted by the Revenue Administration and the Council of State. There is no general theory of the meaning and interpretation of legal language applying to the facts of a case. But still Ludwig Wittgenstein, the greatest philosopher of the 20th century, provided new insights into the relations between world, thought and language and developed his analysis in Tractatus Logico-Philosophicus and *Philosophical Investigations*. This article discusses the relation between the fact and legal language in the tax law by means of the philosophical works of Wittgenstein.

**Keywords:** Tax liability of legal representative, Interpretation, Fact, Language.

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I. Giriş

Vergi Usul Kanunu Madde 10, vergi hukukunda, anlaşılabilir biçimde, işlerliği sağlanamayan maddelerden biri olma özelliğini korumaktadır. Problem, yasa koyucunun tanımladığı olgunun, yürütme ve yargı tarafından farklı okunmasından kaynaklanmaktadır. Belki de bu yasa maddesinin *-olgu ve dilinin-* dünden bugüne, art alanına bakmak, yeniden düşünme ve yeni bir görme/gösterme alanı için elverişli olacaktır<sup>1</sup>.

## II. Olgular ve dil

### 1. Wittgenstein

Yirminci yüzyılın “en büyük” filozofu olarak nitelendirilen Wittgenstein’in<sup>2</sup>

<sup>1</sup> a) Bu çalışmanın ilk biçimi; Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından, 9 Mart 2012, Ankara’da ortaklaşa düzenlenen, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30.yılında idari yargı konulu Sempozyumun Vergi Yargısına ayrılmış olan III. Oturumunda “30. Yılında vergi yargısına genel bakış” başlığı altında sunulmuştur (yayınlanmamıştır). Kavram farklılaştırmasıyla, vergi incelemesi-Mükellef Hakları Bildirgesi, ikinci biçimi; Trakya Üniversitesi ve Akdeniz Üniversitesi tarafından, ortaklaşa düzenlenen 4 th National and International Student Conference on Governance Fraud Ethics and Social Responsibility Alanya Antalya Turkey April 3-7, 2012 konulu konferansta, “Reorganising Tax Auditing: An Evaluation for Tax Payer’s Rights” başlığı altında sunulmuştur (yayınlanacak). Bu üzerinde üçüncü çalışmadır.

b) Çok ilginç bulduğum için okumaya başladığım ve Wittgenstein’in eserlerinden ödünç kavramlarla kurulmaya çalışılan bu yazının, bir felsefe çalışması olduğu asla düşünülmemelidir. Vergi hukukundaki kavramların kendimi ifade edememesi nedeniyle başladığım kavram arama yolculuğunun (Hasan Ünal NALBANTOĞLU’nun muhteşem yazılarıyla bir iz sürme olarak başlamıştı, akademyanın bu büyük kaybını, saygıyla anıyorum) bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

c) Bu okumaları yaptığım süreçte, Louis E. Wolcher, “How Legal Language Works” ve George Lazaroiu, “The Legal Implications of Wittgenstein’s Treatment of Rule-Following in Philosophical Investigations” adlı makaleleri göndererek Wittgenstein’in teorilerinin hukuk boyutunu görmemde çok büyük katkısı olan; Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü öğretim üyesi, Sevgili Yrd.Doç.Dr.Eda Özdiler’e içten teşekkür borçluyum.

d) Bu çalışmayı okuyarak ve anlaşılabilir olduğunu söyleyerek moralimi düzelten Anabilim Dalımızdan Sevgili Ar.Gör.Dr.Selçuk Özgenç’e teşekkür borçluyum.

<sup>2</sup> “Ludwig Wittgenstein’in, 20.yüzyıl felsefesinde kapladığı yer eşsiz olduğu için onu olağan felsefe sınıflamalarına sokmak zordur. Bu sınıflama işini zorlaştıran, her şeyden önce düşüncesinin sıra dışılığı, felsefi önerilerinin köktenci doğası ve bunların anlatımına kazandırdığı deneysel biçimdir. Bu zorluk, felsefeye karmaşık koşullardan ulaşmasıyla daha da büyümüş, bu, bazı yorumcuların onu Frege, Russell ve Moore ile, Viyana Çevresi, Oxford Dil Felsefesi ve bir bütün olarak felsefe içindeki çözümleyici gelenekle birleştirmelerini mantıklı kılarken başkalarının onu Schopenhauer veya Kierkegaard ile, Deerrida, Zen Budizmi veya avangard sanatla birleştirmesine neden olmuştur. Bunlara, kültürel açıdan ses getiren bir arka planı, (en azından çağdaş bir felsefeci için) sıra dışı bir yaşamı ve güçlü ama çalkantılı bir kişiliği ekleyin; bu zorluk tablosu tamamlanır. Bazılarına her şeyden önce teknik bir düşünür olarak görünebilir, ama başkaları için ilkin ve en çok ilginç biyografik bir özne, kültürel bir ikon veya asrın entelektüel yaşamında örnek bir figür olacaktır. Wittgenstein’a duyduğumuz hayranlık, öyle görünüyor ki, gerçekten kim olduğu ve yapıtlarının neyi temsil ettiği konusundaki şaşkınlığımızın bir işlevidir.” Hans Sluga, “Ludwig Wittgenstein, Yaşamı ve Yapıtları”, Cogito, Wittgenstein: Sessizliğin Grameri, Yapı Kredi Yayınlar-Üç aylık düşünce dergisi-Sayı 33- Güz 2002 Özel sayı (Dergiye atf şekli: COGİTO), 11.

felsefesi, felsefeciler tarafından iki ayrı döneme ayrılmaktadır<sup>3</sup>. Birinci dönemin temel yapıtı Tractatus Logico-Philosophicus (Tractatus)<sup>4</sup>, ikinci dönemi simgeleyen Felsefi Soruşturmalar (Philosophische Untersuchungen)<sup>5</sup> olarak kabul edilmektedir.

### a) Tractatus Logico-Philosophicus: “Dünya olguların toplamıdır”

Wittgenstein, Tractatus'ta, dilin gerçekliğin bir aynası olduğu iddiasının temel eksenini olan bir “resim teorisi” geliştirmiştir<sup>6</sup>. Dil (düşünce) ve dünya (gerçeklik) ortak bir mantıksal biçimi paylaşan paralel yapılar olarak sergilenirken; dünyanın yapısı, dilin mantıksal yapısında yansır<sup>7</sup>.

Dünya olguların toplamıdır, şeylerin değil<sup>8</sup>. Bu dünya, yaklaşık eş anlamda kullanılan, “durum”, “şey durumu”, “olgu” sözleriyle dile getirilen bu yapıcı öğelerden oluşur<sup>9</sup>. Ama bu öğeler de bileşiktir; onların en yalın ögesi “şey”dir, “obje”dir<sup>10</sup>. Nesne (obje), dünyanın yalın yapıtaşıdır<sup>11</sup>. Ancak bu “şey”ler tek başlarına bulunmazlar, tersine “şey-durumu” içinde yer alırlar<sup>12</sup>. Olduğu gibi olan, olgu, olgu bağlamlarının öyle varolmasıdır<sup>13</sup>. “Olgu bağlamı, nesnelerin (olanların, şeylerin) bir bağlantısıdır<sup>14</sup>. Olgunun yapısı, olgu bağlamlarının yapılarından oluşur<sup>15</sup>. Olguların içerik bakımından birbirleri ile bağlantılarını sağlayan, nesnel arasındaki bağlantılardır<sup>16</sup>. Bu durum, olgusal bağlantının bir nesnel bağlantı olduğunu gösterir<sup>17</sup>.

Wittgenstein, nasıl “olgular hepsi birden dünyadır” demişse, buna koşut olarak “cümleler hepsi birden dildir” diyor<sup>18</sup>. Dünyanın yapısını çözümlenmeye olgulardan başlarken, dilin yapısını da çözümlenmeye de cümleden başlayacaktır<sup>19</sup>. Tümce, gerçekliğin bir tasarımıdır<sup>20</sup>. Tümce ancak gerçekliğin bir tasarımı olabilmesiyle,

<sup>3</sup> Ömer Naci Soykan, “Wittgenstein Felsefesi, Temel Kavram ve Sorunlar”, COGİTO, 40.

<sup>4</sup> Ludwig Wittgenstein, Tractatus Logico-Philosophicus (Tractatus- TLP) Çeviren: Oruç Aruoba, Metis Yayınları, Altıncı Basım, İstanbul Haziran 2011.

<sup>5</sup> Ludwig Wittgenstein, Felsefi Soruşturmalar (Philosophische Untersuchungen-FS), Çeviren: Haluk Barışcan, Metis Yayınları, İkinci Basım, İstanbul Kasım 2010.

<sup>6</sup> Ali Utku, Ludwig Wittgenstein Erken Döneminde Dilin Sınırları ve Felsefe, DoğuBatı Yayınları, Mart 2009, 27.

<sup>7</sup> Utku, 27.

<sup>8</sup> Wittgenstein, TLP, 1.1.

<sup>9</sup> Soykan, 41.

<sup>10</sup> Soykan, 41.

<sup>11</sup> Soykan, 41.

<sup>12</sup> Soykan, 41.

<sup>13</sup> Wittgenstein, TLP, 2.

<sup>14</sup> Wittgenstein, TLP, 2.01.

<sup>15</sup> Wittgenstein, TLP, 2034.

<sup>16</sup> Utku, 41.

<sup>17</sup> Utku, 42.

<sup>18</sup> Soykan, 46.

<sup>19</sup> Soykan, 46.

<sup>20</sup> Wittgenstein, TLP, 4.01.

doğru ya da yanlış olabilir<sup>21</sup>. Yaptığımız resimler, ait oldukları nesnelere, yani şey-durumlarına uyarsa resim doğru bir resimdir, yani cümle doğrudur, uymazsa yanlıştır; o zaman resim var olmayan bir şey-durumunun resmi olur<sup>22</sup>. Bilgi, bilim adına ne varsa hepsi bu resimlerdir.”<sup>23</sup>.

### b) Philosophische Untersuchungen: “Dili yaşam biçimi belirler”

Felsefi Soruşturmalar, asıl olarak, Tractatus'taki ana fikirlerin çeşitli somut sorunlara uygulanışını içermektedir; aradaki tek fark, Tractatus'un teorik zeminini oluşturan doğa bilimlerinin dilinin yerine dil oyunlarının kullanılmasıdır<sup>24</sup>.

Dildeki sözcükler nesnelere adlandırır- tümceler böyle adlandırılışın bağlantılarıdır. Dilin bu resminde şu fikrin köklerini buluruz: Her sözcüğün bir karşılığı vardır. Bu karşılık sözcüğe eklenmiştir; sözcüğün yerini tuttuğu nesnedir<sup>25</sup>.

Dilin kullanımının pratiğinde, taraflardan biri sözcükleri yüksek sesle söyler, diğeri buna göre eylemde bulunur<sup>26</sup>. *Dil-oyunu*, dilin *konuşulmasının* bir etkinliği ya da bir yaşam biçiminin bir parçası olduğunu belirgin kılmalıdır. Ayrıca dil ve dilin iç içe örülü olduğu etkinlikler bütününe de “*dil- oyunu*” der<sup>27</sup>. Dil- oyunlarının çeşitliliğine şu örnekleri vermektedir: emretmek ve emir uyarınca eylemde bulunmak-bir olay hakkında tahminler yürütmek-bir öykü uydurmak; bunu okumak gibi<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Wittgenstein, TLP, 4.06.

<sup>22</sup> Soykan, 46.

<sup>23</sup> Soykan, 43.

<sup>24</sup> Paul Feyerabend, Wittgenstein'in *Felsefi Araştırmalar*'ı, COĞİTO,187.

<sup>25</sup> Wittgenstein, FS, 1: “Onlar (büyüklerim) bir nesnenin adını anarak ona doğru yönelirken, bunu fark edip, bu nesnenin- işaret etmek istedikleri o olduğu için- çıkardıkları seslerle imlendiğini kavradım. Ancak bunu hareketlerinden, bütün halkların doğal dilinden, ruhun bir şeyi arzuladığı ya da sahiplendiği ya da reddettiği ya da bir şeyden kaçtığı sıradaki duyularını, mimiklerle ve göz oyunları, uzuvların hareketleriyle ve ses tonuyla açığa vuran dilden çıkardım. Böylece, çeşitli tümceler içerisinde belirli yerlerdeki söylenişlerini tekrar tekrar işittiğim sözcüklerin hangi nesnelere imlendiğini anlamayı yavaş yavaş öğrendim. Ve ağız bu imlere alıştıktan sonra da, isteklerimi bunlar aracılığıyla ifade etmeye başladım.”( Augustinus, İtiraf, 1/8).

<sup>26</sup> Wittgenstein, FS, 2: “... Augustinus'un betimlemesine uygun bir dil düşünelim: Bu dil inşaat ustası A ile kalfası B'nin anlaşmalarına yarayacak olsun. A, yapı taşları kullanarak bir bina yapmaktadır. Yapı taşları olarak da küpler, sütunlar, plakalar ve kirişler vardır. B'nin görevi, taşları A'ya, onun ihtiyaç duyduğu sırayla vermektir. Bu amaçla “küp”, “sütun”, “plaka”, “kiriş” sözcüklerinden oluşan bir dilden yararlanırlar. A bunları yüksek sesle söyler; -B, bu sesleniş duyduğunda getirmesi gerektiğini öğrenmiş olduğu taş hangisiyse onu getirir...”.

<sup>27</sup> Wittgenstein, FS, 7.

<sup>28</sup> Wittgenstein, FS, 23.



Sözcükleri, cümleler; harf, renk<sup>29</sup>, formül,<sup>30</sup> müzik<sup>31</sup>, okumak bazen de bir jest<sup>32</sup> biçiminde ve anlaşılmalrı da onlar üzerinden olabilir. İster sözel olsun, ister trafik işaretleri gibi renk, çizgi ve resimlerle olsun, kullanım dolayısıyla anlaşma daima kültürel uzlaşma dayanır. Kültürel uzlaşım yaşam ortaklığıyla sağlanır<sup>33</sup>. Bir dil tasavvur etmek, bir yaşama biçimi tasavvur etmek demektir<sup>34</sup>.

Doğru ve yanlış olan insanların söyledikleridir; ve insanlar birbirleriyle dilde uyuşurlar. Bu fikirlerin değil, yaşam biçiminin uyuşmasıdır<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Wittgenstein, "I,1. Bir dil oyunu: belirli bir cismin diğerinden daha mı aydınlık yoksa daha mı karanlık olduğu üzerine bilgi ver/mek.- Fakat burada buna yakın bir önerme durur: belirli renk derecelerinin aydınlıklarının bağlantıları üzerine bilgi ver/mek. (Şununla karşılaştır: iki çubuk uzunluğundaki bağlantıyı belirlemek.) –İki dil oyununda da önermelerin biçimi aynıdır: "X, Y'den daha aydınlıktır". Fakat birincisinde bu dışsal bir bağlantıdır ve önerme zamansaldır, ikincisinde bu içsel bağlantıdır ve önerme zamansızdır. "

III, 131. Bir dil oyunu: Cisimlerin büyük aydınlığı ya da karanlıklığı üzerine bilgi ver/mek. Fakat şimdi buna *yakın bir önerme* var: belirli renklerin aydınlıkları arasındaki ilişki üzerine bilgi ver/mek. (Karşılaştırılacak: Verili iki çubuğun uzunluk ilişkisi-verili iki sayının ilişkisi.) Önermelerin biçimi her ikisinde de aynıdır ("X,Y'den daha aydınlıktır"). Fakat ilk dil oyununda bu zamansaldır, ikincisinde zamansal değildir." Ludwig Wittgenstein, Renkler Üzerine Notlar –Almanca&İngilizce Bakışlı Metin, Çeviri: Ahmet Sarı, Salkımsöğüt Yayınları, Ankara 2007.

<sup>30</sup> " $X^2 = -I$  denkleminin çözümünün  $\pm \sqrt{-I}$  olduğunu söyleriz. Bir zamanlar bu denklemin çözümünün olmadığı söylenirdi. Şimdi; bu ifade, bize çözümleri söyleyen ifade ile uzlaşın uzlaşmasın, elbette çokluğuna sahip değildir. Ne var ki, bir  $X^2 + ax + b=0$  denkleminin çözümünün olmadığını ama  $\beta$  olan en yakın çözüme yaklaşan bir  $\alpha$  değerinin olduğunu söyleyerek, ona bu çokluğu kolayca kazandırabiliriz. Bunun gibi, "bir doğru her zaman bir çemberi keser; bazen gerçek, bazen karmaşık noktalarda" ya da "bir doğru ya bir çemberi keser ya da kesmeyen bir  $\alpha$  doğrusudur" diyebiliriz. Bu iki ifade tamamen aynı anlama gelir. Bunlar, birinin nasıl bakmak istediğine göre az ya da çok tatmin edici olacaktır. Biri kesişme ile kesişmeme arasındaki farkı mümkün olduğunca önemsiz hale getirmek isteyebilir. Diğer yandan, bu farkı vurgulamak isteyebilir; bu kişinin belli pratik amaçlar bu eğilimlerin ikisini de haklı kılabilir. Ama bu ifade biçimlerinin birini diğerine tercih etmesinin sebebi bu olmayabilir de. Hangi biçimi tercih ettiği, ve bir tercihinin olup olmadığı, çoğu zaman düşünmesinin genel, derine kök salmış eğilimlerine bağlıdır." Ludwig Wittgenstein, Mavi Kitap Kahverengi Kitap, Çeviren: Doğan Şahiner, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, Şubat 2011, Mavi Kitap,34.

<sup>31</sup> "Schubert'in melodilerinin doruklarla dolu olduğu söylenebilir, ama Mozart için bu söylenemez; Schubert baroktur. Bir Schubert melodisinde belli yerlere dikkat çekilip şöyle söylenebilir: bak, melodinin ana fikri bu, bu düşünce burada bir doruğa ulaşıyor.

Farklı bestecilerin melodilerine şu ilke uygulanarak yaklaşılabilir: her ağaç türü, sözcüğün farklı bir anlamında "ağaç"tır. Yani bunların hepsine melodi denmesi seni yanıltmasın. Bunlar, melodi demeyeceğin bir şeyden yine melodi demeyeceğin başka bir şeye giden yol üstündeki adımlardır. Sadece nota ardışıklarına ve ton değişimlerine bakarsan, bütün bu yapılar elbette aynı düzeyde görünür. Ama bunların yer aldığı etki alanına (ve dolayısıyla bunların anlamına) bakarsan, şöyle söylemeye eğilim duyarsın: Burada melodi şuradakinden çok farklı bir şey (başka şeylerin yanı sıra, burada farklı bir kökeni var, farklı bir rol oynuyor).", Ludwig Wittgenstein, Kesinlik Üstüne +Kültür ve Değer, Çeviren: Doğan Şahiner, Metis Yayınları, Kasım 2009, İstanbul, Kültür ve Değer, 177, 178.

<sup>32</sup> "Çince jestleri Çince cümlelerden daha iyi anlayamayız", Ludwig Wittgenstein, Zettel, Türkçeleştiren: Doğan Şahiner, Nisan Yayınları, Ocak 2004, İstanbul, 219.

<sup>33</sup> Soykan, 56.

<sup>34</sup> Wittgenstein, FS, 19.

<sup>35</sup> Wittgenstein, FS, 241.

## 2. Vergi Usul Kanunu Madde- 10

Sosyal bilimlerde<sup>36</sup>, kural, değer ve normlar insan eylemlerini yönlendiren nedenler, motifleri<sup>37</sup>, anlamlı kılan şeyleri *anlamak* gerekir<sup>38</sup>. Bu gerçekliği anlamak için başvurulacak en önemli kaynak yazılı yapıtlardır<sup>39</sup>.

O halde, Vergi Usul Kanunu 10 uncu madde ile ilgili yazılı kaynaklara bakalım: Kanuni temsilcilerin ödevinin düzenlendiği yasa maddesi<sup>40</sup> ve Mehazı Alman

<sup>36</sup> “Pozitivist gelenek *sosyal bilimleri* kullanır, Hermeneutik gelenekte *tin bilimleri*, Yeni Kantçı gelenekte *kültür bilimleri*, Marksist gelenekte *tarih bilimleri* adıyla karşılanır”, Doğan Özlem, Bilim Felsefesi, Notos Kitap Yayınevi, İstanbul 2010, 106.

<sup>37</sup> Özlem, 110.

<sup>38</sup> a) Özlem, 111.

b) “Kıta Avrupasındaki rasyonalist-idealist felsefe geleneği ile Anglosakson ülkelerindeki empirist-pragmatist felsefe geleneğinin çatıştığı görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, tarih toplum bilimlerinin temellendirilmesi konusunda birbiriyle çatışan iki filozof tipiyle karşılaşmaktayız: 1. Doğa bilimleri ile tarih bilimleri arasında kökten ayrılıklar olmadığını, her iki gruptaki bilimlerin de ana amaçlarının konularını açıklamak olduğunu ileri süren *açıklamacı filozoflar*, 2. Tarih toplum bilimlerinde araştırma konusunun doğal olgulardan farklı özellikleri bulunduğunu, araştırma konusunun doğal olgular değil, “anlam”ların (değerler, fikirler, inançlar, ideolojiler vd.) güdümünden ortaya çıkan tinsel olgular olduğunu ve bu olguların açıklanmaktan çok, anlaşılması gerektiğini savunan *anlamacı filozoflar*” Özlem, 107.

c) “Dilthey’a göre, insanların doğal durumdan toplumsal duruma geçtikleri aşamadan bu yana, insanlar kendi koydukları kural, değer ve normlardan örülü bir çevrede yaşamakta; kendi yaratıları olan bu kural, değer ve normlar, sonradan yine insan eylemlerini belirleyen neden ve motifler olmaktadır. Hatta Dilthey’a göre, insanlar kendi yaratıları olan bu “tinsellik’e öylesine gömülürler ki, bu “tinsellik” onların tüm yaşam tarzlarını ve evrene bakış biçimlerini de belirler. Bu “tinsellik” kuşkusuz tarihin ürünüdür ve hatta bizzat “tarihselliktir”tir. Dilthey için insan, işte bu “tarihsellik” içinde “tutuklu”dur.” Özlem, 111.

<sup>39</sup> Özlem, 194.

<sup>40</sup> a) 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu (Kabul tarihi: 7.6.1949, Yayımlı Tarihi: 15.6.1949-Akif Erginay, Türkiye Cumhuriyeti Dönemi Vergi Resim ve Harç Kanunları 1920-1977, Kanun 4700-2026, 870).

Kanuni temsilcilerin ödevi Madde 10- Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir. Bu ödevlerin, münhasıran kanuni temsilcilerin kasıt ve ihmalleriyle dolayı yerine getirilmemesi yüzünden mükellefin varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi alacakları kanuni temsilcilerden alınır.

Bu hüküm Türkiye’de bulunmayan mükelleflerin Türkiye’deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Temsilciler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler.

b) 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (RG: 10.1.1961,10703).

Kanuni temsilcilerin ödevi Madde 10- Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi alacakları kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye’de bulunmayan mükelleflerin Türkiye’deki temsilcileri hakkında da uygulanır.

Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler.

Vergi Usul Kanunu <sup>41</sup>, vergi idaresi tarafından yasa maddesine dayalı yapılan uygulamalar ve hukuki anlaşmazlıkların yargıya taşınması sonucunda oluşan içtihadlar. Peki, olgu ve dil ile bağlantısını nasıl kuracağız? Önce kararları okuyalım.

## a) Danıştay

### aa) Onbirinci Daire

“9.2.1956 tarihinde şirketin kuruluşundan itibaren 90 gün içerisinde şirketin kanuni temsilciliğini yapmış olanlar şirketin damga resmi borcundan dolayı sorumlu iseler de bu kimselerin müşterek sorumlulukları nazara alınmaksızın yalnız davacı adına tanzim edilen ödeme emri ile borcun tamamının davacıdan istenmesinde ve bu yolda tanzim edilen ödeme emrinin onanmasında gerek 5432, gerekse

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz.

a)3505 sayılı yasa ile yapılan değişiklik (RG: 10.12.1988, 20015).

Kanuni temsilcilerin ödevi Madde 10- Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye’de bulunmayan mükelleflerin Türkiye’deki temsilcileri hakkında da uygulanır.

Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler.

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz.

<sup>41</sup> The Fiscal Code of Germany (Abgabenordnung): a)Section 34 Obligations of legal representatives and asset managers

(1) The legal representatives of natural and legal persons, and the managing directors of associations of persons and conglomerations of assets without legal capacity shall fulfil the tax obligations of these entities. In particular, they shall ensure that taxes are paid from the funds they manage.

(2) To the extent that associations of persons without legal capacity do not have a managing director, their members or partners shall fulfil the duties within the meaning of subsection (1) above. Any member or partner may be held liable by the revenue authority. The first and second sentences above shall apply to conglomerations of assets without legal capacity subject to the proviso that the persons entitled to the assets fulfil the tax obligations.

(3) Where persons other than the owners of the assets or their legal representatives are responsible for asset management, the asset managers shall, within their management competence, have the obligations referred to in subsection (1) above.

b) Section 69 Liability of the representative

The persons referred to in sections 34 and 35 shall be liable where claims arising from the tax debtor-creditor relationship (section 37) are not determined or satisfied or not determined or satisfied in time due to a breach of the duties imposed on them, wilfully or through gross negligence, or where, as a result, tax rebates or refunds are paid in the absence of legal grounds. This liability shall also include any late-payment penalties payable as a result of the breach of duty. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_ao/englisch\\_ao.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html)

213 sayılı kanunun 10 uncu maddesine göre isabet bulunmadığı gibi davalı vekili tarafından mezkur şirkete ait damga resmi borcunun tahsili için 6183 sayılı kanun gereğince şirket hakkında uygulanan haciz muamelesinin neticesi alınarak ihtilafı damga resminin şirketten tahsil edilip edilemeyeceği kat'i olarak tespit edilmeden müvekkilinden tahsili cihetine gidilmesinde isabet bulunmadığı iddia edildiğine göre bu husus araştırılmadan İtiraz Komisyonunca verilen kararda bu yönden bir isabet görülmediğinden 6.4.1963 gün ve 283 sayılı kararın bozulmasına.”<sup>42</sup>

### bb) Dördüncü Daire

“Olayımızda, Anonim Şirket ana sözleşmesinin 24 üncü maddesinde, şirketi temsil görevinin yönetim kurulunca bir üyeye (murahhas aza) verilebileceği hükmüne dayanarak şirketi temsile yönetim kurulu üyesi S.Uz’un yetkili kılındığı ve ayrıca vergi borcunu zamanında ödemekle de adı geçen şahsın görevlendirildiği anlaşılmıştır.

Kanuni temsilci, bir kanun hükmünden veya temsil olunan kimsenin iradesinden doğmayan bütün temsilleri kapsamına alır. Şirketi temsil ile yetkili kılınan yönetim kurulu üyesinin (murahhas aza) temsilcilik sıfatı kanundan değil sözleşmeden doğmaktadır. Vergi Usul Kanununun 10 uncu maddesinde öngörülen temsilcilik ise yasadan doğan temsilciliktir. Türk Ticaret Kanununun 317 maddesi, Anonim Şirketlerde Yasal temsilcilerin yönetim kurulu olduğunu belirlediğinden, vergi hukuku yönünden sorumluluk murahhas azada değil, yasal temsilci durumunda olan yönetim kurulundadır. Murahhas aza yönetim kurulu adına muayyen işlemleri yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün doğal sonucu olarak bazı yetkileri vardır. Bu yetkinin kullanılmasından doğacak sorumluluk ise yönetim kurulundur. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları üyelik sıfatlarıyla beraber doğar, bu sıfatın kaybı ile de sona erer. Aksi halde büyük sermayelerin toplandığı ve büyük sorumlulukların olduğu Anonim Şirketlerde yönetim yetkisinin bir kişinin uhdesinde toplanmasıyla yönetim kurulları işlevlerini yitirecekleri gibi, organlık sıfatlarını da uygulamada kaybetmiş duruma düşerler. Bu durumda vergi hukuku yönünden özel hukuka göre çok daha büyük sorunlar ortaya çıkar. Bir üyenin şirketin vergi borcunu kendi patrimuanından karşılaması büyük olasılıkla hemen hemen yok gibidir. Oysa yönetim kurulunun yasal temsilci olarak kabul edilmesi halinde kamu alacağı büyük ölçüde güvence altına alınmış olacaktır ki yasa koyucunun Vergi Usul Kanununun 10 uncu maddesiyle getirmek istediği amacı da budur. Bu nedenlerle yasal temsilci durumunda olan yönetim kurulu üyelerinin kamu alacağının ödenmemesinde kasıt veya ihmallerinin bulunup bulunmadığı araştırılarak hasil olacak sonuca göre karar verilmek üzere dava konusu İtiraz Komisyonunun kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.”<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Danıştay 11D., 8.10.1965, E: 65/50, K:65/171 (Recep Turgay, Vergi Usul Kanunu ve Tatbikatu, İkinci Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1969, 57, Karar Sıra No: 72).

<sup>43</sup> Danıştay 4D., E: 1977/2269, K:1978/505 (Yılmaz Özbacı, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Özbacı Vergi Hukuku Bürosu, Ankara 1988, 141-142).

### cc) Dokuzuncu Daire

“Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre, tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde, bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilciler tarafından yerine getirileceği açık olup, temsilcilerin ödevlerini yerine getirmeleri için, tarh döneminde kanuni temsilcilik görevini yürütmekte olmaları gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ise, bir şahsın anonim şirketi kanuni temsil yetkisinden bahsedebilmek için; söz konusu kişinin yönetim kurulu üyesi olması veya yönetim kurulunca müdür olarak görevlendirilmiş yönetim kurulu üyesi olması veya yönetim kurulu üyesi olmamakla birlikte yönetim kurulunca müdür olarak görevlendirilmiş olması zorunludur.

Dosyanın incelenmesinden, borçlu...Radyo ve Televizyon Yayıncılığı AŞ'nin 21.11.2000 tarihli olağan Genel Kurul Toplantısında, şirket yönetim kurulunun yeniden seçildiği ve davacının bu yeni yönetim kurulunda yer almadığı, ayrıca; aynı tarihte yeni seçilen şirket yönetim kurulunca yapılan yönetim kurulu başkan ve başkan vekilinin belirlendiği ve bir yönetim kurulu üyesinin genel müdür olarak görevlendirildiği, yönetim kurulunda yer almayan ve genel müdürlük görevi de bulunmayan davacıya ise, “danışman” unvanı ile birinci derece imza yetkisi verildiği ve devamında birinci ve ikinci derece imza yetkilerinin kapsamının belirlendiği, durumun 9.1.2001 tarih ve 5210 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde tescil ve ilan edildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, söz konusu vergi borcunun ait olduğu Mart/2001 döneminde davacının adı geçen şirket yönetim kurulunda yer almadığı, yönetim kurulu tarafından başka bir yönetim kurulu üyesinin genel müdür olarak görevlendirildiği açık olup, yukarıda anılan yasal düzenlemelere göre yönetim kurulu üyesi olmayan ve yönetim kurulunca verilmiş müdürlük sıfatı da bulunmayan davacının borçlu şirketin kanuni temsilcisi kabul edilmesine hukuki olanak bulunmadığı gibi adı geçen şirketin iş ve işlemlerinin yürütülmesi için davacıya verilen “danışman” unvanının da kanuni temsilci sıfatı kazandırması mümkün değildir.

Bu durumda adı geçen şirketi temsil yetkisi bulunmayan davacının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10 maddesi uyarınca takibine yasal olanak bulunmadığından, dava konusu ödeme emrini iptal eden vergi mahkemesi kararının bu hüküm fıkrasında sonucu itibariyle isabetsizlik görülmemiştir.”<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Danıştay 9D., 20.1.2010, E: 2008/6145, K: 2010/49 (Lebib Yalkın Yayınları, VUK Mevzuatı, Cilt D, Danıştay Kararları Sıra No: 537).

## b) Danıştay kararlarının söyle(me)dikleri

### aa) Olgu

Verginin konusu bir “şey” olmasına rağmen, “şey”in “mükellefiyetinden bahsedilemeyeceği açıktır. Gerçekten, her vergi de bunu ödemeye mecbur olan bir şahıs vardır, ve bu şahısla vergi konusu arasındaki muayyen bazı münasebetler sayesinde bir vergi borcu ortaya çıkar<sup>45</sup>. Bu ilişki vergiyi doğuran olaydır<sup>46</sup>. Buna bağlı tarhiyat işlemi yapılır. Tarhiyat işleminin hukuka aykırı olduğu düşünülüyorsa, anlaşmazlık yargıya taşınabilir.

Wittgenstein, Tractatus'da; Dünya, olguların toplamıdır, demişti<sup>47</sup>.

Dünya = (olgu <sub>1</sub>	+	olgu <sub>2</sub>	+	.....	olgu <sub>n</sub> ) = olguların toplamı <sup>48</sup>
verginin konusu		vergi idaresi		vergi mahkemesi	
<i>vergiyi doğuran olay</i>		<i>vergilendirme işlemi</i>		<i>yargı kararı</i>	=Hukuk devleti
tüzel kişilik		tüzel kişilik		tüzel kişilik	
<i>kanuni temsilci</i>		<i>ortak</i>		<i>kanuni temsilci</i>	

### bb) Dil

Wittgenstein, Felsefi Soruşturmalarda dil oyunlarından söz etmişti<sup>49</sup>. Hukuk kurallarındaki “belirlilik-belirsizlik” ve “açıklık-kapalılık” kavramsal ikiliği, belirsiz

<sup>45</sup> F.Neumark, Maliyeye Dair Tetkikler, Üçüncü tabı, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, No.118, İktisat Fakültesi Neşriyatı, No.9, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1950, 46.

<sup>46</sup> Neumark, 47; Bedi Necmettin Fezyioğlu, Mükellefiyet Doğurucu Vakıa (Vergiyi Doğuran Hadise), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.VII, Yıl:1952, S. 1-4, 52-89; Selahaddin Tuncer/Salih Şanver, Vergi Mükellefiyeti, Vergi Borcu-Vergi Mes'uliyeti, İktisat ve Maliye, 15 Şubat 1959, C.V, S.11, 525-537. Okur, bu eserlerin tarihine dikkat etmelidir: 50-60 yıl önce yazılmış olmalarına rağmen, bugün hala aşılamamış çalışmalardır.

<sup>47</sup> “Wittgenstein sonraki düşüncelerinde de Tractatus'un dünyayı olguların toplamı sayarak başlayan çizgisine bağlı kalmıştır.”, Newton Garver, “Gramer Olarak Felsefe”, COĞİTO, 126.

<sup>48</sup> Utku, 41.

<sup>49</sup> “Tractatus'un teorik zeminini oluşturan doğa bilimlerinin yerine dil oyunlarının kullanılmasıdır”, Feyarabend, 186; Ayrıca, dil-oyunlarını açıklamaya çalışmadan yalnızca kabul etmemiz gerektiği hususunda benzer bir doğalcı ifade kullanır: “Bizim hatamız bir ilk fenomen olarak ne olduğuna bakmamız gereken yerde bir açıklama aramaktır. Yani şöyle dememiz gereken yerde: Bir dil-oyunu oynanıyor. Sorun bir dil-oyunu deneyimlerimiz yoluyla açıklama sorunu değil, bir dil oyununa dikkat etme sorunudur... Bu yorum Wittgenstein'in dil- oyununu *verili* bir şey olarak kabul edişini gösterir. Var olmak *zorunda* değildir, hiçbir zorunlulukları yoktur ancak *vardırlar*. İnsan yaşamının bir özelliği olarak oradırlar. Wittgenstein'in FA, xi'nin sonuna doğru (320) ünlü “Kabul edilmesi gereken, verilen –öyleyse denebilir-yaşam formlarıdır” ifadesinde düşündüğü şey, şüphesiz dil oyunlarının verili oluşudur. Wittgenstein gözlemlemeye ve betimlemeye uygun ancak açıklamaya ya da şüphecilğe gelmeyen karmaşık bir yaşam formunu verili olarak kabul ettiği için doğalcıdır.”, Garver, 123.

kurallar için dil oyunlarına başvurur<sup>50</sup>. Hukuk dili ve anlamının anlaşılması<sup>51</sup>, bazı yöntemleri (mukayese ve başvuru yöntemleri) gerektirir<sup>52</sup>. Bu da çeşitli yaşam biçimlerinden biri olarak hukuk devletinde<sup>53</sup>, özel bir dil oyunu olarak, hukuk dilinin o bağlamdaki anlamının anlaşılması<sup>54</sup> ve bu konudaki uzlaşmaya dayalıdır<sup>55</sup>.

Kararları okuduğumuzda; vergi idaresi ile vergi yargısında; kanuni temsilcilerin kim olduğunda uzlaşma yoktur. O halde uzlaşmama, hukuk devletinde ve belki de kavramlarındadır.

### III. Sonuç

Hukuk devletinde uzlaşmanın nedeni nedir?

Hukuk devletinin kendi nesnesine ilişkin kavramları oluşturamamış olması<sup>56</sup>; devletin egemen dilinin, diğer dilleri kapatması<sup>57</sup> ve belki de Wittgenstein'in dediği gibi, özgürleştirici sözcüğü bulmaya çalışmamaktır<sup>58</sup>.

<sup>50</sup> Wolcher, 92.

<sup>51</sup> Wolcher, 104.

<sup>52</sup> Wolcher, 91, 110, 119.

<sup>53</sup> Wolcher, 109.

<sup>54</sup> Wolcher, 123.

<sup>55</sup> Wolcher, 122..

<sup>56</sup> “*Heteroglossia*, Türkçeye birçok biçimde çevrilebilir. Başka dilsellik, çok dillilik veya çok söylemlilik/sözlülük gibi. Ama bunların hepsinde ortak olan dilin çoklu yönünü anlatıyor olmasıdır. Bu kavramı tam olarak betimlemeden önce söylemek gerekir ki, Bakhtin için yaşayan hiçbir sözcük, nesnesiyle tek bir biçimde bağlantı kurmaz. Sözcük, tam da yaşadığı canlı etkileşim sürecinde bireyselleştirilebilir ve biçimsel bir şekil alır. Toplumsal olarak özgül bir ortamda ve tikel bir tarihsel uğrakta anlam ve biçim kazanan sözce, bir söyleşimden ve bu söyleşimin bir yanıtı olarak doğar ve kendi nesnesine ilişkin kavramı söyleşimsel yoldan oluştur.” Eren Rızvanoğlu, Wittgenstein ve Bakhtin’de Tekdillilik ve Çokdillilik Sorunu, <http://www.flsfdergisi.com/sayi1/127>.

<sup>57</sup> “Bakhtin dili bir dilbilgisel ulamlar dizgesi olarak görmez; onu ideolojik yaşamın tüm alanlarında azami bir karşılıklı anlaşma sağlayan bir dil olarak, büsbütün ideolojiyle dolu olarak, bir dün bir dünya görüşü olarak, hatta somut bir düşünce olarak anlar. Öyleyse üniter bir dil, Bakhtin için somut dilsel ve ideolojik birleştirme, merkezileştirme doğrultusunda işlerlik gösteren güçleri dile getirir... .. Tek bir egemen dilin diğer diller üzerindeki zaferi, diğer dillerin yerini kapaması, dillerin köleleştirilmesi, dillerin doğru söz ile aydınlatılma süreci, barbarların ve alt toplumsal tabakaların hakikatin üniter dilin içine alınmaları tam da böylesi bir çabayı betimler.”, Rızvanoğlu, 126.

<sup>58</sup> Utku, Giriş, 13.





# HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA İTİRAZDA İNCELEMENİN KAPSAMI<sup>1</sup>

*(Scope of Review on Appeal Against the Decision Postponing  
the Pronouncement of the Judgment)*

Cumhur ŞAHİN\*

## ÖZET

Bu çalışmada itiraz kanun yoluna ilişkin incelemenin kapsamı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile bağlantılı olarak ele alınmış ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, itiraz, itiraz incelemesinin kapsamı

## *Abstract*

In this study, the scope of review on appeal against the decision postponing the pronouncement of the judgment were discussed and Supreme Court decisions on the issue were evaluated.

**Keywords:** Postponing the pronouncement of the judgment, the appeal, the scope of review on appeal

**I.** Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm değildir. Bu nedenle, söz konusu kararla ilgili olarak hükme ilişkin temyiz gibi olağan kanun yolu kabul edilmemiştir. *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması* kararına itiraz edilebilir (CMK m. 231/12).

İtiraz merciinin incelemesinin kapsamının ne olacağı, itiraza ilişkin CMK düzenlemelerinin nasıl anlaşılması gerektiği konularında farklı değerlendirmeler ortaya çıkmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, itiraz merciinin kararlarının kesin olduğuna dair hüküm karşısında, verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiği durumlarda temyiz kanun yolunun bir biçimde devreye sokulmasının müm-

<sup>1</sup> HUKAB ve Yargıtay işbirliğiyle 3 Mayıs 2013 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Ceza Yargılamasında Yasa Yolu Olarak Temyiz ve İtiraz" konulu sempozyumda sunulan bildirden alınmıştır.

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

kün olup olmadığı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan esas hükümdeki hukuka aykırılıkların yeterince denetlenip denetlenemeyeceği sorunları tartışılmaktadır.

**II.** Sorunu gereği gibi değerlendirebilmek için, öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya konulması gerekmektedir. Burada CMK' da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen m. 231'in bazı fıkraları ve itiraz kanun yoluna ilişkin m. 271 önem kazanmaktadır:

*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda **hükmolunan ceza**, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, **kurulan hükmün** sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK m. 231/5). Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;*

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

*c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,*

*gerekir. Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez (CMK m. 231/6). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına **itiraz edilebilir** (CMK m. 231/12). Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir. Mercii, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 271).*

**III.** Yargıtay'ın yaklaşımını bir karar üzerinden ortaya koymak, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından yararlıdır.

1) Sulh Ceza Mahkemesi, sanık hakkında; taksirle yaralama suçundan (TCK m. 89/1, 89/2-b,3-b) 3000 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına (TCK m. 62 ve 52/1), şartları oluşmadığından 53/1. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına, CMK m. 231/5 ve devamı gereğince, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları gözönüne alınarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, sanığın 5 yıl dene-timli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına karar verilir.

2) Katılan vekili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz eder.

3) Dosya üzerinden inceleme yapan itiraz mercii (Asliye Ceza Mahkemesi);

*“Katılan vekilinin itirazı yerinde görüldüğünden Sulh Ceza Mahkemesinin ... kararı içeriğindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili bölümlerinin kaldırılmasına ve kararın,*

*Hükümlü ...'nin taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olmak suçundan davranışına uyan 5237 sayılı TCY'nın 89/1 maddesi uyarınca suçun niteliğine ve işleniş özelliğine göre takdiren doksan gün adli para cezası ile cezalandırılmasına,*

*Sanığın taksirli davranışı ile katılanın vücudunda kemik kırılmış olması ve duyu ve organlarından birisinin sürekli olarak işlevini yitirmesi nedeniyle 5237 sayılı TCY'nın 89/2b, 3b maddesi uyarınca cezasında bir kat arttırma yapılarak yüz seksen gün adli para cezası ile cezalandırılmasına,*

*Takdiri hafifletici nedenlerle 5237 sayılı TCY'nın 62/1 maddesi uyarınca sanığın cezasında kişiliğine ve suçun işleniş özelliğine göre takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak yüzelli gün adli para cezası olmak üzere 5237 sayılı TCY'nın 52/2 maddesi uyarınca günlüğü takdiren 20 YTL'den hesaplanarak sanığın üçbin **YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına,***

*Koşulları oluşmadığından sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 53 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına,*

*Katılan vekili için yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret tarifelerine göre takdiren 250 YTL maktu vekalet ücretinin sanıktan alınıp katılana verilmesine”*

**kesin olarak** karar verir.

4) İtiraz mercii tarafından açıklanan hükme yönelik olarak **sanık müdafii tarafından yapılan temyiz başvurusu**, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını vermiş bulunan Sulh Ceza Mahkemesince;

*“... Asliye Ceza Mahkemesinin (itiraz merciinin) kararının ... kesin olarak verildiği, ayrıca CYY'nın 271/4 maddesi gereğince de itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu”* gerekçesiyle red edilmiştir.

5) **Sanık müdafii tarafından temyiz isteminin reddi kararının da temyizi** üzerine dosyayı inceleyen Yargıtayın ilgili Ceza Dairesince;

*“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz üzerine verilen hükmün temyiz edilebilir olduğu anlaşıldığından temyiz talebinin reddine ilişkin karar kaldırılarak yapılan incelemede;*

*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yasa yoluna başvurulması halinde, itiraz merciinin suç ve sanığa ilişkin objektif şartların olmaması halinde itirazı kabul ederek hükmün açıklanması için dosyayı asıl mahkemesine göndermesi gerekirken, yazılı şekilde hükmü açıklaması”*

isabetsizliğinden sair yönleri incelenmeyen hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

### 6) Yargıtay C.Başsavcılığınca;

“... İtiraz mercii tarafından incelenecek olan karar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Merciiin inceleme konusu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için aranan objektif koşulların bulunup bulunmadığı, denetim süresinin yasaya uygun belirlenip belirlenmediği ile sınırlı bulunmaktadır. **Açıklanmayan hükme yönelik olarak itiraz merciiince bir inceleme yapılamayacağı gibi, bu hususların bu aşamada temyiz yasa yolu ile de incelenmesi mümkün değildir...**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itiraz üzerine mercii tarafından yapılan inceleme sonucunda, itiraz yerinde görülmez ise itirazın reddine karar verilecektir. İtiraz yerinde görülürse itiraz kabul edilip söz konusu karar saptanan hukuka aykırılık gerekçesiyle kaldırılacak ve konu hakkında yeniden karar verilmesi için dosya mahkemesine gönderilecektir. 5271 sayılı Yasanın 271/2. maddesinde yazılı ‘itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir’ hükmünün, (mercii tarafından itiraz yerinde bulunup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırıldıktan sonra mercii tarafından **yargılamayı yapan mahkeme yerine geçmek suretiyle işin esasına hükmetme**, örneğin mahkumiyet kararı verme şeklinde değerlendirerek) uygulanması mümkün görünmemektedir.

Zira, karma bir hukuki yapıya sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, cezanın bireyselleşmesini sağlayan özgürlüğü bağlayıcı cezanın adli para cezasına veya seçenек tedbirlere çevrilmesi veya hapis cezasının ertelenmesi hususlarından değerlendirilmesinden önce uygulanması gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine merciiince yapılan incelemeler sırasında **işin esasına hükmedilmesinin kabulü**; merciiince itirazın yerinde görülerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması halinde, **mercii tarafından sanık hakkında cezanın bireyselleşmesini sağlayan kurumların tartışılıp değerlendirilmesi ve yeni bir mahkumiyet** hükmü kurulmasını gerektirir. Bu durum, öncelikle doğal yargıç ilkesine aykırı olur. Ayrıca, itiraz mercii tarafından genel kural olarak duruşmasız karar verileceği ve ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekilin dinlenebileceğinin öngörülmesi, sanığın, mağdurun, katılanın dinlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle yargılamanın yüz yüzelik ve doğrudanlık ilkesine ters düşer. Yine, Yasanın 231. maddenin 10. ve 11. fıkralarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi durumunda denetim süresi sonunda davanın düşmesine, hükmün açıklanması veya yeni bir mahkumiyet hükmünün kurulmasına hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren (yargılamayı yapan mahkeme) tarafından verileceğinin öngörülmesi de, itiraz mercii tarafından itirazın kabulü halinde işin esasına hükmedecek türde karar verilmesine engel teşkil etmektedir. Sakınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kurumun yeni bir kurum olmasından ve konunun kurumun özelliği nazara alınarak ayrıntılı bir biçimde Yasanın 231. maddesinde düzenlenmemesinden kaynaklanmaktadır.

*Açıklanan nedenlerle, Asliye Ceza Mahkemesinin itirazı yerinde bularak hükmün açıklanması kararını kaldırdıktan sonra dosyayı yeni bir karar verilmesi için yargılamayı yapan Sulh Ceza Mahkemesine göndermesi yerine yazılı şekilde karar vermesi hukuka aykırıdır.*

*Ancak, 5271 sayılı Yasanın 271. maddesinin 4. fıkrasında ‘Merciin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir’ denilmek suretiyle mercii, itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu genel bir kural olarak kabul edilmiştir. Bu kuralın tek istisnası ise ilk defa mercii tarafından tutuklama kararı verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla, istisna arasında yer almaması nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itiraz üzerine verilen mercii kararları kesin niteliktedir. Bu kararlarının türünün (hüküm olup olmaması), ne şekilde verildiğinin (duruşmalı olarak verilip verilmemesi) hiçbir önemi bulunmamaktadır. İtiraz merciiince kararın duruşmalı verilmesi veya yasaya aykırı olarak **mahkumiyet kararı kurulması, kararı kesin nitelikte olmaktan çıkararak temyizi kabil hale getirmez.***

*Mercii kararının kesin nitelikte olması nedeniyle saptanan hukuka aykırılığın giderilmesi ancak 5271 sayılı Yasanın 309. maddesinde düzenlenen olağanüstü yasa yolu olan kanun yararına bozma yasa yoluna başvurmak suretiyle sağlanabilir. Başka bir anlatımla, Özel Dairenin bozma gerekçesi, kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulması için bozma nedeni olabilir.*

*Bu itibarla, itiraz mercii kararının kesin nitelikte olup, temyiz edilemeyecek kararlardan bulunması nedeniyle Özel Dairece temyiz isteminin reddine ilişkin kararın onanmasına karar verilmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır.*

*İtiraz mercii kararının kesin nitelikte olup, temyize tabi olmayan kararlardan bulunması karşısında; **temyiz isteminin reddi kararının hangi mahkeme tarafından verilmesi gerektiği** hususu üzerinde ayrıca değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır”*

görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve temyiz isteminin reddine ilişkin ... Sulh Ceza Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmesi isteminde bulunulmuştur.

7) **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması suretiyle, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün itiraz mercii tarafından açıklanması halinde, aşağıdaki gerekçelerle, Yargıtay Başsavcılığının itirazını reddetmiş ve **temyiz kanun yoluna başvurulabileceğini** kabul etmiştir:

*“Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 gün ve 250-13 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara karşı*

yapılan itiraz üzerine, **itiraz merciince, 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinin koşulları ile sınırlı bir inceleme yapılarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının usul ve yasaya uygun olduğunun belirlenmesi halinde istemin reddine, 231. maddede belirtilen objektif ve subjektif koşulların oluşmadığının tespiti halinde ise, açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması için dosyanın asıl mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir. Hükmün içeriğinde yer alan hukuka aykırılıklar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarını etkilemediği sürece itiraz merciince denetlenemeyeceği gibi, açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması da olanaklı değildir.**

... Sanık hakkında taksirle yaralama suçundan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik yapılan itiraz üzerine, merciince 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesindeki koşulların bulunup bulunmadığı ile sınırlı bir inceleme yapılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin koşulların gerçekleşmediğinin tespiti halinde, hükmün açıklanması için dosyanın, yargılama yapan asıl mahkemesine gönderilmesi yerine, bu **mahkeme yerine geçerek mahkumiyet** hükmünün açıklanması **usul ve yasaya aykırı olup, bu nitelikteki bir kararın C. Başsavcılığı itirazında belirtildiği üzere yalnızca mercii kararı olması nedeniyle kesin nitelikte olduğunun kabulü olanaksızdır.**

Zira, 5271 sayılı CYY'nın 271. maddesi gereğince itiraz merciinin ancak itiraz konusu ile sınırlı olmak üzere verdiği kararlar kesin niteliktedir. **Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara yönelik yapılan itiraz üzerine, mercii tarafından itirazın kabulüyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken bununla yetinilmeyip mahkumiyet** hükmünün açıklanmasına karar verilmiş bulunduğundan, merciince verilen hüküm kesin nitelikte olmayıp, ... *temyiz yasa yoluna tabidir*<sup>2</sup>.

IV. İtiraz merciinin kararının kapsamını belirleyebilmek ve “*itiraz yerinde görürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*” şeklindeki hükmü (CMK m. 271/2) doğru anlamlandırabilmek için, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının iyi anlaşılması gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için, öncelikle, hüküm çeşitlerinden birisi olan mahkumiyet kararına hükmedilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, sanığın suçlu olduğu hususu hüküm makamınca kabul edilmiş olmalıdır. Ayrıca bu da yetmemekte, bütün unsurlarıyla, adeta tefhim ve tebliğ edilecekmiş, açıklanacakmış gibi, bu hükmün kurulması da gerekmektedir. Bundan sonra ise, sanığın bazı şartları taşıması veya gerçekleştirmesi üzerine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Nitekim Yargıtay kararlarına göre de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartları; sanığa ilişkin şartlar ve suça ilişkin şartlar olarak ortaya konmaktadır<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> YCGK, 26.10.2010, 2010/9-182-209.

<sup>3</sup> YCGK, 03.02.2009, 2008/11-250-2009/13.

1) Sanığa ilişkin şartlar, CMK m. 231/6'da yer alan şartlardır. Bunlar;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması,

b) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi,

c) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılmışından ibarettir.

2) Suça ilişkin şartlar ise;

a) Yapılan yargılama sonucunda, sanık hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilmesi ve hükmolunan cezasının ise iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasından ibaret olması,

b) Suçun, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılâp Kanunlarında yer alan suçlardan bulunmaması gerekir.

Yargıtay tarafından suça ilişkin şartlar arasında sayılan, “*yapılan yargılama sonucunda, sanık hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilmesi ve hükmolunan ceza ise iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasından ibaret olması*” şartı, konumuz açısından önem taşımaktadır.

Dikkat edilirse, “**mahkumiyet** hükmünün bulunması” hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için bir şart, adeta bir önşarttır. İtiraz mercii, doğal olarak, bu şart yönünden de denetim yapacaktır. Zira merci itiraza konu kararı hem hukuki yönden hem de maddi yönden ele almak ve bütün bu yönlerden kararın hukuk uygunluğunu denetlemek zorundadır. İtiraz kanun yolunda, karara temel teşkil eden deliller ve maddi olgular ile bunu doğuran hukuki durum birlikte değerlendirilmektedir<sup>4</sup>. Bu açıdan bakıldığında, mahkumiyet hükmünün varlığı şartı yönünden denetim, iki yönden incelemeyi gerekli kılmaktadır:

a) Doğru bir mahkumiyet kararı verilmiş midir? Verilmesi gereken karar mahkumiyet kararı mı olmalıdır, yoksa örneğin, beraat veya başka bir karar verilebilmesi ihtimali de bulunmakta mıdır?

b) Mahkumiyet kararı, hapis cezasının miktarı itibarıyla doğru bir karar mıdır? Aslında daha farklı ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamı dışında kalan bir suç söz konusu olabileceği halde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında bir suç nitelmesi yapılmış olması da mümkün müdür?

Görüldüğü üzere, **mahkumiyet** hükmünün mevcudiyeti şartı ile ilgili olarak itiraz mercii tarafından yapılabilecek olan bu değerlendirmeler, ilkinde sübuta, ikincisinde ise hukuki nitelendirmeye yönelik değerlendirmelerdir. Dolayısıyla,

<sup>4</sup> KUNTER/YENİSEY, No 515; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, s. 481; ÖZTÜRK/ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, s. 840.

itiraza ilişkin değerlendirmesini dosya üzerinden yapacak olan itiraz mercii, sadece CMK'nın 231. maddesindeki sanığa ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla sınırlı bir inceleme yapmayacaktır. İtiraz mercii, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik bir sonuca varabilmek için, mahkumiyet hükmü ile ilişkili olarak, **sübuta ve suç vasfına** yönelik olarak değerlendirmelerde de bulunabilecektir.

Yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, itiraz mercii, bu inceleme kapsamında sübuta ilişkin değerlendirme yapabilecektir. Örneğin sanığa yüklenen suçun oluşması sebebiyle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulü yönünde karar, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması kararı, verilebilir. Çünkü burada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının suça ilişkin şartı, doğru bir mahkumiyet hükmünün kurulması şartı gerçekleşmemiştir. Ancak bu, Başsavcılık itirazında ifade edildiği gibi, esas mahkemesi yerine geçerek yeni bir yargılama yapmak şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle konunun, tabi hakim, yüzyüzelik ve doğrudan doğruyalık gibi yargılama ilkeleri ile bağlantılı olarak tartışılması gereksizdir.

Aynı şekilde, itiraz mercii, vasıf değişikliği nedeniyle de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir. Örneğin kasten yaralama olarak nitelendirilen fiilden dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin kasten yaralama suçunu değil de kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirmek suretiyle de itirazın kabulü yönünde karar verebilir. Yine, örneğin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin görevi kötüye kullanma suçunu değil de, zimmet veya icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu gerekçesiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir<sup>5</sup>.

Bu arada, sözgelimi değerlendirme yasağına konu olacak hukuka aykırı bir delilin değerlendirilmesi sonucunda mahkumiyet hükmünün kurulmasında olduğu gibi, hükmün oluşumuna etki edebilecek bir hukuka aykırılık itiraz mercii tarafından dikkate alınmalıdır. Zira sorun bu yönüyle sübuta ilişkin bulunmaktadır. Keza, merci tayini yoluyla çözülmemiş olmak kaydıyla, hükmün açıklanması kararı verilmesini engelleyecek bir madde bakımından yetki konusu da merci tarafından incelenebilir. Zira burada suç vasfına yönelik bir inceleme söz konusudur<sup>6</sup>.

Bununla birlikte, itiraz mercisinin denetiminin kapsamı sınırsız değildir. Mercii,

<sup>5</sup> Bkz. ÖZGENÇ, *İzzet*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2013, s. 625 vd.

<sup>6</sup> Ancak bu durumda merci mahkumiyet hükmüne konu işin esasıyla ilgili bir karar veremeyeceği gibi, dosyayı madde bakımından yetkili olduğunu düşündüğü mahkemeye de gönderemez. Bu durumda merci, yapılan itirazı kabul ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırarak ve dosyayı yargılamayı yapmış bulunan mahkemeye gönderecektir. Yargılamayı yapmış bulunan mahkeme de, aşağıda açıklanacağı üzere, görevsizlik kararı vererek dosyayı başka bir mahkemeye gönderecektir.



hükmün oluşum sürecindeki her türlü eksikliği, yanlışlığı inceleyemez. Başka bir ifadeyle, itiraz mercii, mahkumiyet hükmünün ve hukuki nitelendirmenin isabetli olup olmadığı konularına ilişkin olmayan, hükmün doğru bir hüküm olup olmadığı hususu dışında kalan hiçbir hususu inceleyemez. Bu bağlamda olmak üzere, örneğin bireyselleştirme gibi, mahkemenin takdirine ilişkin hususlarda itiraz mercisinin değerlendirmede bulunma yetkisi olmamalıdır. Bu nedenle, sözgelimi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması dışında kalabilecek bir suçun cezası bireyselleştirme sonucu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına girmişse, bu husus itiraz mercii tarafından denetlenmeyecektir. Keza, iddianamedeki bir eksiklik, duruşmadaki bir sorun, vekalet ücreti gibi konular, mercii incelemesi dışında kalan hususlardır.

Yargıtay, itiraz mercisinin görev kapsamını daha sınırlı kabul etmektedir<sup>7</sup>. Yukarıda atıf yapılan YCGK kararında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sadece sanığa ilişkin subjektif şartlarının bulunmadığı, suça ilişkin objektif şartlarının da olduğu kabul edilmekle birlikte, itiraz mercisinin bunları ancak şekli yönden denetleyebileceği sonucu çıkmaktadır. Örneğin katılan, kasten yaralama olarak kurulan hükmün aslında kasten öldürme suçuna teşebbüs olduğu gerekçesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz ettiğinde, Yargıtayın kabulüne göre, itiraz mercisinin bu hususu denetleyememesi gerekmektedir. Yargıtaya göre itiraz mercii, sadece, suça ve sanığa ilişkin “objektif” şartlar itibarıyla denetim yapabileceğinden, hükmün esasına yönelik bir değerlendirme kabul edilmemektedir.

Yargıtay’ın yaklaşımı kabul edildiğinde, açıklanması geri bırakılan hükümdeki esasa yönelik hukuka aykırılıklar; itiraz mercisinin yetkisinde sayılmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı üzerinden denetlenemeyeceği gibi, sanığın yükümlülüklerine uyması nedeniyle hükmün düştüğü hallerde de, denetim yoluna başvurulmuş olmasına rağmen hiçbir şekilde denetlenemeyeceklerdir. Uygulamada, itirazın işin esasına yönelik hukuka aykırılıkları görmezden gelecek şekilde sınırlandırılması karşısında, mahkumiyet kararı verilmemesi gereken durumlarda dahi mahkemelerin mahkumiyet hükmü kurup bunun açıklanmasını erteledikleri şikayetleri yaygınlaşmış ve bu nedenle kanun değiştirilerek, ancak sanığın kabulü halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği hususu düzenlemeye kavuşturulmuştur<sup>8</sup>. Bu suretle aynı zamanda, mahkum olmaması gerektiğine inanan sanık bakımından, yargılama makamı kararını temyiz yoluyla denetlettirebilme imkanı ortaya çıkacak ve karara itiraz etmesi gerekmeyecektir<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> “İtiraz mercisinin yetkisi, önüne getirilen ve incelenmesi istenilen itiraz konusu ile sınırlıdır. Somut olayda itiraza konu husus, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuka uygun olup olmadığıdır. Bu nedenle itiraz mercisinin yetkisi, 5271 sayılı CYY.nın 231/6. maddesinde üç bent halinde sıralanan uygulama koşullarının varlığını denetlemekle sınırlıdır. Eylemin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, suç oluşturup oluşturmadığı veya nitelendirmenin isabetli olup olmadığı ve benzeri gibi geniş kapsamlı bir hukuka uygunluk denetiminin itiraz yasa yoluyla yapılması olanaklı değildir.” (Yargıtay 4. CD, 11.2.2009, 2008/19326-2009/2363).

<sup>8</sup> 22.7.2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun (RG: 25 Temmuz 2010/27652).

<sup>9</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanığın kabulü şartına bağlanmış olması ile

İtiraz mercii, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik itirazı ya kabul edecek ya da reddedecektir. İster iddia makamı tarafından ister savunma makamı tarafından yapılmış olan itirazın kabulü, açıklanması geri bırakılmış olan hükme karşı temyiz kanun yolunun açılmış olması anlamına gelmektedir. Mercii tarafından itirazın kabulü, esas veya şekil yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının isabetli olmadığını, bu nedenle bu kararın kaldırıldığını ve hükmün açıklanması gerektiğini ifade etmektedir. Hükmün mercii tarafından mı yoksa hükmü kurmuş olan mahkeme tarafından mı açıklanacağı hususu, işin özünü doğrudan ilgili değildir. Mercii tarafından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yapılan itirazın reddedilmesinin anlamı ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ve açıklanması geri bırakılan hükme karşı, kural olarak denetim süresince, temyiz kanun yolunun kapatılmış olmasıdır.

Mercii tarafından kabul veya ret şeklinde olabilen itirazın kesin olması farklı anlamlara gelmektedir. Kabul edilmiş bulunan itiraz üzerine hüküm açıklanacaktır. Başka bir ifadeyle, buradaki kesinlik, açıklanması geri bırakılmış olan hükmün artık açıklanmak zorunda olduğudur. Ancak, hüküm zaten daha önce kurulmuş olduğundan, itirazın kabulü üzerine, yargılamayı yapmış olan mahkemenin dosyayı yeniden ele alıp yeni bir hüküm kurması söz konusu değildir. Yargılamayı yapmış bulunan mahkeme, hükmün açıklanması dışında herhangi bir karar veremeyecektir. Örneğin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin görevi kötüye kullanma suçunu değil de, zimmet suçunu oluşturduğu gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verdiği takdirde, yargılamayı yapmış bulunan mahkeme madde bakımından yetkisizlik kararı veremeyecektir. İtiraz mercii de, yeniden yargılama yapılması yolunda bir karar veremeyecektir. İtirazın mercii tarafından reddedilmesi halinde ise, denetim süresince ya da yükümlülük yüklenmişse bunun gereği yerine getirildiği sürece, açıklanması geri bırakılmış olan hüküm, iddia veya savunma makamı tarafından temyiz incelemesine konu edilemeyecektir.

Bu açıklamalar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazın kabulü veya reddi halinde herhangi bir kanun yoluna başvurma imkanının bulunup bulunmadığı, mümkün olduğu durumda da bunun hangi kanun yolu olacağı hususunda da gerekli değerlendirmeleri içermektedir. Gerçekten, itirazın reddi halinde, itiraz mercii'nin kararı kesin olduğu ve buna karşı olağan bir kanun yolu bulunmadığı gibi, açıklanması geri bırakılan hüküm dahi, denetim süresince ya da yükümlülük yüklenmişse bunun gereği yerine getirildiği sürece, temyiz kanun yoluna kapalı hale

---

birlikte, bu kararlara yönelik itiraz sayısında da bir azalma olması gerekmektedir. Çünkü artık, kendi kabulü doğrultusunda verilmiş bulunan bir karara karşı kanun yoluna başvurmakta sanığın bir yararı bulunmadığı için bu yöndeki başvuruların kabul edilmemesi gerekmektedir. Artık sadece iddia makamının itiraz imkanı bulunmaktadır.

gelecektir. İtirazın kabulü halinde ise; yine itiraz merciinin kararı kesin olduğu için bu karara karşı olağan bir kanun yolu bulunmamakla birlikte, itirazın kabulü üzerine açıklanmak zorunda kalınan hükme karşı temyiz kanun yolu açılmış bulunmaktadır<sup>10</sup>.

Yukarıda açıklamalar çerçevesinde kabul edildiği takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz bakımından, **hukuki düzenlemelerden kaynaklanan herhangi bir sorun bulunmamaktadır**. Çünkü itiraz mercii, somut durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyecek, bunu yaparken de, sadece şartlar yönünden şekli hususlara değil, sübuta ve suç vasfına yönelik de değerlendirmelerde bulunabilecektir. Bu husustaki değerlendirme, esas mahkemesi gibi yeni bir yargılama yapma ve yeni bir hüküm kurma anlamında değildir. Aslında bu durumda merci, sübut veya vasıf konusunu kendisi bizzat incelememekte, (istinaf veya temyiz suretiyle) bu konuların asıl yetkili merciler tarafından incelenmesinin yolunu açmaktadır. İtiraz mercii bu süreçte işin esasına giremediği gibi, itirazın kabulü halinde, esas mahkemesi dahi artık işi esastan ele alamayacaktır. Çünkü zaten kurulmuş olan hüküm halen geçerliliğini sürdürmektedir.

İtiraz merciinin yetkisinin kapsamının şekli hususlarla sınırlı olduğu, sübuta ve vasa ilişkin değerlendirmeleri içermediği ya da içermemesi gerektiği düşünülüyorsa, yapılacak olan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlemesine ya da itiraz kurumu ile ilgili düzenlemelere müdahale suretiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına mahsus yeni bir itiraz usulü öngörülmesidir. Ancak **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013 tarihinde verdiği bir kararda**, itiraz incelemesinin kapsamı konusunda genel yaklaşımından vazgeçmiş gözükmektedir. Yargıtayın son yaklaşımı aslında sorunu çözmekte ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili ayrı bir itiraz düzenlemesine ve uygulamasına ihtiyaç olmadığını göstermektedir. Gerçekten, anılan karara göre; ***“itiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da ... kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir”***<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Mercii tarafından itirazın kabulü üzerine, hüküm açıklanmak üzere dosya esas mahkemesine dönecektir. Kesin olması sebebiyle itiraz merciinin kararı esas mahkemesini bağlayacak ve mahkeme daha önce kurmuş olduğu mahkumiyet hükmününü açıklayacaktır. Açıklanmış bulunan hükme karşı ise, ilgililer, temyiz yoluna başvurma imkanına sahiptirler. Bu açıklamalar karşısında, Yargıtay Başsavcılığının, itirazın kabulü sonrasında gidilen kanun yolunun, açıklanan hükme karşı değil de kesin olan merci kararına karşı olduğu yönündeki değerlendirmesine katılmamaktayız.

<sup>11</sup> YCGK, 22.01.2013, 2012/10-534-2013/15.



**Doğru terim “MUHAKEME” değil, “YARGILAMA”dır**  
*(The Right Term is not “trial” but “judging”)*

**Sami SELÇUK\***

*“Kavramlar, algısız boş; algı, kavramsız kördür.”*

**Immanuel KANT**

*“Her tanım tehlikelidir.”<sup>1</sup>*

**Latin özdeyişi**

*“Platon’u severim, Sokrates’i de. Ama en çok doğrulukgerçeği severim.”<sup>2</sup>*

**ARISTOTELES**

**ÖZET**

Türk öğretisi ve yasa koyucusu, hukuk terminolojisi açısından Merhum Kunter’in etkisiyle “yargılama” terimini dışlamış, “muhakeme” terimini benimsemiştir. Ancak bu seçim yerinde değildir. Kunter’in yargı erki yerine yargılama erki denmesi önerisi, yargılamanın *yapıbilimsel (morfolojik)* açıdan bir canlı gibi doğan, yaşayan ve tükenen *maddi içerikli bir olgu*, çok basamaklı bir etkinlik olduğunu vurgulaması yerinde ise de, yargılamayı *süreç (processus)* yerine *oluş (devenir)* olarak görmesi ve terimlere yüklediği anlamlar hukukun iç ve kavramlar dili açısından tutarlı değildir. Özellikle *muhakeme ile yargılama kavramlarının eşanlamlı* olduğunu gözetmemesi, mantık ile düşünme kurallarına uymayarak, *çağın gerisine, yanıltmacalara (sophism, fallacy), yanıltılara (fallacy, paralogysm), çelişkiye, tarihsel evrime ters düşme* pahasına bunlar arasında “*kapsam*” (extension)-“*içlem*” (comprehension) ilişkisi kurması yerinde olmamıştır. Türkçede “yargılama hukuku” ya da “muhakeme hukuku” yerine “*süreç hukuku*” (Strafprozessrecht, diritto processuale) denmesi artık çok zor olduğu için anlambilim, etimoloji, yargılama sözcüğünün tarihsel gelişimi, “*muhakeme*” ve “*yargılama*” sözcüklerinin eşanlamlı olduğunu ortaya koyduğundan ve bilim

\* Prof. Dr., Eski Yargıtay Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> *Omnis definitio periculosa est.*

<sup>2</sup> Aristoteles’in söylediği ileri sürülen bu söz, Latince bir özdeyişe dönüşmüştür: “*Amicus Plato, amicus Socrates, sed magis amica veritas.*”

ezbere dayanan yabancı dilde değil, düşündüren anadilde yapılabileceğinden muhakeme yerine Türkçe *yargılama terimi* yeğlenmelidir.

Sonuç olarak bir süreç bulunan ceza yargılaması, Foscihini'nin vurguladığı üzere, çözümlemeci (analitik) yaklaşıldığında hukuki yapı açısından "*duruk*" (*statik*); hukuk düzeni açısından *devinimli* (*hareketli, dinamik*), hukuki akış açısından *kinematik bir* nitelik sergilemekte; birleşimci (sentetik) yaklaşıldığında ise yapıbilimsel açıdan üç evre karşımıza çıkmaktadır: 1-*Soruşturma*, 2-*bilişme* (*cognition*), 3-*yerine getirme* (*infaz*). Ceza Yargılama Yasası (CYY), ikinci evreye "*kovuşturma*", yani geniş anlamda "*duruşma*" demiştir. Bu evre, aslında terimin geniş anlamında "*duruşma*"dır (débat) ve üç aşamayı içine almaktadır: 1-*Ön-duruşma* (*duruşma hazırlığı*), 2-*duruşma* (*dar anlamda duruşma*), 3-*sonuç çıkarım* (istidlal, duruşma sonrası görüşme ve yargı oluşturma). Tam bu noktada Batı dillerinde kavga, dövüşme gibi anlamlara da gelen ve "*tartışma*" (débat) denilen kovuşturmanın bu aşamasının "*duruşma*" terimi yerine yargılamanın temel ilkelerinden olan sözlülük, yüz yüzelik ve ortaklaşalık ilkelerini çok daha iyi yansıttığından, "*tartışma*" olarak adlandırılması yerinde olurdu. Ancak Ceza Yargılama Yasası ile uyum sağlamak için bu evrenin adı artık "*kovuşturma*"dır. Bütün bunların bileşkesini aldığımız zaman sonuç olarak ceza yargılaması kanımızca *soruşturma*, *kovuşturma* ve *yerine getirme* (infaz) olarak üç evreden; kovuşturma evresi de "*hazırlık*", "*duruşma*" ve "*yargı ya da sonuç çıkarım*" olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Erkler ayrılığı, Yargı, Yargılama, Muhakeme, Morfoloji, Kaza, Süreç, Biçim değil maddi içerikli hukuk

**Keywords:** Separation of powers, Jurisdiction, Judging, Trial, Morphology, Jurisdiction, Process, Law based on material and not form.

Türk öğretisi ve yasa koyucusu, hukuk terimcesi (terminoloji) açısından Merhum Kunter'in<sup>3</sup> etkisiyle "*yargılama*" terimini dışlamış, "*muhakeme*" terimini yeğlemiş görünmektedir.

## I-KUNTER'İN GÖRÜŞLERİ

### A-Tutarlı görüşler

Kunter'in aşağıdaki belirlemeleri ve görüşleri yerindedir<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Kunter, hukukun iç dili, özellikle kavramlar konusunda haklı olarak çok titiz ve duyarlıydı; bu yüzden bilimsel çevrelerde "*yetkinci*" (perfectionniste) diye anılırdı (S. Selçuk).

<sup>4</sup> Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 4-12, 43-45, 123-127, 747, 748, 750; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 6, 9, 635, 638. Merhum Kunter, bu görüşlerini, İtalyanca "*giudiziale*" sözcüğünden esinlenerek ve Fransızların yerine aynı yapıda "*judiciel*" sözcüğünü yaratarak Fransız hukuk öğretilerine de aktarmıştır (Kunter, Le droit judiciaire et une nouvelle approche de la classification des branches pénales du droit, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, Paris, 1980, s. 167 vd.).

### 1-Yargı erki değil, yargılama erki

Bunlardan birincisi, erkler ayrılığı ilkesine göre, yasa yapma görevinin ve yapılanmasının “*yasama*”; yasalara göre ülkeyi yönetme görevinin ve yapılanmasının “*yürütme*” olarak Türkçeleştirilmesi doğrudur. Ancak üçüncü erkin “yargı” olarak adlandırılması yerinde değildir. Çünkü çeşitli evrelerden ve aşamalardan geçtikten, davanın etkin ve edilgin özneleri ile gerektiğinde başkaları dinlendikten sonra ulaşılan sonucu ve çıkarımı (istidlal) anlatan “yargı” (hüküm, karar) teriminin üçüncü erki, görev ve yapılanma olarak kapsadığı ileri sürülemez. Bu erke de hem görevi, hem etkinliği ve hem de yapılanmayı kapsayacak biçimde, özdeş (aynı) dilbilimsel yapıda ve doğrultuda “*yargılama*” denmesi daha tutarlı olur.

### 2-Yargılama maddi içerikli bir olgudur

İkincisi, “*yargılama*” (*muhakeme*) artık günümüzde bir biçim, yöntem, usul<sup>5</sup>, dolayısıyla kanımızca, aşağıda da değinileceği üzere, “*düzenekçilik*”<sup>6</sup> ve “*biçimcilik*”<sup>7</sup> olmaktan çıkmıştır. Yargılama, maddi içeriği olan ve Merhum Kunter’in esinlendiği Foschini’nin vurguladığı üzere, *yapıbilimsel (morfolojik)*<sup>8</sup> açıdan bir canlı gibi doğan, yaşayan ve yaşamı tükenen (ölen) bir olgudur. Bu olgu, görev açısından iddiayı (tez), savunmayı (antitez), soruşturmayı ve kovuşturmayı (ve yargıyı [sentezi]); yapı açısından hukuki ilişkiyi, uyumsuzluğu, ceza yargılaması öznelerini, işlemlerini, düzgülerini (norm); yapıbilimsel açıdan evreleri, aşamaları içeren ortaklaşa bir etkinliktir. Görev, yapı ve yapıbilimsel yaklaşımlar göz önünde tutulduğu takdirde yargılama hukuku, hukuk bilimi içinde artık bağımsız bir hukuk dalı kimliğini kazanmıştır<sup>9</sup>.

### 3-Yargılama çok basamaklıdır

Üçüncüsü, olası yanılgıları önlemek amacıyla, evre, aşama ya da olay bakımından, bir işe bir başka yargılama makamının yatay ve çoğu kez dikey biçimde yeniden bakması anlamındaki “basamak” (kat, derece) anlayışı, yargılama hukukunda bir evrimin ve yetkinleşmenin sonucudur. Tek basamaklılık/katlılık, olayı

<sup>5</sup> A. Verfahren, F. procédure, İ. procedure, İ. procedura, İ. procedimiento, O. usul. (A., Almanca; F., Fransızca; İ., İngilizce; İ., İtalyanca; İs., İspanyolca; O., Osmanlıca anlamına gelmektedir. S. Selçuk).

<sup>6</sup> A. Mechanismus, F. mécanisme, İ. mechanism, İ. meccanismo, İ. mecanismo, O. mihanikiye, mezheb-i mihanikiye (Hançerlioğlu, Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 1989, s. 252 vd.; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, Felsefe Sözlüğü, Ankara, 2008, s. 445-447; Cevzici, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 2011, s. 1082, 1083; Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 1980, s. 603, 604).

<sup>7</sup> A. Formalismus, F. formalisme, İ. formalism, İ. ve İs. formalismo, O. şekliye. (Hançerlioğlu, s. 28, 29; Cevzici, s. 675, 676; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 217).

<sup>8</sup> A. Morphologie, F. morphologie, İ. morphology, İ. ve İs. morfologia, O. mebbas-ül eşkâl, şekliyat, eşkâl-i madde ve ecsam. (Hançerlioğlu, s. 28. Ancak biz, terim içeriğini gözetererek biçimbilim yerine “*yapıbilim*” demeyi uygun bulduk. S. Selçuk).

<sup>9</sup> Foschini, Sistema del diritto processuale penale, II, Milano, 1968 s. 3 vd.; Kunter, s. 1 vd, 745 vd.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 634 vd.

soruşturanlarla, yargı oluşturanlarla yaptırımı uygulayanların aynı kişiler oldukları ilkel dönemler çok gerilerde kalmıştır<sup>10</sup>. Gerçekten tarihin ilk dönemlerinde, bütün ülkelerde, devletlerde ve hukuk düzenlerinde yargılayanlarca, yani yargıçlarca, suçun etkin öznesi (fail) hemen cezalandırılır ve cezanın yerine getirilmesine de hemen geçilirdi. Eski Türklerdeki “*yargucu*”lar<sup>11</sup> (yargıç) da elbette böyle yapıyorlar, etkin özneyi hemen yargı (hüküm) oluşturup cezalandırıyorlardı. Oluşturulan yargının ardından da etkin özneye verilen ceza hemen oracıkta yerine getiriliyordu. Yargılama görevinin o dönemlerde hiçbir ülke, devlet ve hukuk düzeninde ortaklaşa (kolektif) bir etkinlik yapısını taşıması ve sergilemesi de bu ilkel anlayışta elbette söz konusu olamazdı.

## **B-Tutarlı olmayan görüşler**

Gelelim Merhum Kunter’in katılmadığımız belirlemeleri ve görüşleriyle bunların nedenlerine.

### **1-Yargılama, kaza ve muhakeme terimleri**

Kunter’e göre “yargılama” terimi, “kaza” teriminin karşılığıdır. Bu sözcük, uyumsuzluğu çözen ve sadece yargıcın duruşmadaki etkinliğiyle sınırlı bulunan bir terimdir. Buna karşılık, “muhakeme” terimi, “yargılama” terimine göre daha kapsamlıdır.

### **2-Muhakeme hukuki oluşların bütünüdür**

Muhakeme, yargı organlarının yaptıkları işlemlerin, hukuki *processus*’ün (Kunter’in çevirisiyle oluş) bütünüdür anlatır ve “oluş hukuku” anlamına gelir. Ancak bu, sıradan, her hangi bir oluş anlamına gelmediği için “*oluş*” sözcüğü yerine “muhakeme” teriminin kullanılması ve dolayısıyla Alman ya da İtalyan öğretisi doğrultusunda “muhakeme hukuku”<sup>12</sup> denmesi doğru ve yerindedir. Çünkü böylelikle bu sözcüklerin anlattığı anlama, yani “*oluş*”a (processus) vurgu yapılmış olacaktır. Aslında “ceza muhakemesi” denmesi, tarihsel evrime de uygundur. Zira muhakeme, yöntemden, usulden (prosedür) hukuka geçişi anlatmaktadır<sup>13</sup>.

### **3- Köken bilgisi açısından yargılama, “yargı”da (hüküm) bulunma aşamasıyla ilgilidir**

Bundan başka Merhum Kunter’e göre yargı (yargu), kılıçla/bıçakla yarmaktan gelmekte, yani bir davada verilen hüküm, uyumsuzluğu kesip atmak, yarmak, ayırmak, fasletmek anlamlarına gelmektedir.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Kozak, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, 2011.

<sup>11</sup> Eski Türkçede “yargu”, yargı ya da mahkeme anlamlarına gelmekteydi. Moğolcada yargı ya da mahkeme karşılığı “*cargu*” sözcüğü kullanılmaktaydı. (S. Selçuk).

<sup>12</sup> A. Strafprozessrecht, İ. dritto processuale.

<sup>13</sup> Kunter, s. 4-12; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 6, 7, 9.



Bu görüşlere katılmak olanaksızdır.

Ancak eleştirilere geçmeden önce işlenen konuyu açıklığa kavuşturacak oranda bilim felsefesinin ulaştığı kimi konulara ve çözümlere değinmekte yarar vardır.

## II-KİMİ AYRIMLAR, ADLANDIRMALAR VE HUKUK

### A-Bilim ayrımları

Bilim, iki etkin işlevi birlikte üstlenmiştir: Birincisi, *eylemseldir*; olguları, gözleme, deneme, ölçme vb. gibi yöntemlere başvurarak açıklar. İkincisi, *zihinseldir*. Bu işlevi uyarınca bilim, kavramları, varsayımları, tümevarım ya da tümdengelim çıkarımlarına başvurarak açıklar. Yine bilim, olgulardan “*doğrulanabilir*” ya da Popper’in anlatımıyla “*çürütülebilir*” (*yanlışlanabilir*) kurama doğru yol alan olgusal, nesnel, mantıksal, eleştirel, ayıklayıcı/seçici, doğa bilimlerinde genelleştirici ve deneysel; kültür bilimlerinde tekilleştirici ve düşünsel bir etkinliktir. Bilimin dünyaları, olgular dünyası ve kavramlar dünyasıdır. Bilim, yalnızca olgusal varlıklara değil, kimileyin inançların yarattığı varlıklara da dayanır. Bu durum söz konusu olduğu zaman bilim, gerçekçi, akılcı, nedenselci ve var olanı ölçebilir/nicelikçi olmak, mantıksal açıklamalar ve tanımlamalar yapmak; din, felsefe ve sağduyudan ayrı durduğunu göstermek zorundadır<sup>14</sup>.

Bilimler, “doğa bilimleri” ve geleneksel anlatımla “*sosyal bilimler*” ya da doğru anlatımla “*kültür bilimleri*”<sup>15</sup> diye ikiye ayrılmaktadır. Zira olgulardan çürütülebilir ya da doğrulanabilir kurama doğru yol alan bilim, doğa bilimleriyle sınırlanamaz. Çünkü “*olgu*” kavramı, sadece doğal olgular için kullanılmaz; tarihsel, toplumsal, kültürel olup bitmeler için de kullanılır. Nitekim düşünürler, bu iki olguyu birbirinden ayırmıştır: “*Doğal olgu*” (*naturafakta*) ve “*yapma olgu*” (*artefakta*). “Yapma olgu”, toplum olarak yaşayan insanın (beşer), tarihsel, toplumsal, kültürel varlık olarak dil, din, sanat, siyaset, ahlak, felsefe ve hukuk gibi türlerden ürün yaratmasını anlatır. İnsan, istenci (irade) dışında kaldığından, doğal olgulara, olaylara karışarak yön veremez. İnsan, doğal olguları, olayları sadece gözler, dener; onlardan belirleyici sonuçlar çıkarır. Oysa yapma olaylar, olgular, insanın gerektiğinde doğaya da el atarak kendi istençli düşünsel etkinliğinin ürünüdür. Bunlar, yineleme, süreklilik ve türdeşlik sergilemez ve göstermez. Çünkü “*oluş*” un, “*akış*” ın düşünürü Herakleitos’un (MÖ 540-480) anlatımıyla “*aynı ırmakta iki kez yıkanılmaz.*”<sup>16</sup> İşte kültür bilimleri, bir kez olmuş bitmiş, bir kez daha yinelenmesi ve yaşanması

<sup>14</sup> Özlem, Bilim Felsefesi, İstanbul, 2012, s. 14, 18; Özlem, Felsefe ve Doğa Bilimleri, İstanbul, 2013, s. 24-33.

<sup>15</sup> Sosyal bilimler ya da kültür bilimleri yerine “*tin bilimleri*”, “*tarih bilimleri*”, “*insan bilimleri*”, “*beşeri bilimler*”, “*idiyografik bilimler*”, “*hermeneutik bilimler*” terimleri de kullanılmaktadır. (Özlem, Felsefe ve Doğa Bilimleri, İstanbul, 2013, s. 20 vd.; Özlem, Bilim Felsefesi, s. 11).

<sup>16</sup> İnsanlık, 2.500 yıldan bu yana diyalektiğin temeli olan ve “*her şey akar*” (*panta rhei*) diyen bu yasayı bilmektedir. (S. Selçuk).

olanaksız tekil olgularla, olaylarla ilgilidir. Dolayısıyla kültür bilimleri genelleştirici sonuçlara ulaşamaz. Tam tersine kültür bilimleri tarihsel/toplumsal/kültürel olgu ve olayların bir kez yaşanmaları, tekillikleri ve yinelenemez oluşları yüzünden sadece bilmeyi ve anlamayı amaçlar ve tekillleştiricidir/bireyselleştiricidir/anlamacıdır<sup>17</sup>.

Tam bu noktada kimi adlandırmalar üzerinde de durmak gerekir<sup>18</sup>.

## B-Adlandırmalar

### 1-Kavram(laştırma)

Kavram(laştırma)lar<sup>19</sup>, bilimin dayandığı nesnelere, varlıkların, olayların ortak özelliklerini kapsayıcı ve ortak ad altında toplayıcı tasarımlardır ve sözlüklerde madde başı olarak yer alan sözcüklerdir<sup>20</sup>. Kavramlar, klasik anlamıyla düşüncenin çıkış noktası değil, düşüncenin bir bütüne ulaştığı; bu nedenle de yoğunlaştığı noktadır. O yüzden dilde ve özellikle bilimsel etkinlikte, dolayısıyla hukukta kullanılan kavramlar çok önemlidir. Kavramlar, bir anda oluş(turul)maz; uzun bir gebelik dönemi yaşar, daha sonra da kendi yapısına temel olacak biçimde kavramların genel olarak benimsenmesi gerçekleşir<sup>21</sup>. Kavramlar varlık yapıları açısından sözcüklerden başkadır; onların anlamları değildir. Kavramlar, bir nesnenin, varlığın zihindeki tasarımı, soyut düşünme etkinliğinde kullanılan ve belli somutluk ya da soyutluk derecesi sergileyen düşüncelerdir. Her kavram, bireyi ya da bireyleri gösterir. Sözelimi, “*insan*” sözcüğü, genel bir kavramdır, Ahmet’i, Ayşe’yi, Atatürk’ü, Dante’yi, Eskimoları, kara ve sarı soyluları vb. gösterir<sup>22</sup>. Sözcük ya da terim eğer tek bir nesneyi, varlığı anlatırsa “bireysel kavram”dan; nesnelere, varlıklar öbeğini (sınıfı) anlatırsa “genel kavram”dan söz edilir.

<sup>17</sup> Bilimin amacı, olgular arasındaki süreklilik ve türdeşlikten yola çıkarak genel önermelere ve yasalara ulaşmaktır. Doğa bilimlerinde bu amacın gerçekleşmesi olanaklı, buna karşılık kültür bilimlerinde olanaksızdır. Bu nedenle kültür bilimlerinin aslında bilim olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak bilim kavramını daraltan, doğa bilimi ile özdeşleştirmeye dayanan bu anlayışın yerinde olmadığı, tekillleştirici/anlamacı bilimlerin de “bilim” kavramına girdiği ileri sürülmüştür. (Ayrıntılı bilgi için bk. Özlem, *Kültür Bilimleri ve Kültür Felsefesi*, İstanbul, 2012; Özlem, *Felsefe ve Doğa Bilimleri*, s. 26-31).

<sup>18</sup> Metinde ve dip notlarında geçen kavramlar ve terimler için bk.: Özlem, *Bilim Felsefesi*, s. 18-22; Hançerlioğlu, s. 202, 208-210; Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Ankara, 1975, s. 38, 91, 106, 107; 131, 170; Lalande, s. 160, 161, 328, 329; Cevizci, s. 106, 820, 821, 909; Dinçer, *Kısaca Felsefe*, Ankara, 2010, s. 50, 51; Püsküllüoğlu, *Türkçe Sözlük*, İstanbul, 2007, s. 894, 1008; Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, İstanbul, 2006, s. 1346; 1562, 1564.

<sup>19</sup> Y. Logos, horos, énoia, L. conceptus, notia, A. Begriff, F. concept, notion, conception, İ. conception, notion, İ. concetto, İ. concepto, O. mefhum. (Y., Yunanca, L., Latince anlamına gelmektedir. S. Selçuk).

<sup>20</sup> Aksan, *Anlambilim*, Ankara, 2009, s. 27, 40, 41.

<sup>21</sup> Lee/Wallerstein, *İki Kültürü Aşmak, Modern Dünya sisteminde Fen Bilimleri ile Beşeri Bilimler Ayrılığı, koordinasyon (eşgüdüm)*, Richard E. Lee/Immanuel Wallerstein, (Aysun Babacan) İstanbul, 2007.

<sup>22</sup> Cevizci, *Sözlük*, s. 924-926; Mengüşoğlu, *Felsefeye Giriş*, İstanbul, 2008, s. 111; Akarsu, s. 106, 107; Dinçer, s. 50.

Kavram kimi zaman ağaç örneğindeki gibi nesne kavramı, kimi zaman da özgürlük örneğindeki gibi bir düşünce kavramı olur. İnsan kavramları oluştururken çok karmaşık bir süreç yaşar. Gerçekten soyutlamalar, karşılaştırmalar, çözümler, birleştirmeler, genelleştirmeler sıkça yaşanır, bu süreçte. En soyut kavramlar bile nesnel gerçeklikle ilgilidir ve yine gerçekliğe döner. Nesnel gerçeklik, denenir, doğrulanır. Buna karşılık, atom, yerçekimi yasası, özgürlük, hatta düş ürünü züm-rüdü anka kuşu gibi soyut kavramlar da vardır. Ancak bu türden düş ürünü olanlar gerçekliğe dönüşemedikleri için bilim dışıdır.

Yalın nitelikteki kavramlar, özellikle kültür bilimlerinin üzerinde araştırma yaptığı toplumsal olaylar hakkında ilişkiler kurulmasına yarar. Kavram, bunu başardığı ölçüde değer kazanır. Yer aldığı bilim dalına ve zamana göre de değişir, kavramlar. Doğal bilimlere oranla kültür bilimlerinde kavramlar daha esnektir. Araştırmanın temelidir, kavramlar<sup>23</sup>. Kavram; benzerlerinden ayrımı, başkalığı sağlayacak biçimde tutarlı, gerçek yaşamdan kopmayacak biçimde işleri (operasyonel), ölçüt olacak düzeyde geçerli, yarayıslı, anlatılmak istenen nesne, varlık ile uyumlu, dilde anlamı belirleyecek düzlemde bağlamsal olmalıdır. Çok anlamlılık kavramın değerini yıpratır, düşürür. Tek sözcük ile anlatıma sahip kavramın yeğlenmesi gerekir. Doğru tanım yüklü kavramlar, sağlam kuramların yapı taşlarıdır. Doğru kuramlar da bu kavramları üretenlerdir<sup>24</sup>. Kavramlar konusunda akılcılar (rasyonalist) ile deneyiciler (ampirist) kavgası sürekli yaşanır. Kavram, elbette fenomen (görüngü) değildir. Bir soyutlama, bir düşünce, bir bilgi aracıdır. Her şeyden önce bireysel biçimde, pratik, duysal bir etkinliği, olgulara dokunuşu anlatır; nesneyle ilişki kurar, nesneyi insanın evrensel soyutlamasına sokar; kavram ile doğrudan bir duyumun, görünümün, fenomenin ötesine geçilir<sup>25</sup>. Bir nesnenin zihindeki soyutlamalarla anlaşılabilir ortak tasarımının anlatımı olarak kavram, soyut düşüncede kullanıldığı, imge/izlenim olmadığı, başka şeylerden ayırıcı nitelikte ve genel olduğu için zamana göre elbette değişir ve kavramın tek başına bir işlevi yoktur; kavram ancak önerme içinde işlev görür. Bu nitelikleriyle ve özellikleriyle kavram, zihin ve dil felsefelerinde çok önemlidir. Çünkü zihin dünyasının aracıdır, kavram. Nesnelere, dünyayı ortak nitelikleriyle soyutlama işlemi için kavramın oluşması zorunludur. “Kavramsal çerçeve” (scheme conceptel, conceptual framework) fenomenleri ve öğeleri belirlemek için genel bir bakıştır. Kavramsal görecelik, ahlakta ve hukukta vb. dallarda yaşanır. Baba kavramının erkek kavramına bağlı olması gibi kavramsal bağımlılık da bilim insanınca unutulmaması gereken bir noktadır<sup>26</sup>.

“Nesne genelde yalnızca özne için, öznenin tasarımı olarak var olur. Bunun gibi, tasarımların her özel sınıfı, öznedeki algılama yetisi adı verilen aynı ölçüde özel

<sup>23</sup> Gerring, iletin, Dolu, Suç Teorileri, Ankara, 2010, s. 63.

<sup>24</sup> Gerring, iletin, Dolu, s. 64; Grawitz, Méthodes des sciences sociales, Dalloz, Paris, 2001, n. 19.

<sup>25</sup> Lefebvre, Logique formelle, logique dialectique, Paris, Anthropos, 1969, s. 115.

<sup>26</sup> Cevizci, Sözlük, s. 182, 924-928.

bir nitelik için var olur (...) Kavramlar ayrı bir tasarımlar *öbeği* (sınıf) oluşturur. Bunlar yalnızca insan aklında vardır ve şimdiye dek göz önünde tuttuğumuz algı tasarımlarından bütünüyle başkadır. Dolayısıyla dürüst konuşursak onların doğasına ilişkin apaçık bilgiye hiçbir zaman ulaşamayız. Onların doğası bakımından olsa olsa soyut, tutarlı olmayan bir bilgiye ulaşılabiliriz. Öyleyse deneylerden, algı tasarımlarından oluşan gerçek dış dünya anlaşılırsa, kavramların deneyle doğrulanmalarını ya da algının nesnelere gibi göz önüne ya da imgeleme getirilmelerini istemek saçma olacaktır. Kavramlar algılanamaz. Olsa olsa düşünülebilir. Yalnızca insanların kavramlar aracılığıyla ürettikleri etkiler, gerçekten deneyin nesnelere dir.”<sup>27</sup>

Son çözümlemede kavram, bir “yargı”yı<sup>28</sup> (judgement) içerir. Önce yargıda bulunulur, daha sonra kavrama ulaşılır<sup>29</sup>.

## 2-Kapsam, işlem

“Yargılama”yı *içlem*, “muhakeme”yi “*kapsam*” (kaplam) olarak gören Kunter’in görüşünün doğru olup olmadığını anlamak için bu iki kavrama da değinmekte yarar vardır.

Bilindiği üzere her kavram bir bireyi ya da bireyleri gösterir ve onlardaki ortak özellikleri belirtir. Sözelimi, “*canlı*” kavramı içine insanlar, hayvanlar, böcekler, bitkiler; “*insan*” kavramının içine Ali, Ayşe, Pierre, Hans, evde oturanlar, Asyalılar, Afrikalılar ve benzerleri girer. Bu, canlı ya da insan kavramının “*kapsam*”ıdır<sup>30</sup>. Kapsam, bir kavramı ve kavramı dile getiren terimin içerdiği varlıkların, nesnelere ve bireysel olayların bütününe gösterir ve bir yükleme konu olur. Buna karşılık, bir kavramın ya da onu dile getiren terimin içinde topladığı belirlenimlerin, özelliklerin ve niteliklerin toplamı, yüklemelerin bütünüdür, yani “*içlem*”dir<sup>31</sup>. Bu özelliklerden ya da niteliklerden birinden yoksunluk söz konusu olursa o nesne, o varlık *öbeğin* dışında kalır. Eğer bilim insanları bu özelliklerde, niteliklerde birleşirlerse “*uzlaşma işlemi*” gerçekleşir; birleşmezlerse *içlem*, artık bir “*öznel işlem*” olarak kalır. Sözelimi, insan kavramı herkesi kapsar; kapsamdır. İnsanın akıllı, konuşan, toplumsal bir varlık olması ise *içlem*dir. Bir nesnelere *öbeğinin* sahip olduğu bütün öğeler gündeme geldiği zaman “*nesnel işlem*” ortaya çıkar. Kapsam büyüdükçe *içlem* küçülür, *içlem* büyüdükçe *kapsam* küçülür. Buna “*kapsam ile işlemin ters orantılı olması kuralı*” denmektedir. Cins ve tür ilişkisi içindeki tanıma da “*içsel tanım*” denir. Bu noktada kavram ile *içlem* buluşur. Çünkü yeryüzündeki bütün insanlar insan kapsamı içindedir.

<sup>27</sup> Schopenhauer, (Levent Özşar), İsteme ve Tasarım Olarak Dünya, İstanbul, 2009, s. 13, 15.

<sup>28</sup> Y. apophasis, L. iudicium, A. Urteil, F. judgement, İ. judgment, İ. giudizio, İ. juicio.

<sup>29</sup> Lefebvre, Logique formelle, logique dialectique, s. 122.

<sup>30</sup> L. extensiv, A. Umfang, Extension, F. ve İ. extension, İ. estensione, İ. extensión. O. şümul.

<sup>31</sup> L. comprehensio, A. Inhalt, F. compréhension, İ. comprehension, i. comprensione, İ. comprensión, O. tazammun.

### 3-Terim

Sözcük kavramın adı, kavram ise sözcüğün anlamıdır. Kavramın adı olan sözcüklerse terimdir. “*İnsan*” terimi, binlerce yıldan bu yana addır. Terim, kavramın dile ilişkin anlatımıdır ve bilimsel etkinliğin yapıtaşlarından biridir. Kavram, bilgi arttıkça genişleyen bir adlandırma ve hazne olur. Özetle kavram terimin anlamıdır. Aşağıda değinilecek olan tanımlama ise kavramın alanını belirleyip açığa çıkarmadır. Kavramlar, evrene kuşbakışı bakmayı, bilgiyi biriktirmeyi sağlar. Ancak terim, kavramın kendisi değildir<sup>32</sup>.

### 4-Tanım(lama)

Bilimsel etkinlikte her şeyden önce şu Latince özdeyiş unutulmamalıdır: “*Her tanım tehlikelidir*”. Bu yüzden de çok özenli ve ölçülü olmak gerekir.

“Tanım(lama)”<sup>33</sup> etkinliğinin çeşitleri vardır. “*Sözcüksel tanım*” (définition verbale), sözcüğün anlamını dildeki anlamına göre ya da bilinen bir başka sözcükle belirtmedir. “*Adsal tanım*” (définition nominale), yanlış anlaşılmalara yol açmamak için belli sözcüğe bağlayarak belirlemedir. Başkasının yerine (vekil) bir sözcük, bir cümle kullanmadır. Tanımlama sayesinde kavram, başına buyruk olarak ona verilen anlama sahip olur. Sadece onu kendi tanımına uygunluk içinde olanın doğruluğunu ileri sürer. Bilgiye yeni bir şey katmaz. Ancak yöntembilimsel (metodolojik) açıdan onları çoğaltmaya yardım eder. Cebirdeki simgelerin durumu böyledir. Sakıncası, bir süre sonra kavramları kullananların onu gerçek (reel) olarak benimsemeleridir. Buna karşılık, “*gerçek tanım*” (définition réelle), temel öznitelikleri gözetir. Nesneyi gösterir, onu doğru (vrai) sayar. Tanımlanmış olan ile tanımlanan arasında bir denge kurar, bilgi alanına ulaşmak için dilin alanını aşar. Yani iki tanım anlayışı arasında önemli ayrım vardır. Zira bilim, kuramlar; kuramlar da, tanımlar üzerine kurulur. Adsal tanımlara sahip kavramlara bilim yollama yaparsa yöntemsel bir yarar sunar. Bilim, gerçek kavramlara yollama yaparsa söz konusu bilime katkı sağlar. Bu nedenle Robinson, 1950’de “Yararlılıklarına göre adsal tanımlar, doğruluklarına (vérité) göre gerçek kavramlar ele alınmalıdır”, demişti, haklı olarak. Öte yandan “gerçek, asla inanılabilecek olan şey değildir, ancak her zaman düşünülebilecek olan şeydir” (Gaston Bachelard)<sup>34</sup>.

Tanım, bütün üyelerini, mensuplarını içermeli, bu öbeklere girmeyenleri dışlamalı, eski deyişle “tarif, efradını cami, ağyarını mani olmalı, açık ve belirgin olmalı, açık olmayan, kendisi tanıma muhtaç şeylere başvurmamalı, kısır döngüye, savı kanıtsamaya yol açamamalıdır.

Ulaşılan tanım(lama) konusuna gelince, elbette burada söz konusu olan söz-

<sup>32</sup> Dinçer, s. 51; Özlem, Bilim Felsefesi, s. 20, 21.

<sup>33</sup> Y. horos, horismos; L. definitio, A. Definition, F. définition, İ. definition, İ. definizione, İ. definición, O. tarif.

<sup>34</sup> Grawitz, n. 23.

cük tanımı ya da ad tanımı değil, “*kavram tanımı*”dır<sup>35</sup>. Aristoteles’e dayanan klasik anlayışa göre, kavram tanımı, kavramı daha yüksek “*yakın cins*”i (genus proximum) ile onu bu cinsten ayırt eden “*tür ayrımı*”na (differentia specifica) dayanan tanımdır. Türsel ayırım, aynı cins kavram içinde yer alan öbür kavramlardan ayıran özelliktir. İnsan *uzak cins* olan canlıya göre değil de yakın cins olan hayvana ve akıllı olma özelliğine (türsel ayırım) göre tanımlanmak gerekir. Bundan başka nesneyi başkalarından ayıran, anlamını ve özünü ortaya koyan “*nesne tanımı*” (real tanım) da söz konusudur<sup>36</sup>. Ad tanımı, işlem tanımını öngören nesne tanımını işleyen klasik görüş, yalın cins ve türe göre tanımlama girişiminde bulunmuş, cins ve tür ilişkisiyle yetinmiş ve yetersiz kalmıştır. Hempel’den sonra gelişen yeni tanım anlayışına göre, “*anlamsal (semantik) tanım*”, kavramı yaygın anlamıyla ele almaktadır. Deneysel çözümlenmeye dayanan tanım, kavramı tarihteki değişik anlamlarıyla ve kavramın anlamını nesnelere, nesnelere arası ilişkiye, doğa yasalarına göre belirler. Kavram açıklamasına dayanan tanım, sözcüğün günlük dildeki *bulanık tanım* (explikandum) anlamını aşmak, onu daha sağlıklı, *gerçek/doğru* (exact, eksakt) ve kesin sözcükle/terimle, *kesin açıklama* (explikat) yapmaktır. Sözelimi, “*doğru*” sözcüğü günlük dilde çok değişik ve karışık anlamlarda kullanılır. Oysa bilginilimde (epistemoloji, bilgi kuramı) sözcüğün anlamı bellidir. Kesin ve sağlıklı tanım, kavramın bünyesinde yer aldığı bilim dalının dizgesi içindeki kesin kuralların ve kavramların bütünüyle tutarlı ise doğrudur. Söz gelişi, günlük dilde, balina balığından, yunus balığından söz edilir. Bu belirsiz bir tanım ve açıklamadır (explikandum). Buna karşılık hayvanbilimci (zoolog) açısından balık kavramı, solungaçlarıyla solunum yapan soğukkanlı bir hayvandır. Bu ise doğru, kesin açık bir tanımdır (explikat). Çünkü bu tanım çok sayıda olguya uymaktadır, geniştir ve verimlidir; dolayısıyla bilimseldir. Oysa günlük dildeki tanım, karışıktır, belirsizdir, verimsizdir, bulanıktır, sapmalara yol açacak niteliktedir. Hayvanbilimcinin tanımı ise, yalındır, doğrudur ve kesindir. Zira solungaç, soğukkanlılık, hayvan terimleriyle birlikte bir örgü içinde ele alındığı zaman öbür hayvanlarla ilişki açısından yoğun bir anlam içeriğine sahip olmaktadır. Öbekleştirici (sınıflandırıcı) kavramlar, cins ve tür ilişkisine; nicel açıdan ölçülebilir kavramlar sayı ve tartı ölçütlerine göre belirlenir. Carnap’ın belirttiği gibi kavram açıklaması ve tanımı kavramlar dizgesi içinde tutarlılığı gerektirir. Bilimde olguları açıklama etkinliği, bu olguların yine bu olgular hakkında geliştirilmiş kavramlar dizgesiyle açıklanmasıdır. Bilimsel yöntem, betimleyerek evreni açıklar. Deneysel, kavramsal genelleme, aslında olgular yığınına genellemedir. Tanımlar varsayımlara (hipotez) göre yapılmaktadır. Deneysel ya da kuramsal genelleme zihinsel etkinliktir. Olgusal genelleme de bir zihinsel etkinliktir ve tümevarım yoluyla yapılmaktadır. Sözelimi, yerçekimi genellemesi böyledir. Ancak gözleme başvurularak doğrulanabilir.

<sup>35</sup> Akarsu, s. 156, 157; Lalande, s. Cevzici, s. 1479, 1480; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1381, 1397 vd.; Hançerlioğlu, s. 394,395; Özlem, Bilim Felsefesi, s. 21-27.

<sup>36</sup> Akarsu, Sözlük, s. 156, 157.

Şunu unutmamak gerekir. İşleme göre kavram tanımlaması yapılırken, asla “eşsöz”e/özdeşsöz”<sup>37</sup> başvurulmayacak, yani bilgi üretiminde özne ile yüklem arasında tam bir özdeşlik olmayacaktır. Ancak tikel/kesimli (kısmi) bir örtüşme olursa yine bilgi üretilmiş olur. Sözelimi, “insan akıllıdır” sözü doğrudur, ama tam örtüşen “insan, insandır” sözü bir eşsözdür ve doğru değildir, hiçbir bilimsel değeri yoktur<sup>38</sup>.

### C-Hukukun bilimler içindeki yeri ve dili

Yukarıdaki bilgilerin ışığında konumuza dönersek, her şeyden önce hukuk da, yapma olgu, yani bütünüyle insan kültürünün ürünüdür. Dil de öyle. O zaman dil ve hukuk insan kültürünün ürünüyse, hukukun dili de elbette kendine özgü olacak; hukuk tıpkı matematikteki gibi günlük dilde geçen çok ve/ya belirsiz anlamdaki sözcüklerin yerine belirli anlamlar taşıyan sözcüklerden oluşan insan beyninin/zihninin ürettiği bir “*yapma dil*” kullanacaktır. Ancak birçok bilim dalında görüldüğü üzere ad(landırma)lar ile nesnelere, olgular arasında bire bir çakışan/uyan bir dil yaratmak çoğu kez başarılammakta ve bu yüzden tartışmalar ortaya çıkmaktadır<sup>39</sup>.

Hukukun iç dili, kavramlar dilidir. Hukukun terimcesi, her bilim dalı gibi, hatta daha yoğun biçimde kavramlardan oluşur. Her bilim dalı gibi hukuk da, nesnelere, olguları öbeklendirir (sınıflandırır), özdeş özellikleri ve nitelikleri taşıyanları adlandırır, tanımlar. Böylelikle kavramlar ve bunların metne dönüşen terimleri ortaya çıkar. Her bilim gibi hukuk da, kavramlarını saydam kılmak zorundadır. Oysa hukuk kavramları esnekler, görelidir, karşılıklı bağımlılık içindedir; bunların içerikleri ve tanımları zamanla değişir. Hukuk kavramları, bilgi ileten araçlardır ve hukuk, bir kavramlar dili olduğu için, tartışmaların kavramlar üzerinde yapılması doğaldır.

<sup>37</sup> Yunanca eşsöz/özdeşsöz anlamına gelen “*tautologia*” sözcüğü, iki sözcükten oluşmuştur: *Tauto*, *to tauto* (özdeş, eş) ve *logos* (söz). A. Tautologie, F. tautologie, İ. tautology, İ. ve İ. tautologia, O. tekriri-i merdut, iade-i mana. (Eşsöz/özdeşsöz, bir kavram tanımlamasının içeriğinin özdeş (aynı) sözcüklerle açıklanmasıdır. Çeşitli biçimlerde ortaya çıkar. Birincisi, açıklamak ve kanıtlamak için ortaya atılan bir önermenin dile getirilmiş sözcüklerinin değişik, ama anlam açısından özdeş ya da eşdeğer sözcüklerle, terimlerle yinelenmesi durumudur. İkincisi, tanımlanması gerekenin tanımlanmasında kullanılır ve “*kısr döngü*”ye (circulus vitiosus, cercle vicieux, devr-i batıl, fasit daire) yol açar. Carnap ve Wittgenstein, matematik ve mantıkla ilgili kavram tanımlarını buna örnek gösterir ve bunları “eşsöz/özdeşsöz bilimleri” olarak adlandırır. Çünkü bu bilimlerde sonuç zorunlu olarak özdeşler. Üçüncü tür ise, önermede konu ile yüklem özdeş kavramı dile getirip yüklem konusu kavramın dışına çıkılmaması durumudur. “İnsan, insandır” ya da “A, doğru söylüyor, çünkü A doğru sözlüdür” yahut da “A, doğru sözlüdür. Dolayısıyla A, doğru söylüyor” gibi. “*Savı kanıtama*” [müsadere ale-l matlûb, pétition de principe, truisme, petizione di principio, truism] denen bu açmazla göre, tanımlama ile tanım yapılır, eski deyişle “tarif, tarife muhtaç muareffe tarif edilir”. Cevzici, s. 1530; Lalande, s. 1102-1104; Akarsu, s. 68).

<sup>38</sup> Özlem, Bilim Felsefesi, s. 21.

<sup>39</sup> Özlem, Bilim Felsefesi, s. 19.

### III-KUNTER'İN GÖRÜŞLERİNİN ELEŞTİRİSİ

Bu bilgilerin ışığında Kunter'in görüşleri değerlendirildiği zaman aşağıdaki sonuçlara ulaşılmaktadır.

#### A- Anlambilim (semantik) açısından yargılama(k) ve muhakeme (etmek) eşanlamlıdır

Bilindiği gibi dilbilimde anlambilim, sözcük öğelerini, bunların türemiş ve başka öğelerle bir araya gelmiş biçimlerini anlam açısından inceleyen bir bilim dalıdır. Her şeyden önce anlambilime başvurduğumuzda yargılama ile muhakeme, yargılamak ile muhakeme etmek sözcüklerinin eşanlamlı olduğu görülmektedir. Gerçekten “muhakeme” Arapça bir terimdir ve kökü “*hukm*”dur! “*hüküm*”dür! “*hüküm*”dür!<sup>40</sup>. Karşı karşıya gelen iki yanı dinleyip hüküm verme, zihinde inceleme ve sonuca (hüküm, yargı) varma, usavurma, akıl yürütme, mahkemeye başvurma anlamlarını taşımaktadır. Türkçede yargılama terimi de özdeş anlamlarda kullanılmaktadır. Bir başka deyişle “*muhakeme*” ve “*yargılama*” terimleri eş anlamlıdır. Muhakeme etmek, yargılamak sözcükleri de işlemin, adlandırmanın eylemidir ve yine eşanlamlıdır. Kunter'in iddiasına karşın hiçbir sözlük bunun tersini ileri sürmemektedir.<sup>41</sup>

#### B- Yargılama ve muhakeme kavramları arasında kapsam-içlem ilişkisi bulunmamaktadır

Yargılamanın “*düzenekçilik*” ve “*biçimcilik*” olmaktan çoktan çıktığı, yöntemden, “*usul*”den (prosedür) “*hukuk*”a geçişi anlattığı doğrudur. Eğer bu doğruyu, Kunter'in “yargılama, yalnızca kovuşturma ve yargı (hüküm) kurmayı anlatır” doğrusu da destekleseydi, elbette muhakeme kapsam, yargılama da içlem olurdu. Ancak yargılama ve muhakeme eşanlamlı olunca böyle bir ilişkinin kurulması olanaksız bulunmaktadır.

#### C- Yapıbilim açısından yargılama oluş değil, süreçtir

Yargılama, Kunter'in belirttiği gibi, salt tek bir öğenin değişimlerini ve gelişimlerini barındıran “*oluş*”<sup>42</sup> ya da “*akış*”<sup>43</sup> yahut da gelişerek ve ayıklayarak değişmeyi anlatan “*evrim*”<sup>44</sup> değildir. Bir bakıma bütün bunları da kavrayan ve kapsa-

<sup>40</sup> “Hüküm” sözcüğünün tek anlamı yoktur. Bu sözcük, yargı, emir, komuta, egemenlik, önem, kuvvet, geçerlilik, tesir, nüfuz, kudret, mahkemenin yargılama sonunda verdiği karar ve Osmanlı'da divan-ı hümayunda padişah adına çıkan karar anlamlarına gelmektedir (Ayverdi, s. 1308, 1309; Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara, 1986, s. 463).

<sup>41</sup> Develioğlu, s. 796; TDK, Türkçe Sözlük, Ankara, 2009, 1414, 2136; Püsküllüoğlu, s. 1273, 1839; Ayverdi, s. 2115, 2116, 3375.

<sup>42</sup> A. Genese, Fr. genèse, devenir, İ. genesis, İ. genesi, İ. génesis, O. tekevün, tekvin. (Hançerlioğlu, s. 292, 293; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1063; Cevizci, s. 1191).

<sup>43</sup> A. flusse, F. ve İ. flux, İ. flusso, İ. flujo. (Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 48, 49; Cevizci, s. 53).

<sup>44</sup> A. ve İ. evolution, F. évolution, İ. evoluzione, İ. evolución, O. tekâmül, inkişaf. (Hançerlioğlu, s. 102, 103; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 524, 525; Cevizci, s. 622).



yan, ancak bunlarla yetinmeyip daha ötelere uzanan bir “süreç”tir<sup>45</sup>. Süreç olmanın doğal sonucu olarak da belli bir bütünlük oluşturan ya da belli bir düzenlilikle elde edilen ve yaşanan ardışık olguların/olayların/fenomenlerin birbirini izlemesidir. Esasen felsefi anlamda “süreç” kavramı içinde bu olgular/olaylar/fenomenler ruhbilimsel (psikolojik), fizyolojik, toplumsal ve arada sırada da fiziksel biçimde bulunabilir. Ancak süreç terimi, oluş, akış ve evrim terimleriyle karıştırılmamak gerekir. Nitekim “süreç” kavramının yukarıdaki anlamı bile dar ve dolayısıyla yetersiz bulunmuştur. Sözgelimi, G. Dwelshauvers’a göre, süreç terimi, aslında işlevlerin bütünü, sözcüğün etkin yapısını ve doğasını öne çıkarır. Fiziksel süreç ve ruhbilimsel süreç için de kullanılır. Süreç, etkin ve sürekli bir evrimdir, gelişmedir. Belli bir sonuca ulaşan düşünce akışını, olaylar ya da işlemlerin belli bir sonuca doğru gidişini anlatır. Süreç, fenomenle çakışmaz, fenomen üründür; sürecin sonucu olup, “bilgi”nin akılcı yasaları tarafından yorumlanan ürünüdür<sup>46</sup>.

Anatomide uzantıları/çıkıntıları, bilimde zaman içinde yüzeysel olarak yaklaşıldığında etkin ve örgütlü olarak benimsenmiş fenomenlerin bütünü anlatan “süreç” terimi, derinlemesine inildiğinde, koşulların bütünlüğü içinde ele alınan gelişme anlamında Avrupa bilim dilinin önemli bir parçası olmuştur. Almanlar ve Fransızlar günlük dilde bu sözcüğü, dava anlamında da kullanmışlardır. Ancak sözcükteki anlam gittikçe genişlemiş, alt ve yalın olandan üst ve karmaşık olana doğru bir gelişme yaşanmıştır. Günümüzde süreç, kendi özgücüne yaslanan (otodinamik) ve bundan dolayı da diyalektik bir oluşu tanımlamaktadır. Ne var ki, her oluş, diyalektik değildir ve bir süreci izlememektedir. Sözgelimi, dalında olgunlaşan meyvenin kendiliğinden düşmesi bir süreçtir, çünkü bir oluşun doğal sonucudur. Buna karşılık meyvenin fırtınanın etkisiyle düşmesi ya da bir başkasınca koparılması, mekanik bir müdahaledir, ama süreç değildir. Yine bir ağacın topraktan çıkması, doğal yaşamını doldurup çürümesi ve toprağa dönmesi bir süreçtir. Ama biri tarafından kesilip kullanılması, masa yapılması süreç değildir. Çünkü sonuncular, mekanik bir olguyu, bir dış etkeni anlatır. Oysa diyalektik olgu, iç etkeni anlatır. İç etken özgüçtür (otodinamizm), varlığın kendisinden gelir. Bu nedenle bir sürecin söz konusu olabilmesi için varlığın iç etkeniyle, özgücüyle değişikliğe uğraması gerekir. Bu açıdan üç tür süreç olgusundan söz edilir: Doğal süreç, toplumsal süreç, doğa ile toplumu birbirine kaynaştıran süreç. İkinci dünya savaşında balıkçıların kuzey denizlerinde yeterince balık avlayamamaları (toplumsal süreç) üzerine balıkların çoğalması yüzünden hastalanıp boylarının küçülmesi (doğal süreç) ilk iki tür sürece iyi bir örnektir. Elbette gelişme, birçok işlemlerle ve birçok koşullarla gerçekleşir ve süreç terimi, bunların bütünü dile getirir. Bu anlam, kuşkusuz diyalektik açıdan çok önemlidir<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> L. ve F. processus, A. Prozess, İ. process, F. I. processo, İ. Proceso, O. vetire, silsile, hadisat-ı müteakibe. (Hançerlioğlu, s. 384; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1374, 1375; Cevizci, s. 1467). Bu tanı, kanımızca “fenomenolojik” açıdan da doğrudur (S. Selçuk).

<sup>46</sup> Lalande, s. 837; Akarsu, s. 154; Dizionario Garzanti della lingua italiana, s. 1336; Dizionario Garzanti, francese-İtaliano/italiano-francese, 1979, s. 738. Le Petit Robert, Dictionnaire, Paris, 1973, s. 1395, 1396.

<sup>47</sup> Hançerlioğlu, s. 384.

Son çözümlemede felsefi açıdan en geniş anlamıyla süreç, düşüncenin belli bir sonuca ulaşacak biçimde art arda dizilişini, olgu ya da olayların yahut da fenomenlerin belli bir düzenin bulunduğu izlenimini verecek biçimde sıralanmasını, duruk (statik) olmayan ve sürekli dönüşüm içinde bulunan gerçekliğin sergilendiği hareketliliği, belli bir bütünlüğü ya da birleştirici bir ilkesi olan değişimler dizisini anlatmakta ve yaratıcı gelişmeyi vurgulamaktadır. Gerçekliğin (realite) süreklilik sergileyen dinamik bir yapısı olduğu da gözetilirse süreç felsefesi, üç temel tezi savuna gelmiştir: 1-Süreç karmaşıktır, ama ayrı evre ya da aşamaların birliğinden oluşur. 2-Karmaşık yapısıyla süreç, zaman açısından tutarlı bir birliktir. 3-Sürecin somut bir yapısı ve biçimsel bir çerçevesi vardır<sup>48</sup>.

Yukarıda sergilenen bilgilerin ışığında konuya yaklaşıldığı ve özellikle diyalektik bir süreç sergileyen yapısı göz önünde tutulduğu zaman, hiç kuşkusuz günümüzde ceza yargılama hukuku, her şeyden önce bir “düzenekçilik”, dolayısıyla “biçimcilik” değildir. Olamaz da. Çünkü düzenekçilik, dolayısıyla biçimcilik, cansız varlıklardaki, daha sonraları canlı ve cansız bütün doğal varlıklardaki nitelik ve nicelik olarak neden ve sonuç zinciri içindeki değişimlerini açıklar. Sözelimi, “atomlar çarpınca birleşir (doğum) ve/ya ayrılır (ölüm)” der. Ancak eski dönemlerde yargılama hukuku, bir yöntemler/usuller (prosedür) bilgisi olarak algılanıyordu ve dolayısıyla bir ölçüde düzenekçiliğe ve biçimcilğe yaklaşıyordu.

Bütün bunların ışığında “yargılama”ya, Kunter’in anlatımıyla “muhakeme”ye gelince, her şeyden önce Kunter’in görüşünün tersine ceza yargılaması (muhakeme), bir oluş değil, sözcüğün tam anlamıyla bir “diyalektik süreç”tir. Zira bizzat Kunter’in vurguladığı üzere eski dönemler artık bitmiş, günümüzde ceza yargılaması tam anlamıyla bir “diyalektik süreç” yapısına kavuşmuştur. Ancak Kunter, bu akışsal yapılanmaya süreç yerine oluş demek, kanımızca oluş kavramını süreç yerine kullanmaktadır. O kadar. Oysa yargılamanın diyalektik yapısı da göz önünde tutulduğu zaman süreç teriminin yargılamayı daha iyi anlattığı ve açıklığa/saydamlığa kavuşturduğu açıktır.

#### **D- Kunter’in yargılama tanımı çağın gerisindedir, yanıltmacalıdır, çelişkilidir, tarihsel evrime ters düşmekte ve haksızlığa yol açmaktadır**

##### **1- Çağın gerisindedir**

Kunter’in tarihe başvurarak yargılama kavramını *yargıda bulunmal/hüküm kurma* aşamasıyla sınırlaması, yukarıda değinilen tanım(lama) kavramının klasik anlayışının bile gerisinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, Kunter, deneysel çözümlemeye dayanan tanıma başvurmakta, kavramı tarihteki değişik anlamlarıyla ve kavramın anlamını nesnelere, nesnelere arası ilişkiye, doğa yasalarına göre belirlemektedir. Kavramın daha yüksek yakın cinsi ile onu bu cinsten ayıran tür ayırımını gözetmemekte, çağın gerisinde kalmış bir tanım(lama) anlayışıyla adlandırma girişiminde bulunmaktadır. Ayrıca çağımızın tanım anlayışına göre, kavram açıklamasına dayanan ta-

<sup>48</sup> Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1374; Cevzici, s. 1467, 1468.

nım, sözcüğün günlük dildeki bulanık tanım anlamını aşmak, onu daha sağlıklı ve gerçek/doğru ve kesin sözcükle/terimle, kesin açıklama yapmaktır. Sokaktaki insan, yargılama (ya da muhakeme) kavramını günlük dilde çok değişik ve karışık anlamlarda kullanabilir, yargıda bulunma etkinliği olarak düşünebilir, onu bu etkinliklerle sınırlandırabilir, bu bağlamda tanımlayabilir ve açıklayabilir (explikandum). Ancak bir hukukçu, yargılama kavramını, kavramın içinde yer aldığı bilim dalının dizgesi bağlamında kesin kuralların ve kavramların bütünüyle tutarlı bir biçimde tanımlamak zorundadır. Bu tanım da, ancak yukarıda vurgulandığı üzere, görev açısından iddia, savunma ve soruşturma ile kovuşturmayı, yani hazırlık, duruşma ve yargıda bulunmayı; yapı açısından hukuki ilişkiyi, uyumsuzluğu, ceza yargılaması öznelerini, işlemlerini, düzgülerini (norm); yapıbilimsel açıdan evreleri, aşamaları içeren ortaklaşa bir etkinliği kucaklayan bir tanım ve açıklama (explikat) olmak durumundadır.

Öte yandan toplumların gelişmesiyle birlikte zaman içinde sözcüklerin anlamlarının ve kapsamlarının değiştiği, anlam kaymasına ya da genişlemesine ve daralmasına uğradığı da bir gerçektir. Bundan başka terimler, bir bilim dalına özgü sözcükleridir. Bunların günlük dildeki anlamları ile bilim dilindeki anlamları arasında ince ayrılıklar bulunabildiği gibi terimlere özel anlamlar da yüklenebilir. Yukarıda belirttiği üzere, ceza yargılaması tarihin ilkel dönemlerinde tek basamaklı, tek katlı idi. Yargılayanlarca (yargıç), suçun etkin öznesi (fail) hemen cezalandırılır; genellikle karara karşı yasa yolu bulunmadığından ve verilen karar kesin olduğundan ardından hemen cezanın yerine getirilmesi evresine geçilirdi. Hatta Eski İran’da olduğu gibi kimi hukuk düzenlerinde yargıç yalnızca “sanık suçludur” ya da “sanık suçsuzdur” demekle yetinir, gerekçe bile göstermezdi. Bu durumlar, sadece Türk toplumlarında değil, o dönemin bütün toplumlarında böyleydi. İlkel dönemlerin bütün toplumlarında ortaklaşa (kolektif) yargılama da söz konusu değildi. Kısaca “yargılama” kavramı dar bir etkinliği dile getiriyordu<sup>49</sup>.

İslam öncesi Arabistan’a gelince oradaki topluluklarda, her oymak (klan) başkanı (şeyh), kendi oymağının bireyleri ile kölelerinin yaşam hakları üzerinde tartışılmaz bir egemenlik yetkisine ve yoksul aileler, kız çocuklarını diri diri toprağa gömme hakkına sahipti<sup>50</sup>. Bütün o dönem ilkel topluluklarındaki gibi cezanın temeli, “öç alma”ya ve “ödeşme”ye (kisas) dayanıyordu. Suçu işleyen kimse belirlemediği takdirde o bölgeden seçilen elli kişinin suçsuz oldukları konusunda ant içmeleriyle (*kasâme*)<sup>51</sup> yargılama bitiyordu<sup>52</sup>. Böylesine ilkel bir toplumda elbette haklara dayalı bir yargılamanın kısıntısı bile düşünülemezdi.

<sup>49</sup> Kozak, s. 54, 55, 108-110, 146, 147, 206-211, 262-265, 346-350, 403, 404, 485-494, 591, 592, 637-643; Okandan, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, 1951, s. 116, 150, 151, 166, 167, 192, 225.

<sup>50</sup> Günaltay, İslam Öncesi Araçlar ve Dinleri, Ankara, 1977, s. 13, 111.

<sup>51</sup> “Kasâme”, güzellik, cemel, barış, bir konuda ant içip tanıklık etme (cojureur) anlamlarına gelmekte olan bir yargılama hukuku kavramıdır. Bu yöntem, Yahudilerden ve cahiliye dönemi Araçlarından İslam hukukuna da geçmiştir (Dini Kavramlar Sözlüğü, ortak yapıt, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara, 2006, s. 361, 362); Ekinci, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2011, s. 68; Ateş, İslam’a Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitab Örf ve Adetleri, İstanbul, 1996, s. 426-430, 438).

<sup>52</sup> Ekinci, s. 68.

Yine bir tür çile ve “Tanrı’nın yargıları” (jugements de Dieu, giuduzi di Dio) anlamlarına gelen “suçsuzluk sınavı”<sup>53</sup> yöntemi, hemen bütün yabanıl (barbar, vahşi) toplulukların ilkel dönem hukuk dizgelerinde ve hatta Ortaçağ Avrupa’sında sıklıkla başvurulan akıldışı ve doğaüstü bir kanıtlama biçimiydi. Buna göre, kanıt bulunamayınca, adalet bir bakıma Tanrı’nın önüne taşınıyor, suçlanan; bedeni üzerinde yapılan denemeye dayanırsa, Tanrı kendisine dayanma gücü verdiği için, suçsuz sayılıyordu. Kızgın demir, ateşte tutma, suya daldırma, kaynar ya da buzlu su, yanan odun yığınının aşma vb. gibi birçok sınaama türleri bulunmaktaydı. Bu “suçsuzluk sınaama” kurumu, Batıda daha sonraları *düello* kurumunun da temeli olmuştur<sup>54</sup>.

Bu durumda bunlardan bir kesimine muhakeme, bir kesimine de yargılama demek, çağ gerisi ve tutarsız bir tanımlamadır.

## 2-Yanıltmacalıdır

Merhum Kunter, haklı olarak ilkel dönemlerde, öbür topluluklar ile Türk oymakları ve devletleri arasında yargılama hukuku açısından hiçbir başkalık bulunmadığı çıkarımına ulaşmaktadır. Ancak daha sonra inanılması güç yanıltmacaların tuzağına düşmektedir.

Bilimsel etkinliklerin amacı, gerçeği/doğruyu bulmak ise bu yanıltmacalara katlanmak çok zordur.

Bilimsel etkinlikte ilkin mantık, çıkarımlar, bilimsel yöntemler ve ölçütler çevrime girer. Bu etkinlikte “yanıltmaca”ların<sup>55</sup> (yanıltı, yanıltım<sup>56</sup>, yanıltılı biçim<sup>57</sup>) tuzağına düşülmemelidir. Merhum Kunter’in benimsediği biçimde konuya yaklaşıldığı takdirde, ilkin görünüşte geçerli gibi bulunmasına karşın hiç de öyle olmayan çıkarımlara yol açan çarpık akıl yürütmelerinin kimi biçimlerinin tuzağına düşülmüş olacaktır. Bunlardan birincisi, olasılıkları kanıt olarak öne sürme (argu-

<sup>53</sup> L. ordalium, Eski İngilizcede ordalium, günümüz Almancasında hüküm anlamına gelen Urteil, F. ordalie, İ. ordalia. Bunun da iki türü vardı: “Tek yanlı sınaama” (ordalie unilaterale) ve daha sonraları *düello*ya dönüşen “çok yanlı sınaama” (ordalie bilatral). (S. Selçuk).

<sup>54</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Imbert/Levasseur, Le pouvoir, les juges et les bourreaux, Paris, 1972, s. 160-163; Manzini, Trattato di diritto processuale penale italiano, Torino, 1931, I, s. 7; 1932, II, s. 361; Stefani/Levasseur/Bouloc, Procédure pénale, Paris, 2000, n. 63; Cordero, Procedura penale, Milano, 1985, s. 4,18, 915.

<sup>55</sup> Y. sophisma, L. fallacia, A. Trugschung, sophisma, fangschluss, F. sophisme, argumen captieux, İ. sophism, fallacy, İ. ve İs. sofisma. O. mugalata, safsata. Yanıltmaca, kasıtlı olarak karşısındakini yanıltmaya götüren, kandıran bir mantık yürütme girişimidir. Nitekim, Yunanca sophisma sözcüğü kurnazca bir düzen ya da hile anlamına gelmektedir. (Honer/Hunt/Okholm, [Hasan Ünder], Felsefeye Çağrı, Ankara, 2003, s. 95-101; Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1565, 1566; Lalande, s. 1010, 1011).

<sup>56</sup> A. trugschluss, fehlschluss, fallazie, paralogismus; F. paralogisme, argument spcieux; İ. fallacy, paralogysm, İ. ve İs. paralogismo, O. kıyas-ı fasit. Yanıltı, sağlıksız bir akıl yürütmedir. Ancak kasıtlı, bilerek, isteyerek yapılan bir çaba değildir.

<sup>57</sup> Forms of fallacious argument, types of misleading argument (Güçlü/Uzun, E./Uzun, S./Yolsal, s. 1565, 1566; Lalande, s. 736, 737).

mentum ad iudicium), yani bilginin temellerine inilerek varılan yargıların olasılık içerdiği unutulurak kanıt diye öne sürülmesi; ikincisi, bir şeyin parçalarında, öğelerinde belli ortak özellik olması nedeniyle bu özelliğin kendisinde olduğunu çıkarılma anlamındaki *birleşim yanılması* (fallacy of composition); üçüncüsü, “her yurttaş bayrağa saygılıdır; öyleyse bayrağa saygılı herkes yurttaştır” gibi *yanlış evirme* (false conversion), yani çıkarımın bir önermedeki özne ile yüklem, doğru akıl yürütmenin gereklerine uymayan bir önermeyle sonuçlanması; dördüncüsü, *olguya karşı varsayımlar* (hypothesis contraryto fact), yani “babam zengin olsaydı, ben başarılı bir hukukçu olurum” gibi geçmişteki bir olay ya da durum gerçekte olduğundan değişik olmuş olsaydı, başka neler olacağını kesinlikle kestirme sıklıkla başvurulan yöntemler arasındadır. Merhum Usta Hukukçunun “Eğer Eski Türk oymaklarında kişilerin haklarını gözeten, evrelere ve aşamalara ayrılan, basamaklı bir yargılama olsaydı, buna ‘muhakeme’ derdim” mantığı yukarıdaki yanıltmacaları, özellikle de bu sonucu yanıltıyı anımsatmaktadır. Gerçekten Kunter, ilkin ilkel dönemlerde, öbür topluluklar ile Türk oymakları ve devletleri arasında yargılama hukuku açısından hiçbir başkalık bulunmadığını belirtmektedir. Ama hemen ardından bütün öbür toplumlar<sup>58</sup> için, bu arada İslam öncesi ve de sonrası Arap toplumları için, A’dan Z’ye bütün evre ve aşamaları kapsayan terim olarak “muhakeme” sözcüğünü önermektedir. Buna karşılık Eski Türk oymaklarına gelince, oralarda uygulanan anlayış ve biçimi gözeterek, sanki günümüzde hala o dönemler yaşanıyormuşçasına, “yargılama” terimini önermektedir. Yukarıda değinildiği gibi, bunu da yargılamanın ikinci evresinin son aşamaları olan duruşma ve hatta sadece karar verme/hüküm kurma olgusu ile sınırlayarak yapıyor.

Özellikle de “muhakeme” sözcüğünün boy verdiği uygarlık düşünüldüğü zaman hiç de haklı olmadığı görülmektedir. Gerçekten sözcüğün tam anlamıyla ilkel, bu yüzden de “*cabiliye (bilgisizlik) çağı*”<sup>59</sup> diye bir dönem yaşayan; dört öğeden, yani kum, hurma ağacı, deve ve, yerleşik (hadarî) değil, göçebe (bedevî) öğelerinden oluşmuş, doğru dürüst yargısal bir örgütlenme kurulmamış ve çöl ortamında biçimlenmiş ilkel bir uygarlığa özgü çöl hukukuna<sup>60</sup> dayanan Arap toplumları için

<sup>58</sup> Oysa yalnızca Eski Atina kent devleti ile Roma’da günümüz hukukuna benzer kimi gelişmeler yaşanmıştır (Okandan, s. 299-303, 555-562).

<sup>59</sup> Çağatay, İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ankara, 1982, s. 98 vd.; Çağatay, Başlangıcından Abbasilere Kadar İslam Tarihi, Ankara, 1993, s. 93 vd.; Hizmetli, İslam Tarihi, Ankara, 1995, s. 57, 59, 79.

<sup>60</sup> İslam öncesi Araplar’da bugünkü anlamda yasama, yürütme ve yargı(lama) temelinde gelişen ne bir devlet düzeni ne de örgütlenme vardı. Dolayısıyla uyumsuzlukları çözecek bir mahkeme de söz konusu değildi. Hukuk, oymaklara ve törelere göre değişik uygulanıyordu. Yargıçlardan çok hakemler adalet dağıtımını gerçekleştiriyorlardı. Bireyler, özellikle kendi oymağı dışında cezayı gerektiren bir davayla karşı karşıya kaldığı zaman kendi hakkını aramak ve savunmak durumundaydı. Böyle bir ortamda hakkını arayan kişi maddi açıdan güçlü ise hakkını alır, değilse alamazdı. İşte güçlülere karşı güçsüzleri korumak ve baskılara son vermek amacıyla yirmili yaşlarında Hz. Muhammet’in de katıldığı “Fadl’ların antlaşması” anlamına gelen ve Fadl ailesi bireylerinin ölümüyle sona eren “Hilf-el fudûl” olayı yaşanmıştır. Buna göre, haksızlığa uğrayan kişi, adalet yerine getirilinceye dek

bütün aşamaları kapsayan bir yargılamadan söz etmek ve bunu muhakeme diye andlandırmak akla da uygun bulunmamaktadır.

### 3- Çelişkilidir

Yine bilimsel etkinlikte ikinci olarak, biçimsel düşünce yasalarına da uyulmak zorunludur. Bu yasalar, özneye bağlı değildir, ama özne bu yasalara bağlıdır. Çünkü hepsi buyurucudur, belirleyicidir; ama betimleyici değildir<sup>61</sup>. Bilindiği üzere bu yasalardan en önemlilerinden biri, “*çelişmezlik ilkesi*”dir (principium contradictionis). Buna göre, kurulan iki karşıt/çelişik yargıdan ikisi de yanlış ya da doğru ya da var olan bir şey aynı anda hem kendisi hem de başkası olamaz. Bunlardan biri doğrudur, öbürü yanlıştır; biri kendisidir, öbürü başkasıdır. Yeter ki, özne ve yüklemli özdeş olsun. Merhum Kunter, eski Türk toplumları ile yine öbür eski toplumlar arasında bilim dışı bir ayırım yaparak ayrı çıkarımlara ulaşmış, tam bir çelişkiye düşmüştür. Çelişik görüşler, birbirlerini yok ettikleri için varılan sonuç ya da gerekçe de ortadan kalkar<sup>62</sup>.

### 4- Tarihsel evrime ters düşmekte ve haksızlığa yol açmaktadır

Ayrıca bu anlayış, hem tarihsel evrime ters düşmekte ve hem de bir haksızlığa da yol açmaktadır. Gerçekten bu tutum, her şeyden önce bu bir “*tarih yamılgısı*”dır (anakronizm), tarihi tersinden okumaktır; Türk oymaklarında kullanılan sözcükten yola çıkarak geçmişi bugüne taşımaktır. Oysa Türkçe yargılama sözcüğünün kökündeki “*yār-*“ eyleminin bilinen anlamının yanı sıra “*hüküm vermek*” anlamını da taşıdığı dilbilimciler tarafından ortaya konmuştur<sup>63</sup>.

Öte yandan söz konusu anlayış bu noktada da kalmamakta, Türk adalet anlayışına yönelik bir haksızlığa da yol açmaktadır. Çünkü böyle yapıldığı takdirde,

---

yalnız bırakılmaz, desteklenirdi. Bu kurum, İslam'dan sonra kurulan “mezalim mahkemeleri”nin temelini oluşturmuştur (Çağatay, 1982, s. 100, 1993, s. 78 vd.; Schacht, [Mehmet Dağ/Abdülkadir Şener], İslâm Hukukuna Giriş, Ankara, 1986, s. 18; Brockelmann, [Neşet Çağatay], İslâm Ulusları ve Devletleri Tarihi, Ankara, 2002, s. 4; Zeydan, [Ali Şafak], İslâm Hukukuna Giriş, İstanbul, 1976 s. 55, 56; Hamidullah, (Kemal Kuşçu), İslam'da Devlet İdaresi, İstanbul, 1963, n. 109; Atar, İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara, 1979, 30, 31, 33, 165). Ancak Hilf-el fudûl, Hz. Muhammed Medine'ye geldikten sonra o çevrede yaşayan ve birbirine düşman olan değişik inaçtaki kesimlerin barış içinde yaşamaları amacıyla karşılıklı hak ve sorumluluklarını belirleyen ve bir tür anayasa niteliğinde bulunan 47 maddelik “Medine Belgesi” ile karıştırılmamalıdır. (Armağan, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara, 1996, s. 210-216).

<sup>61</sup> Mengüşoğlu, Felsefeye Giriş, İstanbul, 2008, s. 106; Dinçer, Kısaca Felsefe, Ankara, 201, s. 67. s

<sup>62</sup> Fransız Yargıtayının sürekli dile getirdiği bu husus, yargı kararını kesin bozma nedenlerinden biridir. Bir hukuk özdeyişine dönüşen bu anlatımın kaleme alınış biçimi şöyledir: “Çelişik nedenceler, birbirlerini karşılıklı olarak yok ettikleri için, hüküm gerekçeden yoksun sayılır; o halde geriye bir şey kalmaz” (les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien) ya da “nedenceler ve/ya hüküm fıkrası arasında çelişki bulunması, gerekçe yokluğuyla eşdeğerdir” (la contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l'absence) de motifs). (Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, s. 388, 389).

<sup>63</sup> Gülensoy, Türkiye Türkçesindeki Türkçe Sözcüklerin Köken Bilgisi Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 1074.

değerlendirmede çifte ölçüt kullanılmış olacak, aynı değerlendirmenin öbür toplumlar için neden yapılmadığı sorusu ister istemez gündeme gelecektir. Bu soruyu yanıtlamak ise çok güçtür. Kaldı ki, Türk oymaklarında, bildiğimiz kadarıyla, az önce değinilen “suçsuzluk sınama” yöntemine başvurulduğuna ilişkin bir bulguya da bugüne dek rastlanmamıştır ve bu durum, bir ölçüde aynı dönem öbür toplumlara oranla Türk toplumunun daha çok gelişmişliğinin bir anlatımıdır.

### **E- Kunter’in görüşü, bilim felsefesi açısından, iç çelişkiyle örselenmiştir**

Gerçekten erkler ayrılığı ilkesine göre, yasa yapma görevinin ve organının “yasama”; yasalara göre ülkeyi yönetme görevinin ve organının “yürütme” olarak Türkçeleştirilmesinin doğru, ancak üçüncü erkin “yargılama” yerine “yargı” olarak adlandırılmasının yanlış olduğunu yerinde gerekçelerle vurguladıktan sonra bu kez, “yargılama” yerine “muhakeme” denmesini önermek, çelişkiyi daha da çarpıcı boyutlara taşımaktadır. Bu yüzden Merhum Kunter, özellikle dilbilimcilerin üzerinde birleşecekleri “uzlaşma işlemi”nden büsbütün uzaklaşmakta, paylaşılması zor bir sonuca ulaşmakta, üzerinde uzlaşılması olanaksız “öznel işlem”iyle baş başa kalmaktadır.

## **IV-SONUÇ VE ÖNERİMİZ**

### **A- Bundan böyle artık muhakeme değil, yargılama terimi yeğlenmelidir**

Birinci sorun ve belirleme şudur: Elbette bugün Türkçede “yargılama hukuku” ya da “muhakeme hukuku” yerine “süreç hukuku” (Strafprozessrecht, diritto processuale) denmesi artık çok zordur ya da en azından zor görünüyor. Dolayısıyla geriye, iki terimden birini seçmek kalıyor: Bu hukuk dalına ya “yargılama hukuku” ya da “muhakeme hukuku” adı verilecektir.

İkinci sorun ve belirleme şudur: Anlambilim, köken bilgisi ve yargılama sözcüğünün tarihsel gelişimi, “muhakeme” ve “yargılama” sözcüklerinin eşanlamı olduğunu ortaya koymaktadır. Aradaki tek başkalık, birinin Arapça, öbürünün Türkçe olmasıdır. Öyleyse seçimi bu bilgilerin ışığında yapmak zorundayız.

Üçüncü sorun ve belirleme şudur: Bilim ezbere dayanmaz. Çünkü ancak ana dilin kendi toprağında üretilen sözcükler, insanı düşündürür, düşündürdüğü için canlıdır, diridir ve yaşar. Sözelimi, bir Türk çocuğuna talil, dedüksiyon ya da istikra, endüksiyon dendiği zaman kafasında hiçbir düşünce kıvılcımı çakmaz. Ama tümdengelim ya da tümevarım dendiği zaman beyninde hemen düşünce kıvılcımları çakacak, düşünmeye başlayacaktır, Türk çocuğu. Dahası ne zaman talil, dedüksiyon, istikra, endüksiyon sözcükleri geçse, Türk çocuğu sözlüklere başvurmak, onları ezberlemek zorundadır. Ancak tümdengelim, tümevarım dendiği zaman ezberlemek şöyle dursun, Türk çocuğu hemen düşünmeye başlayacak; ezberin çürütücü etkisinden uzak kalacaktır. Ana dilin dehasıdır, bu. Bu yüzden gerçek bilim,

anadilde yapılır. Bunun bilincinde olan toplumlarda anadili koruyan yasalar çıkarılmıştır<sup>64</sup>. Türk toplumu, bu gerçeklerin/doğruların bugün de dışında yaşamaktadır. Türk insanında bir toplumu ulus yapan en önemli öğelerden birinin yetersiz olduğu görülmektedir. Anadil bilincidir, bu. Bu yüzden anadili örseleyen yabancı sözcüklerin dile sızmasına, hatta dili sarıp kuşatmasına, doğal bir olaymış gibi, izin verilmektedir.

Bütün bu nedenlerle biz, “yargılama” teriminin “muhakeme” terimini bütünüyle, hatta fazlasıyla karşıladığı; dahası Türk insanının beyninde düşünce kıvılcımları çaktırdığı kanısındayız. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, Arapça “muhakeme” sözcüğünün kökü, “hüküm”dür. Bu kökten türetilen “muhakeme, mahkeme, hâkim (hükmeden, hüküm kuran), mahkûm”, Osmanlı aydınının uydurduğu “mahkûmiyet”<sup>65</sup> gibi sözcükler, “hüküm” sözcüğünü ve bu sözcüğün anlamını bilen Arap çocuğunun kafasında elbette kıpırdanmalar yaratır. Ama Türk çocuğu bunları ezberlemek zorundadır. Kısaca Türk çocuğu için muhakeme terimi, ezberdir; çürütür ve algılama kapılarını kapatır. “Yargılama” terimi ise, düşünmedir, düşündürür; diriltir, canlandırır ve algılama kapılarını açarak yeni açılımlara doğru koşturur Türk çocuğunu. Öyleyse yukarıda değinilen nedenleri de gözetirsek, asıl dışlanması gereken terim, “muhakeme”dir; “yargılama” değil. Hem yargılama sözcüğü ile muhakeme sözcüğü eş anlamlı ise neden Arapçasını kullanalım ki?!

### **B-İkinci evrenin adı da “kovuşturma” olmalıdır**

Süreç olarak ceza yargılaması, çözümlemeci (analitik) yaklaşıldığında hukuki yapı açısından “duruk” (statik); hukuk düzeni açısından devinimli (hareketli, dinamik), hukuki ilerleme, yürütülme, akış açısından kinematik bir nitelik sergilemektedir<sup>66</sup>.

Ceza yargılamasına birleşimci (sentetik) bakımından yaklaşıldığında ise yapıbilimsel açıdan üç evre karşımıza çıkmaktadır: 1-*Soruşturma* (instruction istruzione, instrucción), 2-*bilişme* (cognition, cognizione, cognición), 3-*yerine getirme* (infaz, ejecución, esecuzione, ejecución)<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Ayrıntılı bilgi için bk. Selçuk, Önce Dil, İstanbul, 2009.

<sup>65</sup> Çünkü sonu “-iyet-iyet” ekiyle biten bütün sözcükler, halkın dilini küçümseyen ve kendilerine özgü yapma bir dil ardında koşan Osmanlı aydınının uydurmasıdır. Bu sözcükler Arapçada yoktur ya da varsa bile yapısı böyle değildir. Cumhuriyet, hürriyet, mağduriyet, isnadiyet, aidiyet, ciddiye, aynı alışkanlıkla son yıllarda uydurulan acziyet vb. gibi. Türk insanı, kendi anadilinin köklerinden sözcükler yaratarak dilini varsıllaştıracak yerde, başka uluslar adına o ulusların dillerinde sözcük uydurma alışkanlığından vazgeçmelidir (S. Selçuk).

<sup>66</sup> Foschini, Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, 1965, s. 18-22. Bu tanı da, kanımızca “fenomenolojik” açıdan da doğrudur (S. Selçuk).

<sup>67</sup> Foschini, I, s. 22. Böylece Kunter, Foschini’den ayrı düşünmekte, ceza yargılama hukukunda iki evrenin bulunduğunu belirtmektedir (s. 747). Buna karşılık öğrencileri, evre sayısını dörde çıkartmışlardır: 1-Soruşturma, 2-ara soruşturması, 3-kovuşturma, 4-yargının (hüküm) yerine getirilmesi (Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 637).



Görüldüğü üzere ceza yargılaması hukukunda birinci ve ikinci evrelerin adlandırılmasında bir sorun yoktur. Birinci evrenin adı Türkçemizde de Batı dillerindeki gibidir: “*Soruşturma*”. Ancak bu evreye Kunter, “*önsoruşturma*” demektedir. Üçüncü evrenin adlandırılmasında da bir sorun yoktur. Gerçi 2004/5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası (CYY), yerine getirme (çektirme, infaz) evresini 2004/5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Önlemlerinin Yerine Getirilmesi Hakkında Yasa’ya (CGÖYGY) bırakmış ve cezaların yerine getirilmesine (infaz) ilişkin hukuk artık yeni bir hukuk dalı olmuş ise de, bu evredeki çoğu işlemlerin ceza yargılaması hukuku kapsamına girdiği açıktır.

Sorun, ikinci evrenin adlandırılmasındadır. Merhum Kunter’in birleşik sözcükle “*sonoruşturma*” dediği bu evrenin amacı, bilindiği gibi, yükletilen suç konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığı yargıya (hüküm) ulaşacak biçimde ortaklaşa ve karşılıklı bilgilenme, öğrenme, aşağıda açıklanacağı üzere, doğru anlatımla “*bilişme*” yöntemiyle yargılayıp çözmektir<sup>68</sup>.

Kunter’in öğrenme yargılaması başlığı altında incelediği bu evreye CYY, “*kov(ğ)uşturma*”, yani geniş anlamda “*duruşma*” demiştir.

Bilindiği üzere İtalyan hukukunda kovuşturma evresine, “*bilişme*”<sup>69</sup> denmektedir. İtalya’da ve bizde bu evre, aslında terimin geniş anlamında “*duruşma*”dır (dibattimento, débat, debate) ve üç aşamayı içine almaktadır<sup>70</sup>: 1-*Önduruşma* (*duruşma hazırlığı*, predibattimento), 2-*duruşma* (*dar anlamda duruşma*, dibattimento, débat, debate), 3-*sonuç çıkarım* (istidlal, duruşma sonrası görüşme ve yargı [hüküm] oluşturma, postdibattimento).

Tam bu noktada Osmanlıca “*murafaa*”<sup>71</sup> teriminin yerini alan “*duruşma*” te-

<sup>68</sup> Kunter, s. 889.

<sup>69</sup> Foschini, II, s. 273 vd. Sırasıyla Fransızca, İtalyanca ve İspanyolca “*cognition, cognizione, cognición*” sözcüklerinin en doğru çevrisi “*öğrenme*” değil, “*bilişme*”dir. Çünkü bu sözcük işi *ve/ya* eylemi, eylem gövdesine “-(i)ş” eki eklenerek türetilen ve öznelerin “*ötüşme(k)*, *uçuşma(k)*” gibi birlikte ya da “*sevişme(k)*, *kucaklaşma(k)*, *dövüşme(k)*, *sövüşme(k)*” gibi karşılıklı edimi yahut da “-leş” ekiyle “*esmerleşme(k)*, *güzelleşme(k)*” gibi nitelik eşitliğini ya da “*sözleşme(k)*, *dertleşme(k)*, *paylaşma(k)*” gibi birlikte yapmayı anlatmaktadır (Gencan, Dilbilgisi, TDK, İstanbul, 1971, n. 317). Türkçemizdeki “*öğrenme*” ise tek yanlı edilgin bir işi ya da eylemi anlatmaktadır ve “*işteş*” yapıları “*öğrenişme(k)*” diye bir ad ya da eylem ise Türkçemizde bulunmamaktadır. Buna karşılık “*bilişme, bilişmek*” sözcükleri Türkçemizde vardır ve “birbirini tanıma(k), birbirini bilme(k), dostluk kurma(k), tanışma(k)” anlamlarına gelmektedir ve işteş bir işi ya da eylemi anlatmaktadır. Ozanlarımız zaman zaman bu sözcükleri kullanmışlardır: “Buna zamanlar bilişip, ahir dönüp ayrılışip” (Yunus Emre); “Üzlet ehli bilişir Allah ile” (Eşrefoğlu Rûmi), “Kimse güman ü zann ile Hak ile olmadı biliş” (Nesimi). (Ayverdi, s. 368; Püsküllüoğlu, s. 301).

<sup>70</sup> Foschini, II, s. 279 vd., 363 vd., 489 vd.; Kunter, s. 749; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.637

<sup>71</sup> Ortadan kaldırma, geçersiz kılma anlamında “*ref*” (*ref-i cidal, ref-i kaza gibi*) kökünden türetilen “*murafaa*” (*mürafaa*) sözcüğünün karşılığı, Türkçemizde mahkemece tarafların çağrılarak yüze karşı, sözlü ve açık olarak yapılan yargılamadır, yani duruşmadır (Türk Hukuk Lügati, Ankara, 1991, s. 78, 243, 257, 363; Ayverdi, 2145, 2564; Develioğlu, s. 817, 1057; TDK, Türkçe Sözlük, s. 579, 1412).

riminin anlamı üzerinde de durmak gerekmektedir. Çünkü Merhum Kunter, yargılama terimini yukarıdaki son iki aşamayı karşılamak üzere kullanmakta ve ele almaktadır.

“*Duruşma*” terimi, köken bilgisine ve Türkçemizdeki anlamlarına göre, Kunter’in yargılama dediği aşamaları, yani dar anlamda duruşmayı ve yargıda bulunmayı içermekte; bunun yanı sıra yargılamanın her aşamadaki diyalektik yapısının en uç noktada ortaya çıkmasına da vurgu yapmaktadır. Gerçekten duruşma sözcüğü sadece davacı, davalı ya da yakınan, katılan, savcı ve sanığın katıldıkları yargılama evresini anlatmamakta, halk (saz) ozanlarının karşılıklı deyişlerle birbirlerine söz atmalarını, yani “atışma”yı da anlatmaktadır. Bir başka anlatımla sözcük, ağız kavgası, tartışma anlamlarına da gelmektedir. “Duruşmak” sözcüğü ise bu sözcüğün eylem durumunu belirtmektedir. Nitekim duruşmak sözcüğünün kimi zaman eski Türkçemizde “dürüşmek” olarak da kullanıldığı görülmekte ve her iki sözcüğün birbirine karşı durmak, savaşmak, mücadele etmek, çarpışmak anlamlarında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Sözelimi, “Dürüş, kazan, ye, yedir, bir gönül ele getir” (Yunus Emre); “Duruşalım nam için cenk edelim” (İskender Kitabı, Tarama Sözlüğü) gibi<sup>72</sup>.

Tam bu noktada Batı dillerinde kavga, dövüşme gibi anlamlara da gelen ve “*tartışma*” denilen kovuşturmanın bu aşamasının “duruşma” olarak Türkçeleştirilmesinin doğru olup olmadığı üzerinde de durmak gerekir. Türkçeleştirme devrimi sırasında özleştirmecilerin haklı olarak duruşma aşamasındaki karşılıklılığı ve aynı zamanda birlikteliği, ortaklaşalığı da anlatan bu terimi yeğlerken duruşma sırasında tarafların, saz ozanları gibi atıştıklarını, tartıştıklarını da gözettikleri anlaşılmaktadır. Burada bir sözcük daha karşımıza çıkmaktadır: *Niza*. Sözcüğün kökünde bozma, birbirine düşürme, yok etme anlamlarına gelen “*nez*” sözcüğü bunmaktadır ve anlamı “*bozuşma, çekişme*” dir. Bu aşamaya “*niza*” karşılığı kullanılan ve birlikteliği, ortaklaşalığı anlatan “*çekişme*” ya da aynı doğrultuda Batı dillerindeki gibi “*tartışma*” da denilebilirdi ve bu son terim kanımızca aşağıdaki nedenlerle daha çok doğru olurdu<sup>73</sup>. Ancak gerek “*çekişme*” ve gerek “*tartışma*” sözcükleri, saz ozanlarının yaptıkları gibi karşılıklılık ve atışma vurgusunu “duruşma” sözcüğüne oranla daha ikincil düzeyde sergilemektedir. Bu yüzden özleştirmecilerin duruşma sözcüğünü yeğledikleri anlaşılmaktadır. Elbette özleştirmeciler, bu öneriyi gündeme getirdikleri sırada, uygulamada duruşmanın “*karşılıklı durma*” işine ve eylemine dönüşeceğini kestiremezlerdi. Duruşmanın böyle yaşanması ve karşılıklı durmaya dönüşmesiyle ilgili kınama yargısı, hiç kuşkusuz özleştirmecilere değil, yargıçlara yöneliktir.

Evet, bütün bunlar gözetildiğinde duruşma terimi yerine “*tartışma*” terimi yeğlenmeliydi. Bunun yerinde nedenleri vardı. Birinci neden, Türk hukuku, Batı

<sup>72</sup> Ayverdi, s. 769, 781, 2145; Püsküllüoğlu, s. 181, 583.

<sup>73</sup> Ayverdi, s. 546, 2343, 2359, 3037; Püsküllüoğlu, s. 1310, 1660; Develioğlu, 996, 1008; Türkçe Sözlük, TDK, s. 408, 1478, 1909.

hukuku terimlerini özümsemek ve uygulamaya yansıtmak zorundaydı. Nitekim Japonlar, 19. yüzyılın sonlarından bu yana Batı kavramlarını hukuk öğretisine ve uygulamasına yerleştirme savaşını vermişler ve bunda çok başarılı olmuşlardır. Eğer “tartışma” sözcüğü hukuk kavramı olarak alınsaydı ve hukuk terimcemize girseydi, elbette uygulama daha başarılı olacaktı. Zira Batı hukukuyla bütünleşmenin en önemli yollarından biri kuşkusuz terimlerin Batıdaki karşılıklarına uymasıydı. İkinci neden, “tartışma(k)”, Türkçe’nin en güzel ve anlamlı sözcüklerinden biridir. Batı dillerindeki gibi “dövüşme(k)” anlamını içermemekte ve bunun yanı sıra düşünceleri, görüşleri sözlerle açıklayanların karşılarında yer alan kimselerin düşüncelerini, görüşlerini de karşılıklı olarak tartmaları gerektiğine vurgu yapmaktadır. Üçüncü neden, tartışma terimi, yargılamanın temel ilkelerinden olan sözlülük, yüz yüzelik ve ortaklaşalık ilkelerini çok daha iyi yansıtmaktadır. Son neden olarak da tartışma terimi, duruşma sözcüğü gibi bu aşamaya katılanların karşılıklı durmaları anlamını yansıtmadığından, uygulamayı doğru biçimde etkileyebilir ve yönlendirebilirdi.

Bütün bu nedenlerle kanımızca en doğru seçim “*tartışma*” terimidir.

Yasa’nın yeğlediği “kovuşturma(k)”<sup>74</sup> sözcüğüne gelince, durum şudur: Günlük dilde bu sözcük, bir kimse hakkında yapılan araştırmayı, soruşturmayı ve takibatı anlatmaktadır. Türk yasa koyucusu ise, sözü geçen terimi “iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine dek geçen evre” olarak tanımlamakta (CYY, m. 2[1]f) ve hukuk terimcemize bu anlamıyla katmaktadır.

Demek oluyor ki, kovuşturma evresini anlatmak için İtalyan öğretisi gibi “bilişme” ya da Yasa’nın dediği gibi “kovuşturma” yahut da Kunter gibi “son soruşturma” veyahut da geniş anlamda “duruşma” olarak adlandırmak ve terimlerden birini seçmek gerekecektir.

Bizce yeğlenmesi gereken ve doğru terim, artık “*kovuşturma*”dır. Böylelikle Yasa’nın hem dizgesiyle uyum sağlanmış, hem “soruşturma” teriminin yol açması olası terim/kavram kargaşası önlenmiş ve hem de “duruşma” terimi, kovuşturmanın son iki aşamasıyla sınırlanmış olacaktır.

Bütün bunların bileşkesini aldığımız zaman sonuç olarak ceza yargılaması kanımızca *soruşturma*, *kovuşturma* ve *yerine getirme* olarak üç evreden; kovuşturma evresi de “*hazırlık*”, “*duruşma*” ve “*yargı ya da sonuç çıkarım*” olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

<sup>74</sup> Develioğlu, s. 1227; Püsküllüoğlu, s. 1140, 1644; Ayverdi, 1786, 3009; Türkçe Sözlük, TDK, s. 1224, 1890.



**TEMYİZ DENETİMİNİN SINIRLARI**  
**VE**  
**BU SINIRLARA UYMAMANIN KAÇINILAMAZ SANCILI**  
**SONUÇLARI/AÇMAZLARI/TEHLİKELERİ**  
*(The Limits of Appellate Control and Inevitable, Excruciating*  
*Results/Dilemmas/Dangers of not Following These Limitations)*

**Sami SELÇUK\***

**Anahtar sözcükler:** Temyiz kavramı, Kapsamı, Sınırları, Duruşma kavramı, Hukuki ve fiili sorun ayrımı, Temyiz kararlarının türleri

**Keywords:** The concept of appellation, Its scope, Its limits, Concept of trial, Distinction of de jure and de facto problem, Types of appellate court decisions

*“İnsan yaratmadıkça, insan gerçeğine varamaz. İnsan gerçeğine, ancak gerçeği yaratarak varılır.”*

**Yaşar KEMAL**

*“... Bir iddianame ki, sadece başındaki besmele ile sonundaki tarih doğrudur, o kadar... Zihinler, dürüstlük ve doğruluğu yitirerek şeytanlık ve yakıştırmaya üretmeye karar verdikleri zaman, insanlar içinde öyleleri çıkar ki, bizzat şeytanın yüzü bile kızarır... Sizlerin şahsında ben, mutsuz yurdumun Tanzimat'tan öncesine döndüğünü görmekle umutsuzum ve üzüntü içindeyim. Bu, benim için sizin vereceğiniz bin ölüm kararından daha acıdır.”<sup>1</sup>*

**MİTHAT PAŞA**

\* Prof. Dr., Eski Yargıtay Birinci Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Mithat Paşa, II. Abdülhamit'in yansız ve bağımsız bir mahkemede yargılanacağına ilişkin buyruğunu ve güvencesini kendisine ileten Adliye Nazırı Cevdet Paşa'nın girişimi üzerine sığındığı İzmir'deki Fransız Başkonsolosluğundan kendi istenciyile ayrılarak Osmanlı Devletine teslim olmuştur. Ancak bu güvenceye hiç mi hiç uyulmamıştır. **Birincisi**, “*yansızlık ilkesi*”ne ters düşen bir Mahkemece yasa hükümlerine uyulmaksızın yargılanmış ve ölüm cezasına hüküm giymiş; en gülünç olanı da ilk soruşturmayı yapan ve iddianameyi düzenleyenler son soruşturmaya yapan mahkemede ve temyiz makamında görev almışlardır. Mahkeme Başkanı, Tuna Valiliği sırasında Mithat Paşa'nın rüşvet suçu nedeniyle görevinden uzaklaştırdığı Süruri Efendidir. İkinci başkan, II. Mahmut tarafından Etnik-i Eteryâdaki etkinlikleri nedeniyle babası asılmış olan Fenerli Rum

*“Bizi içeriden özgürleştirebilecek ve nesneleri algılama yeteneğimizde bir sicil değişikliğine yol açabilecek biricik araç, hâlâ eleştirel düşünce ve onun en sağır doğrulara acımadan saldıran keskin yüzüdür. Uygarlığımız ve onun temeli olan paradigmanın doğası üzerine düşünülmezse hep belirsiz söylemlerle yiteneceğiz demektir.”*

**Daryush SHAYEGAN**

*“En yanlış düşünceler, en çok vazgeçemediğimiz düşüncelerdir.”*

**Friedrich Wilhelm NIETZSCHE**

*“Bilgisini artıran, acularını artırır.”*

**Hint ATASÖZÜ**

ailesinden Hristo Efendi; üyeler, şer'îye mahkemesinden gelen Tevfik ve Hüseyin Beyler, Alman dönmesi Emin Bey, Ermeni Patrikhanesinde zangoçluk yapmış olan Takfor Efendi'dir. Mahkemenin savcısı ise, Mithat Paşa'nın can düşmanı Mahmut Nedim Paşa'nın yetiştirdiği Latif Bey'dir. **İkincisi, Mithat Paşa, “doğal yargı ve yoğunluk ilkeleri”**ne aykırı olarak oluşturulan Yıldız Sarayının hemen yanı başında kurulan bir çadır içinde, sıra dışı, olağanüstü, özel Yıldız Mahkemesinde yargılanmıştır. **Üçüncüsü, “yargı bağımsızlığı ilkesi”**ne aykırı olarak, yargılama sırasında Mithat Paşa'nın düşmanı olan ve sık sık Başkanın kulağına bir şeyler fısıldayarak buyruklar veren Adliye Nazırı Cevdet Paşa ve yine duruşmanın akışından sık sık Padişaha giderek bilgi aktaran ve aldığı buyrukları Başkan'a ileten Mabeyinci Ragıp Bey, yargıçların buldukları kürsünün arkasındaki koltuklarda oturmuşlar ve yargıçları baskı altına almışlardır. **Dördüncüsü**, yürürlükteki **Ceza Yargılaması Yasası hükümlerine, özellikle savunma hakkına hiç uyulmamış**, sanıklar mahkemece belirlenen üç avuktan birini seçmeye zorlanmış, işkencelere dayanan tanık anlatımlarına göre karar verilmiştir. Mithat Paşa, 28 Haziran 1881 tarihinde yaptığı ünlü savunmasında geçen ve günümüz Türkçesine çevirdiğimiz yukarıdaki tümcenin özgün biçimi şöyledir: *“... Bir ithamname ki, sadece başındaki besmele ile sonundaki tarih doğrudur, o kadar... Zihinler, salah ve istikametini kaybederek, şeytanet ve iftira imaline karar verdikleri zaman, benibeşer içinde öyleleri çıkar ki, bizzat şeytanın yüzü bile kızarır... Sizlerin şahsında ben, bedbaht vatanımın Tanzimat'tan eveline rücu ettiğini görmekle müteellim ve meyusum. Bu, benim için sizin vereceğiniz bin ölüm kararından daha elimdir.”* Bu savunma üzerine yargılamayı izleyen İran Büyükelçisi ağlamıştır. Mithat Paşa, dışarıya çıktığında çevik bir hareketle İzmir Başkonsolosunun eşi Bayan Dennis kendisine bir demet karanfil sunmuş ve şöyle demiştir: “Ekselans, Tanrı ve tarih sizden yanadır.” Savunma sonrası kararı vermek üzere Mahkeme yeniden toplandığında Mithat Paşa, hükmü okuyan Mahkeme Başkanının cezaları birbirine karıştırmaya ve kekeleyesi üzerine de şunları söyler: *“Efendi, kekeleyeden okuyunuz. İthamname hepimizde var. Kararınızın da onun aynı olduğu anlaşılıyor. Millet sağ olsun. Altmış yaşından sonra ömrümün geri kalanının bundan fazlasına tahammülü yoktur.”* Bu sırada Mithat Paşa'nın kaçmaması için kapılara dikilen nöbetçilerden kimilerinin ağladıkları görülmüştür. (Tiryakioğlu, Dünya Tarihinde Büyük Siyasi Davalar, İstanbul, 1963, s. 132, 136, 137; Anıl, Osmanlı Döneminde İki Dava, Şeyh Bedreddin ve Mithat Paşa Davaları, İstanbul, 1995, s. 186-202. Ayrıntılı bigi için bk. Uzunçarşılı, Midhat Paşa ve Yıldız Mahkemesi, Ankara, 1967). Görüldüğü üzere, Mithat Paşa Davası, güvence taahhüdünde, sözüne durmayan bir devletin; hiçbir yargılama ilkesine uymayan bir mahkemenin yüzkarası ve tarihin en utanılası yargılamalarından biridir; güvence ve güven veren yansız ve bağımsız bir mahkemenin yargılaması değil, bir çadır tiyatrosunun sahnelendiği oyundur. Karanlık yönleri çok olduğu için de 2414 yıl önce Sokrates'i yargılayan Mahkemenin çok gerisindedir. Yanılığlarından ders alınması için ilkel hukukçuların hiç unutmaması gereken bir davadır da. İlkesizlere ise hiçbir sözümlü olamaz. Onları zaten düzeltmeye kimsenin gücü yetmez ki bu tür çirkinliklerden ders alınlar.

*“Zamanından önce gerçeği ortaya atanlar, alışılan yoldan çıkmakla suçlanmayı göze alabilenlerdir.”*

**Pierre Theilhard de CHARDIN**

*“Nasıl anlaşır kuşlarla insan/Dillerinin çevirisi üzerine?/Ondan daha ağır kaldığını/Nasıl anlatırım kaplumbağaya?/Nasıl sorabilirim bir pireye/Yüksek atlamadıkça derecesini?/Ve nasıl teşekkür etmeliyim ben/Koktukları için karanfille?”(Sorular Kitabından).*

*“Yavaş yavaş ölümler okumayanlar/müzik dinlemeyenler/vicdanlarında hoş görmeyi barındırmayanlar (...)/Yavaş yavaş ölümler/Alışkanlıklara esir olanlar/ber gün aynı yolları yürütenler/Ufuklarını genişletmeyen ve değiştirmeyenler(...)/tamir edilen kırık kalplerin gözlerindeki pırlıtyı görmek istemekten kaçınanlar/yavaş yavaş ölümler(...)/Rüyalarını gerçekleştirmek için risk almayanlar/Hayatlarında bir kez dahi mantıklı tavsiyelerin dışına çıkmamış olanlar/Yavaş yavaş ölümler.” (“Yavaş yavaş ölümler” şiiri.)*

**Pablo NERUDA**

## I- ÖN AÇIKLAMALAR

Duruşma salonlarında sık sık görülen bir söz vardır: “Adalet mülkün temelidir”. Bu özdeyişe çoğu dilde rastlanır. Latince “iustitia est fundamentum regnum”, Arapçada “el adl-ü essas-ül mülk”. Elbette adalet, toplumsal düzenin temelidir. Ama bu bir ülkü. Üstelik bizim için bugün bile hâlâ bir düş. Ülkemizde bir adalet, daha doğrusu bir yargı bunalımı yaşıyor. Hukuka karşı direnenlerin sayısı, ondan hak umanlar azaldıkça, ters orantılı olarak artıyor. Buna karşın, yargıya işi düşmemiş aile yok gibidir. İnsanlarımız adeta “yargısallaşıyor”. Her dört kişiden beşi de yargıdan yakınıyor(!)

Tanzimat, Fransız Ceza Yargılaması Yasası’nı almıştı. Türkiye Cumhuriyeti, 1929 yılında Almanya’dan ve İsviçre’den aldığı yargılama yasalarını seksen yıla yakın uyguladı. Şimdilerde 2004/5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nı (CYY) ve 2011/6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası’nı (HYY) uyguluyor.

Gerek Osmanlı, gerek Türkiye Cumhuriyeti dönemlerinde yabancı ülkelerden alınan yasaların yürürlüğe girdiği dönemin yargıçlarının elinde yol gösterecek yeterli araç ve gereç yoktu. Yasaların ve yasalardaki yepyeni kavramların yorumunda o dönemin hukukçuları ve özellikle Yargıtay yargıçları sıkıntılar yaşadılar. Ancak onlar, yeni hukukun yerleşmesi için canla başla çalışmalarına karşın gereç eksikliği ve Batı hukukunun kavramlarını bilme konusunda donanım yetersizliği yüzünden giderilmesi zor kimi yanlış kararlar verdiler. Bu yanlışlar daha sonraki kuşaklara aktarıldı durdu. Bugünün Türkiye’si bu yanlışları aşabilmiş değil. Aşamadığı için de Türkiye’de insan ve yasa, hatta yasa maddesince sorun var. Getirilen yüzeysel ve geçici çözümler, sorunları çözmek şöyle dursun, bunalımı daha da artırıyor, hastalığı azdırıyor.

“Gereği düşünöldü”lerle, çok sayıda oturumlarla yaşanan uzatmalı duruşmalar; bu uzatmalı duruşmalarda, ilkelere dayanan diyalektiğe boş vermeler; “tutanaklar okundu” gibisinden yargılama saptırmalarıyla (détournement de procédure) hukuku, hukuka aykırılığın sıvası yapan girişimler; dünyanın her yanında “tartışma” dendiğı halde, olması gerekeni değil, gerçeğı iyi yansıttığı için bildiğimizce “dur” kökünden türetilen “duruşma”<sup>2</sup> kavramı ve görünüşte duruşma oturumları, bu oturumlar boyunca değışen yargıçlar, yargıçtan yargıca tutanaklarla aktarılan, ciro edilen “kanı yargıları”yla duruşma bilincinin yok edilmesi; denetim yargılaması aşamasında yetki sınırlarının ihlalleri; duruşma sırasında seyirci durumuna düşüröldükleri için “yargılanmış şey”e (chose jugée, kesin hüküm) tarafların saygılarının yitmesi; olay içtihatlarıyla(!) gittikçe olaycı/saymaca hukuka dönöşen hukuk ve bundan esinlenen yasalar; bilimsel hukuku uygulamaya yansıtacak yerde, çarpık uygulamayı yel değirmenleriyle çarpışan Donkişotça bilimselleştirme çabaları; herkese aynı cezayı veren, insan boyutundan yoksun adaletin şeyleşmesi (réification) ve daha birçok dert.

İşte bütün bunların temelinde, Yargıtayın duruşma kavramına ve denetim yargılamasına bakışı ve yaklaşımı yatmaktadır.

Yargılamada yaşanan bu bunalım, elbette bir bütündür; hem ceza yargılamasında, hem de hukuk yargılamasında ortaya çıkmaktadır. Ancak hukuk yargılamasında daha çok yazıllık egemen olduğı için, bunalım, ceza yargılamasında daha yoğun ve sık yaşanmaktadır.

## II-YARGITAYIN NİTELİĞİ VE VARLIK NEDENİ

### A-Yargıtay<sup>3</sup> ve yüksek mahkeme<sup>4</sup> ayrımı

Konuyu irdelemeye geçmeden önce, Yargıtay nedir ve hangi amacı gerçekleştirmek için kurulmuştur sorularını yanıtlamak zorunludur.

<sup>2</sup> Duruşma (Almanca Hauptverhandlung, mündliche Verhandlung; Fransızca débat; İngilizce hearing, trial; İtalyanca dibattimento, İspanyolca debate), Türkçede mahkemede tarafların yargıç(lar) önünde karşı karşıya geldikleri evre, murafaa ve halk ozanlarının karşılıklı olarak birbirlerini söz atmaları, atışma anlamlarına gelmektedir. Duruşmak ise işteş bir eylemdir, aslı “dürüşmek” tir. Bu berikilerin anlamları sürekli çalışmak, girişimde bulunmak, karşı karşıya gelmek, çarpışmaktır. “Murafaa” sözcüğü ise, Arapça kaldırma, yok etme, lağvetme anlamlarına gelen “ref” kökünden türetilmiştir ve bir uyuzmazlığı mahkeme önüne getirme anlamına gelmektedir (Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul, 2006, I, s. 781; Türkçe Sözlük, TDK, Ankara, s. 579, 583, Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Lûgat, Ankara, 1986, s. 817, 1057). Ülkemizde ise duruşma, yozlaşmış uygulama sonucunda “dur” kökünden türetilmişçesine karşılıklı durma anlamına gelmekte, karşılıklı söz atma (atışma) ve de dile getirilen görüşleri karşılıklı tartma (tartışma) anlamlarını çağrıştırmamakta, bunların çok uzağına düşmektedir.

<sup>3</sup> Almanca Kassationsgerichtshof, Fransızca cour de cassation, İngilizce court of cassation, İspanyolca tribunal de casación, İtalyanca corte di cassazione. Ancak İngilizcede Yargıtay kurum olarak yoktur, kavram olarak vardır.

<sup>4</sup> Fransızca cour suprême, İngilizce supreme court, İspanyolca tribunal suprema, İtalyanca corte suprema.



Hemen belirtmek gerekir ki, yüksek yargı organları konusunda dünyada iki dizge (sistem) vardır: Yüksek mahkeme ve yargıtay. Bu iki dizge birbirinden çok farklıdır.

### 1-Yüksek mahkeme (dizgesi)

Yüksek mahkeme dizgesi, genelde Anglo-Sakson hukuk dizgesini benimseyen ülkelerde bulunur. Denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için kimi öznitelikleri (karakteristik) taşıması gerekir: Bunlardan birincisi, bu organın gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmesidir. Bir başka deyişle her yüksek mahkeme, ilk (olay) mahkeme gibi kanıtlarla yüz yüze gelerek tarafların etkin biçimde katıldığı tartışmalı ve herkese açık bir duruşma, bilimsel deyişle öğrenme yargılaması (cognizione, cognitio causae) yapabilir; ve eğer duruşma yapmışsa maddi olayları ve kanıtları değerlendirerek davanın esasına da karar verebilir. İkincisi, bu yetkinin yanı sıra her yüksek mahkeme, Anayasa yargısı, adli ve yönetsel (idari) yargı yetkilerini birlikte üstlenir. Üçüncüsü, yüksek mahkemelerde başkan ve üye olmaz; bir başyargıç ve yüksek yargıçlar bulunur. Bu sayı ülkelerin büyüklüklerine göre çoğu kez 8-12 arasındadır. Dördüncüsü, yüksek mahkemelere ülkenin büyüklüğüne göre yılda 50-200 arasında dava gelir. ABD, Kaliforniya, Kanada, İngiltere, İrlanda, Hollanda, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Japonya, Romanya, Fildişi Kıyısı gibi ülkelerde bu anlamda bir yüksek mahkeme vardır.

### 2-Yargıtay (dizgesi)

Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, İsviçre gibi birçok Kara Avrupa'sı ve bunlardan esinlenen Latin Amerika ve birçok Afrika ülkeleriyle Türkiye'de yargısal hiyerarşinin başında "bozma mahkemesi" anlamında bir denetim organı vardır. Türkçede buna anlam açısından yetersiz ve fakat yerleşmiş bir terimle Yargıtay denmektedir. Yargıtaylarda (bozma mahkemelerinde), ilk mahkemedeği gibi duruşma (öğrenme yargılaması) yapılmadığı, kanıtlarla yüz yüze gelmediği için denetim organı, ilk mahkemenin yerine geçerek kanıt değerlendirmesi yapamaz. Yargıtay, hükmü bozmakla yetinmek ve yeniden duruşma yaparak yollama yargılamasıyla esaslı çözmek üzere dava dosyasını olay (ilk ya da varsa istinaf) mahkemesine, bir başka deyişle duruşma yapan karar yargıçlarına göndermek zorundadır (HYY, m. 373; CYY, m. 304). Birçok ülkede ve bizde (Anayasamızda) Yargıtaya yüksek mahkeme denmesinin iki nedeni vardır: Birincisi, Yargıtayın yargı sıradüzeni (hiyerarşi) içinde en yüksek noktada bulunduğunu vurgulamak. İkincisi de, Yargıtayın yüceliğini, ona olan saygıyı belirtmek. Dolayısıyla Yargıtay, kesinlikle teknik anlamda bir yüksek mahkeme değildir (Perrot, Colbert, Picca).

Anglo-Sakson hukuk dizgesinde yargıtay, kurum olarak yoktur, ancak kavram olarak vardır<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> 1993 yılında Yargıtayımızın 125. Yıldönümü kutlanmış ve çağrılan kimi yargıtay başkanları da bu toplantıya katılmıştır. Ancak toplantı salonunda İngilizce yargıtay kavramının karşılığı olan "Co-

Bunu şöyle bir çizelge üzerinde gösterebiliriz:

Yüksek Mahkeme (Cour suprême, supreme Court)	Bozma Mahkemesi (Yargıtay, cour de cassation)
1. Tektir. Yargı(lama) bütünlüğü/birliği ilkesine uyulmuştur.	1. Yargıtayın yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay vardır. Yargı(lama) bütünlüğü/ birliği ilkesine uyulmamıştır. (Türkiye'de altı tane)
2. Anayasa yargısı, adli ve yönetsel (idari) yargı yetkileri yüksek mahkemede toplanmıştır.	2. Yalnızca adli yargı yetkisi vardır.
3. İstinaf yetkisi vardır, duruşma yapabilir. İstinaf yetkisini kullandığı takdirde davanın esasını çözer ve yollama yargılaması yapmaz. Bu yetkiyi kullanmadığı zaman ise, hükmü yalnızca hukuk açısından inceler.	3. İstinaf yetkisi yoktur, duruşma yapamaz. Bu nedenle, davanın değil, yalnızca ve yalnızca hükmün yargıcidir; zorunlu olarak yollama yargılaması yapar. Çünkü davanın esasına sadece duruşma yapan ilk mahkeme karar verir.

Demek, Türk Yargıtayı, hukuk tekniği ve terimi olarak bir yüksek mahkeme değildir.

### **B-Ayrımın sonuçları**

Bu ayrımın önemli sonuçları bulunmaktadır.

Anglo-Sakson hukukundan esinlenen ülkelerde tek bir yüksek mahkeme bulunmasının ve yargı bütünlüğü/birliği ilkesinin gerçekleştirilmesinin çok önemli sonuçları vardır.

İlk mahkemeler, önlerine gelen bir davada, bir yasa düzgüsünün (norm) anayasa düzgüsüne, tüzük düzgüsünün yasa düzgüsüne, yönetmelik düzgüsünün tüzük

urt of cassation” yerine istinaf mahkemesi anlamına gelen “Supreme court of appeal” yazılması, çağrı mektuplarında da bu terimin kullanılması tam anlamıyla bir skandal ve talihsizlik olmuştur. Nitekim toplantıya katılan Fransız Yargıtay Başkanı Draï, Türk Yargıtayının istinaf mahkemesi olup olmadığını şaşkınlıkla bize sormak gereğini duymuştur.

düzyüsüne vb. aykırı olduğu kanısına ulaşırsa, bunları uygulamadan geri çekebilir. Çünkü yargılama birliği nedeniyle, tek olan yüksek mahkeme eninde sonunda bu uyuşmazlığı kesin çözüme bağlayacaktır. Bu yüzden, yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde, yargı erki son derece güçlüdür ve her konuya devlet ile bireyi hukuk karşısında eşit kılan **“hukukun üstünlüğü ilkesi”** temelinde yaklaşılır<sup>6</sup>.

Buna karşılık, Kara Avrupa’sı hukukundan esinlenen ülkelerde, dorukta birden çok yüksek yargı organı vardır. Yargı bütünlüğü/birliği ilkesine uyulmamıştır.

Bunun en önemli sonucu, adli olsun, idari olsun, ilk mahkemeler, uygulanacak bir yasa düzyüsünün (norm) anayasa düzyüsüne, tüzük düzyüsünün yasa düzyüsüne, yönetmelik düzyüsünün tüzük düzyüsüne vb. aykırılığı söz konusu olursa, bu mahkemelerin tek yapacakları şey, yetkili yargı organına, yani anayasa mahkemesi ya da idari yargı organına bu konuda bir karar verilmek üzere aykırılık savını iletmek ve sonucu beklemektir. Yani mahkemeler, konuyu kendiliklerinden çözemez; “bekletici sorun” (question préjudicielle, questione pregiudiziale, mes’ele-i müstehire) yapmak zorundadır. O yüzden bu ülkelerde, devlet ile birey hukukun önünde eşit düzeyde değildir. Bu eşitlik başarılmadığı için bu ülkelerde sürekli olarak devleti hukukun içine çekme kavgası yaşanır ve **“hukuk devleti ilkesi”** temelinde sorunlara yaklaşılır. Aslında bu olgu iki açmazın, sorunun bir itirafıdır: Birincisi, devlet, hukuku yaratma tekeli elinde bulundurduğu ve hukuku her zaman kendi yararına göre kotardığı için, birey ile devlet arasında sürekli bir eşitsizlik söz konusudur. İkincisi de, bu gerçeğin doğal sonucu olarak yargı erki yeterince güçlü ve bağımsız değildir.

Bu nedenle Kara Avrupa’sı hukukundan esinlenen ülkelerde, dolayısıyla Türkiye’de tartışma, sürekli olarak bu iki konu üzerinde yoğunlaşmıştır: Birey ile devlet arasında eşitliği sağlamak ve hukukla bağı olmayan devleti hukukla sınırlamak. Bu bir. Yargı erkini güçlü ve bağımsız kılmak. Bu iki.

### C- Ülkemizdeki karmaşa

Daha baştan belirtmek gerekir ki, eğer bir denetim organı, istinaf yetkisi bulunmadığı, dolayısıyla duruşma yapmadığı/yapamadığı için sadece yollama yargılamasını gerektiren bozma mahkemesi (yargıtay) işlevini yerine getirmek zorunda olduğu halde, dosyadaki tutanaklara göre kanıtları değerlendirerek maddi olayları çözüme bağlıyorsa; o artık ne istinaftır, ne de yargıtaydır (bozma mahkemesi). Gerçekten böyle bir yargı organı, duruşma yapmadığı, yapamadığı için önce istinaf değildir; öte yandan maddi olayları incelendiği ve karar bağladığı için de artık yargıtay

<sup>6</sup> Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları birbirinden ayrı yerlerde doğmuşlardır ve sonuçları da başka başkadır (Selçuk, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, s.539-542).

değildir. Dolayısıyla yeryüzünde bir benzeri de yoktur. Böyle bir organın, istinaf ve temyiz yolu yetkilerini bir arada kullandığını söylemek ise, istinaf ve temyiz yollarının özünü dışlamak, her iki yolu en azından birbirine karıştırmak, bilgisizlik için yüksek öğrenim gerekir dedirtecek denli bilgisizliğin sınırlarını zorlamaktır. Çünkü bu anlayış, yargıtay kurumunun yalnızca tarihsel ortaya çıkışına, evrimine ve var olma nedenine (la raison d'être), amacına, özüne, dogmatik yapılaşma sürecine ve işleyişine ters düşmekle kalmaz; eşyanın doğasından kaynaklanan belirleyici (determinist) sonuçlar doğurarak, birçok temel kurum ve süzme kavramların yıkımına da yol açar.

Dünyanın en eski bozma mahkemesi, bizim ve Kara Avrupası ülkelerinin esinlendiği Fransız Yargıtayıdır. 1789 Devriminin ürünüdür ve 1790'da kurulmuştur. Özellikle Robespierre, Pirieur, Condorcet, Barnave, Le Chapelier, Maury gibi Devrimin önde gelenlerinin Kurucu Meclis konuşmalarından anlaşıldığı üzere halkın istencini temsil eden yasama organının çıkardığı yasaların, yargıçlarca ülke çapında birörnek (tekdüze) uygulanmalarını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Bu tarihsel ortaya çıkış, var olma ve evrim, bütün ülkelerin yargıtayları açısından da doğrudur ve bu gerçek bugün de sürmektedir.

### III-YARGITAYIN TEKLİĞİ İLKESİ

#### A-Tekliğin nedeni ve amacı, hukuksal yorumda birliği sağlamaktır

İster yüksek mahkeme, ister bozma mahkemesi olsun, hukuk metinlerinde geçen kavramların, düzgülerin birörnek tanım ve yorumlarını sağlayan mahkeme her ülkede tektir. Oysa olay yargılaması da yapan ilk (ve varsa istinaf) mahkemeler bütün dünyada birden çoktur.

Gerçekten, hukuksal metinlerin tanımları, yorumları her ülkede tektir. Bu teklilik bilimsel gelişme sürecinde değişerek sürer. Sözelimi, hırsızlığın, haksız eylemin, evlilik bağının öğeleri ve tanımları böyledir. Hukuksal metinlerin yorumlarındaki ve kavramların tanımlarındaki bu teklilik, yargısal görüş/içtihat (jurisprudence) terimiyle anlatılır. Bu yorumlar ve tanımlar, hukukta güvenlik ve sürekliliği sağlar. Bu da ancak yerleşik yargısal görüşlerle/içtihatlarla kotarılır. O yüzden, bu tekliliği sağlayan yargıtay da her ülkede tektir. Demek, yargıtay tek olduğu için yargısal görüşte/içtihatla birlik istenmemektedir; yargısal görüşte/içtihatla birlik istendiği için yargıtay tek olmaktadır. Bu nedenle tekliliği bozan her tutumdan (daire, kurul, bölüm, hatta üye, yargıç çokluğu) olabildiğince kaçınmak gerekir. Esasen temyiz yolu, taraflara hak, adalet dağıtmak için değil, adalet dağıtan olay mahkemelerinde ülke çapında hukukun birörnek yorumunu gerçekleştirmek için öngörülmüştür; hukukta güvenlik ve yerleşiklik, güveni sağlama ve dolayısıyla toplum yararı içindir.

Buna karşılık, olaylar, olgular, fenomenler; yani hastalık, düşme gibi bir durum; söz, tutum gibi bir etkinlik; istenç açıklaması, kasıt gibi bir ruhsal (iç) sergileyiş; yazı gibi bir davranışın ürünü olabilir. Aynı türden olsa ve aynı sanıkça işlense bile, sözgelimi, geceleyin konuta girerek hırsızlık, insan öldürmeye kalkışma gibi olaylar, oluştukları zaman, yer, kullanılan araçlar vb. onlarca, yüzlerce başkalıklar ve etkenler nedeniyle bire bir çakışmak şöyle dursun, birbirlerine asla benzemez. Bu yüzden her birinin kanıtları ve koşulları başka başkadır. Bunlar, birbirlerine asla eşdeğer değildir, birbirleri için asla örnek (emsal) de olamaz. Tek biçimli olabilme olanakları yoktur. Bu gerçek, Herakleitos'tan (MÖ 540-480) bu yana bilimce bilinmektedir; o nedenle de küresel bir özdeyişe, bilimsel ve mantıksal temele, ilksava/belite<sup>7</sup> ve değiştirilemez ilkgerçeğe (postulat, postulatam) dönüşmüştür: "Her şey akar, aynı ırmakta iki kez yıkanılmaz" (panta rhei). Çağcıl felsefe ve mantık diliyle açıklamak gerekirse yaklaşık 2600 yıldır bilinen bu ilksav/belir, 20. yüzyılın önemli düşünürlerinden A. North Whitehead'in (1861-1947) 1929 yılında yayımladığı başyapıtında sergilenen "süreç felsefesi"nin<sup>8</sup> çürütülemez bir önermesidir, dolayısıyla tıpkı matematik bir sonuç gibi, kesinkes geçerli bir doğrudur (apodictique). Tersi kanıtlanamaz, dolayısıyla değiştirilemez bir gerçektir. Çünkü bunun tersini ileri sürmek, doğadaki yaratıcı ilerlemeyi de yadsımaktır. Bergson ve Dewey gibi düşünürlerin de aynı doğrultuda her olayın biricik ve tikel olduğunu, daha sonraları bir kez bile yinelenmediklerini kanıtladıkları<sup>9</sup> bir dünyada/evrende ve bu "çürütülemez açıklık" (évidence apodictique, evidenza apodictica) karşısında söz konusu ilksavın/belitin/ilkgerçeğin tersini benimseyerek ve çağ gerisi bir töz metafiziğine teslim olarak olaylar, olgular, fenomenler arasında özdeşlik, hatta benzerlik aramak ve bu konudaki kararları örnek yargısal görüşler olarak algılamak ve değerlendirmek, bilim dışıdır, mantık dışıdır; dolayısıyla tam bir aymazlıktır.

İşte bu türden olayları, olguları, fenomenleri belirlemek için yargılama sürecinde insanlığın bulduğu biricik çare ve yöntem, duruşmadır. Bunlar, duruşma (tartışma, débat, dibattimento) denilen laboratuardaki verilere göre oluşan kanı (gerçeklik) yargısıyla belirlenir. Bu belirlemeyi yapabilmek için hukukçu olmaya da gerek yoktur. Hukuk bilgisine sadece duruşmayla belirlenen olaya, olguya, fenomene hukuki tanıyı (teşhis) koyabilmek için gerek vardır. Hukukçu olmayanlardan oluşan jürilerin temelinde yatan düşünce de buna dayanır. Bu kanı, elbette her olaya göre değişecektir. O nedenle her ülkede duruşma yapan olay (ilk ve istinaf) mahkemeleri birden çoktur; dolayısıyla olaylarla, olgularla, fenomenlerle ilgili belirleme sorunları, yargısal/hukuksal görüş/içtihat ve de örnek konusu olamaz.

<sup>7</sup> Yunanca axioma, Almanca ve İngilizce axiom, Fransızca axiome, Osmanlıca mütearife.

<sup>8</sup> Almanca prozessphilosophie, Fransızca philosophie du procès, İngilizce philosophy of process.

<sup>9</sup> Cevizci, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 2010, s. 1468, 1609; Güçlü/Erkan, U./Serkan, U./Yolsal, Felsefe Sözlüğü, Ankara, 2008, s. 1374, 1375, 1550.

Görülüyor ki, olaylar birbirine benzemediği için yargısal görüşe/içtihadı konu olamamaktadır; o yüzden de olay mahkemeleri her ülkede ve elbette bizde de birden çoktur.

### **B-Yargıtayın tekliği ilkesinin çiğnenmesinin kaçınılmaz sonuçları vardır**

Bunlardan birincisi, daire ve üye sayısının çokluğudur. İtalyan, Fransız, Alman, Belçika vb. ülkelerdeki daire ve üye sayısı, Türk Yargıtayına gelen iş sayısı gözetildiğinde, çok az ve fakat oransal açıdan fazladır. Ancak karşılaştırılmalı hukukta sayılar önemsizdir ve karşılaştırmada gözetilmez. Karşılaştırılması gereken, vazgeçilmez koordinatları içinde dizgelerdir.

Anılan ülkelerdeki yargıtayların denetim yetkisini yürütürken, hem kullandığı yöntem ve hem de çizdiği kapsam, büsbütün değişiktir; Türk Yargıtayı ile hiçbir benzerlikleri bulunmamaktadır. Bırakınız bizimki gibi bir çırpıda beş daire, on daire kurulmasını, 160 üye seçilmesini –ki dünya birinciliği(!) bizdedir- iş davaları için yeni bir daire kurulmasının yargıtayın tekliği ilkesini bozup bozmayacağı Fransa'da yıllarca tartışılmıştır. Burada önemli olan şudur: İş hukukunun, medeni hukukla, ticaret, icra ve iflas ya da ceza hukukuyla hemen hemen hiçbir ilgisi yoktur. Buna karşın, teklik ilkesinin örselenmemesi için Fransa'da bu konuda bizlere aşırı görünen, ancak yerinde bir duyarlılık gösterilmiştir. Oysa Türkiye'de özdeş işlere bakan dairelerin iş yükünü azaltmak ve işbölümünü çoğaltmak için yeni daireler hemen hemen hiç tartışılmadan kurulabilmiştir. Bu konuda duyarlı davranmak ve bu örneklerden ders almak şöyle dursun, gelişmiş ülkelerde de bunlara rastlandığı ve üstelik oralarda üst (istinaf) mahkemelerinin bulunmasına karşın bu yola gidildiği belirtilerek, yanlış bir bilgilerle, gerekçeyle ve değerlendirmelerle, bu yanlış yöntem adeta haklılaştırılmıştır, özendirilmiştir. Bütün bunlar, temyiz yolu kavramı ile Yargıtay kurumunun doğru oluşmadığını ve anlaşılmadığını ortaya koyan kanıtlardır. Bunları hoş görmek olanaksızdır. Çünkü ilkin, bu tutum, temel bir ilkenin üzerine titremek değil, tersine Yargıtay kavramı ve kurumu konusunda gösterilen bir duyarsızlıktır, boş vermişliktir. İkincisi de, istinaf yolu ile temyiz yolunu birbirine karıştırmaktır. Bu bağışlanmaz bir yanılığdır. Buna ileride yine kısaca değinilecektir.

Bizde bu görüşler savunulurken, Fransa'da 6 Ocak 1989 ve 7 Ocak 1991 açış konuşmalarında Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, daire, bölüm ve üye sayısının artmasının; Yargıtayı hukuki görüş/içtihat mahkemesi olmaktan çıkaracağını; bu türden salt biçimsel ve nicel çözüm anlayışının Yargıtay içinde küçük yargıtaylar yaratarak, Yargıtayın biricikliği (teklik, unicité) ilkesini bozacağını vurgulamıştır. Başkan Drai'ye göre, Yargıtayın gücü ve saygınlığı, hukuk uygulamasında ve yorumunda sağladığı birlik ve tutarlılık ile ölçülür. Daire, bölüm ve üye sayısının artması bu birliği ve tutarlılığı keskincesarsacak; hatta yok edecektir.

Daha sonra gelen Yargıtay başkanları da, Fransa'da açış konuşmalarında aynı kaygıyı dile getirmişlerdir.

Daire ve üye sayısı koşutunda bir başka konu da iş sayısının artmasıdır. Batı yargıtayları arasında işi en çok olan Fransız Yargıtayının yaklaşık altmış –evet yanlış değil, tam altmış- katı işi olan Türk Yargıtayının, bu koşullarda özgörevini yerine getirdiği ileri sürmek, büyük bir yalandır; gerçeği gizlemektir. Üstüne üstelik böylesine önemli bir yozlaşmanın, hatta belirtileri gün ışığına çıkmış ağır bir hastalığın Yargıtay başkanlarının açış konuşmalarında bir başarı öyküsü olarak sergilenmesi ve dizlerini dövecek yerde övünme konusu yapılması ise şaşılmalı bir aymazlıktır<sup>10</sup>. Saklamaya gerek yok. İtiraf etmek gerekir ki, bu durumdaki bir yargı organında ne dosya incelemeye, ne de gerekçeli karar yazmaya zaman vardır. Oysa Anayasa ve yargılama yasaları, kararların ve hatta karşı görüşlerin bile gerekçeli olmalarını buyurmuştur. Gerekçe kamu düzeniyle ilgilidir. O yüzden ilk mahkeme gerekçesine yollama yapılması asla bir gerekçe değildir ve ne yazık ki, Türk Yargıtayında sık sık başvuru olan bir yöntemdir bu.

Fransız örneğini sürdürürsek durum şudur: Fransız Yargıtayına gelen iş sayısı bizim almışta birimiz olmasına karşın aynı konuşmalarda hem Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, hem de Başsavcı Pierre Bézio, bu iş çokluğuna tez elden bir çözüm bulunmasını istiyorlar. Çünkü çözüm bulunmazsa, Yargıtay, hukuki görüş, içtihat mahkemesi olma özgörevini yitirecek (Tunc), Yargıtay, eski başkanlarından ve adalet bakanlarından Arpaillage'ın dediği gibi, yalnızca bir ilk mahkemeye değil, dahası bir suçüstü ilk mahkemesine dönüşecektir. Buna kimsenin hakkı yoktur. Böyle diyor, Drai. Bézio ise, daha ileri giderek, Yargıtay mensuplarını buna boyun eğmemeye çağırıyor. Bir de şunu belirtmek gerekir. Drai'nin bu konuda o dönemde önerdiği çözüm, bir kesim davaların temyize gelmesini asla önlemek değildir.

<sup>10</sup> 2010 yılında dönemin Türk Yargıtay Başkanı, İstanbul'da düzenlenen bir toplantıya katılan İrlanda Yüksek Mahkeme Başyargıcı John Loyola Murray'e, iş sayısından söz ederek Türk Yargıtayının dünyanın en büyük *yüksek mahkemesi* olduğunu övünerek söyleyebilmiştir. Murray ve ben, Avrupa Konseyi içinde AİHM'ye üye seçiminde işlev gören "Danışma Kurulu" nun (Advisory Panel, Panel consultatif) üyesiyiz. Başkan Murray'in, 2011 yılındaki bir toplantıda bu sözleri bana aktarıırken yüzündeki alaycı gülümsemeyi hiç unutamıyorum. "Hasne ile Hüsne, Muaviye'in kızlarıdır" sözünde üç yanlış vardır: Söz konusu olan, Hasne ile Hüsne değil, Hasan ile Hüseyin'dir. Bu, bir. İkisi de kız değil, erkektir. Bu, iki. Bu çocuklar Muaviye'nin değil, Hz. Ali'nin çocuklarıdır. Bu da, üç. Türk Yargıtay Başkanının sözünde de üç yanlış vardır. Yargıtay, yüksek mahkeme değildir. Nitekim Kanada Yüksek Mahkeme Başyargıcı Antonio Lamer, dönemin Yargıtay Başkanına yazdığı ve ince biçimle kaleme aldığı bir yazıyla ve bu gerçekçyle Yargıtayımızın 125. yıldönümü toplantılarına katılmayı reddetmiştir. Bu, bir. Yüksek mahkemelerde başkan değil, başyargıç bulunur. Bu, iki. Yüksek mahkemelere, ülkelerin büyüklüklerine göre yılda 50-200 arasında dava gelir. Yargıtaylara ise 4.000-25.000 arasında dava gelir. Bu da, üç.

Çünkü Draî'ye göre, iş akımını kesmek için kimi davalara temyiz yolunu kapamak, davalar ve hukuk kurumları arasında seçkin bir seçim (tercih) (un choix élististe) ve eşitsizlik yaratacaktır. Bu da demokrasiyi örseleyeceği gibi, kimi hukuk düzgülerinin (norm) yorumlarında bir örnek hukuki görüş, içtihat oluşturmanın önünü de kapatacaktır.

Daire, üye ve iş çokluğu sorunlarının yarattığı sakıncalar, ülkemizdeki yaklaşımlarla, anlayışlarla ve Yargıtay başkan, üye ve yargıçlarının özverili ve çalışkan olmalarıyla asla aşılamaz. Söz konusu sakıncaların bunlarla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Bu tür yaklaşımlar, dizge ile kişileri birbirine karıştıran ve var olan durumu daha da çıkmaza sokan yaklaşımlardır.

Eğer, yargıçların güçleri, olanaklarının son sınırına dayanmışsa, yargıçlar sağlık pahasına çalışıyorlarsa, bu olgu, aslında bir hastalıktır. Zira hukukta kimseden kahramanlık istenemez.

Dahası her kahramanlıkta bir yitiriş vardır.

Bu yüzden “yargıtayın biricikliği, tekliği ilkesini” örseleyecek her türlü işlem ve girişimden özenle kaçınmak gerekir.

#### IV- YARGITAY DENETİMİNİN KAPSAMI

##### A- Yargıtayın olayları asla belirleyememesi ve bu konuda asla hüküm kuramaması ilkesi

Yukarıda, olay, olgu, fenomen<sup>11</sup> kavramına, bunların neler olabileceklerine değinilmiş; olayların kanıtlanması ve var olup olmadıklarının belirlenmesi (sübut) için, yargılamada en önemli evreyi oluşturan, duruşma (tartışma) kurumunun yaratıldığı belirtilmişti.

Bunu bir çizelge üzerinde göstermek daha yararlı olacaktır.

HÜKÜM (décision, jugement)

(Tasım [syllogisme, kıyas] işlemi)

<sup>11</sup> Bundan böyle olgu, fenomen sözcükleri yinelenmeyecek, bunları da içeren geniş anlamdaki olay sözcüğüyle yetinilecektir (S. S.).



**İLK/İSTİNAF MAHKEMELER(İ)<sup>12</sup> YARGITAY(BOZMA MAHKEMESİ)<sup>13</sup>**

A- OLAY (VİCDANİ KANI, GERÇEKLİK) YARGI(LAMAS)I (Küçük önerme)	A- OLAY (VİCDANİ KANI, GERÇEKLİK) YARGI(LAMAS)I (Küçük önerme)
Etkileşim ve geçişim (osmose)	

Kanı (gerçeklik) yargısı (jugement de réalite) oluşur. Latince, convictio; Almanca, Überführung; İngilizce/ Fransızca, conviction; İtalyanca, convizione,convincimento convencimiento; İspanyolca, convición.	Hukuki tanı (normatif değer) yargısı (jugement de valeur) oluşur. (Sentence: sententia, Gerichtsspruch sentenza, sentencía,) (sol kesimdeki yabancı dil sırasına göre).
Öznel: iddia, savunma ve karar makamları (üç makam).	- Öznel: Yalnızca karar makamı var (tek makam).
- Yöntem: Varlıkbilimsel (ontolojik) gözlemlere dayanan öğrenme yargılaması (cognizione) var ve zorunlu.	- Yöntem: Öğrenme yargılaması hiç yok ve de zorunlu değil.
- İlkeler: a. açıklık, b. sözlülük, c.yüz yüze olma / doğrudanlık, ç.yoğunluk (kişi, yer, zaman). Gerçeklik yargısı için kurulan bu diyalektik nedeniyle de bu ilkelere uyulması zorunlu.	-İlkeler: a. gizlilik, b. yazılılık, c.yokluk.
-Kararın niteliği, uzmanlık istemediğinden hukuksal değildir (compétence extrajudiciare).	-Kararın niteliği, uzmanlık ister, hukuksaldır (compétence intrajudiciare).
- Yasal dayanak: C. Yargılama Yasası, m. 217, Hukuk Yargılama Yasası, md. 198, 297/c.	-Yasal dayanak: C. Yargılama Yasası, m. 288, 289; Hukuk Yargılama Yasası, md. 297/c, 362.
Ortak İlke: Tantum judicatum, quantum conclusum. (Yargılandığın oranda sonuç çıkar/hüküm kur)	

<sup>12</sup> İlk mahkeme olay yargılamasını yaptığı için önce kanı yargısını; sonra da bu kaniya göre hukuk yargısını kurar.

<sup>13</sup> Yargıtay (bozma mahkemesi), olay yargılaması yapmadığı ve bu olanak elinde olmadığı için vicdani kanı yargısı oluşturamaz; ilk mahkemenin vicdani kanı yargısını sadece gerekçe yoluyla inceler ve denetler. Buna karşılık, ilk mahkemeyeyle özdeş olanaklara sahip olduğu için hukuki tanı yargısı kurmakta tam yetkilidir. Buna ileride değineceğiz.

Bu çizelge dikkatle incelendiğinde şu sonuçlara kolaylıkla ulaşılabılır:

Her hükümde aşağıdakine benzeyen bir tasım (syllogisme) işlemi vardır: Her insan (canlı) ölümlüdür (büyük önerme); Atatürk de insandır (küçük önerme); öyleyse o da ölümlüdür (sonuç). Yargının önüne gelen davada/tasımda küçük önerme, var olup olmadığı kanıtlarla belirlenecek olan olaydır. Büyük önerme ise, bu olaya uyan yazılı hukuk düzgüsüdür (norm, hüküm). Olaya uygun hukuk düzgüsü bulununca, olayın hukuk karşısında ne olduğu belirlenecek, yani hukuki tanı (teşhis) konulacak ve oradan da sonuca/hükme (yaptırım vb.) ulaşılabılır.

### 1-Olaya ilişkin vicdani kanı (gerçeklik) yargı(laması)

Bu durumda ilk işlem, küçük önerme dediğimiz olayın kanıtlanması olacaktır. Olayın kanıtlanması için hukukun bulduğu biricik çare ve yöntem, duruşma (tartışma) denen, olayın benzerinin kanıtlarla, keşif gibi uygulamalarla yeniden yaşandığı ve öğretilde öğrenme yargılaması denen, diyalektiğin en görkemli biçimde gerçekleştiği ve yaşandığı evredir. Bu evre, yargılamanın en önemli evresidir. Çünkü geçmişte yaşandığı ileri sürülen olayın gerçek olup olmadığı bu evrede belirlenecektir. Olayın gerçek olmadığı ortaya çıkarsa, daha sonraki aşamalara geçmeye gerek kalmayacaktır. Bu yüzden, duruşma/tartışma evresine, kararı verecek olan yargıçların yanı sıra taraflar, hukukta davacı ve davalı, cezada savcı, katılan ve sanık da etkin biçimde katılmalıdır.

Duruşma her şeyden önce herkesin gözü önünde yapılır; herkese açıktır. Sadece taraflar değil, bütün toplumun gözü önünde yapılan herkese açık bir duruşma yargıya, yargıçlara güven duygusunun yaratılmasını sağlar. Herkes, bilir ki, yargının gizlisi saklısı yoktur, olamaz da. Bunun adı, “herkese açıklık ilkesi”dir. Eğer, kanıtlama işlemleri ve etkinlikleri kapalı kapılar arkasında yapılırsa, artık o rejimin adı demokrasi ve yargılama etkinliğinin biçimi de suçlama (itham) dizgesi ya da karma dizge değildir; duruşma da duruşma değildir. Rejimin adı, tümelcilik (totalitarizm); onun bekçiliğini yapan yargılama etkinliğinin biçimi, soruşturma (tahkik, engizisyon) dizgesidir.

Sağlıklı bir duruşma için herkese açıklık da yetmez. Duruşmada, kanı yargısını oluşturacak yargıçlar; tanıklar, belgeler, bilirkişiler vb. gibi bütün kanıt kaynaklarıyla yüz yüze gelmeli, tutanak vb. gibi araya hiçbir yabancı araç girmeden, bu kaynaklarla doğrudan doğruya ilişki kurmalıdırlar. Bunun adı, yine diyalektiğin gereği olan “yüz yüze olma/doğrudanlık ilkesi”dir.

Bu kanıt kaynaklarının sergiledikleri durumlar, açık duruşmada yüksek sesle (sözlülük) tartışılmalıdır. Bunun adı, yine diyalektiğin gereği olan “sözlülük ilkesi”dir. Yargılamada diyalektiğin, çelişmenin, dürüstlüğü sağlanması için metinleri, bu arada tutanakları okumak asla yetmez. Bu araçların hiç kimseye soru yanıt biçiminde tartışma olanağı yoktur. Tam bu noktada iki küresel çaptaki düşü-

nürün adını anmak gerekir. Birincisi, sözmerkeçliğe başkaldıran ve metinlere yapı-sökümcü yöntemle yaklaşan Jacques Derrida'dır (1930-2004). Evet, metne öncelik tanıyan ve yapı-söküm yöntemini savunan Derrida bile, konuşmanın göndermeleri (yollama, referans) yönlendiren denetim olanaklarının ve baskısının yazıda ortadan kalktığını, çevrime okurun girdiğini, bu nedenle metinleri, tutanakları okumakla yetinen yargıçların, özellikle yüksek yargı organı yargıçlarının sıradan okurlara dönüştüklerini vurgulamaktadır. Yorumbilimci (hermeneutik), göstergebilimci ve yazın eleştirmeni Paul Ricœur (1913-2005) ise, sözlü anlatımda anlatanın, konuşanın izini görür. Doğrudur. Ancak eksiktir. Çünkü anlatanın, konuşanın sadece izi görülmez, onun öznelci yapısını da ele verir, sözlü anlatım. Konuşanın yüzündeki değişiklikler, el kol hareketleri, ses tınısı, kullandığı sözler ve sözcükler etkileyen izlerdir. Bunlar, söyleyen ile söyleneni ayıramaz biçimde bütünleştirir. İnanırdıcı olmak ya da olmamak bunlarla birlikte yaşanır. Anlatanın buyruğundaki ve denetimindeki sözler, bu nedenlerle etkilidir, önceliklidir. Yazıda, metinlerde ve metin okumalarında bu nitelikler yoktur<sup>14</sup>. Metinlerin, tutanakların kekeleydikler, yüzlerinin kızardıkları, terledikleri bugüne dek hiç görülmemiştir.

Açıklık, doğrudanlık, yüze karşılık, sözlülük ilkeleri de yetmiyor, sağlıklı bir duruşma için. Duruşma, zaman açısından belli bir zaman diliminde, yer açısından belli bir yerde, yargılayanlar açısından belli yargıçlarca **kesintisiz** biçimde yapılacak ve kural olarak tek oturumda bitecek; zaman, yer özellikle duruşma yapan yargıçlar asla değiştirilemeyecektir. **Duruşmaya katılmayan yargıçların vicdani kanı yargısı oluşturması olanaksızdır ve, duruşmanın olmazsa olmaz ilkelerinin zorunlu sonucu olarak, yasaktır.** Bu yüzden de duruşma yapan ile hüküm kuran yargıçlar, Türkiye dışında, yeryüzünün her ülkesinde aynıdır, asla değiştirilemezler (Ceza Yargılama Yasası m. 227, Hukuk Yargılama Yasası m. 295). Bunların adı ise, yine diyalektiğin gereği olan “yoğunluk ilkesi” ve “kesintisizlik ilkesi” dir.

Diyalektiğin bu ilkeleri, birbirinden ayrıştırılamaz biçimde bir bütün oluşturur ve her biri öbürlerinin zorunlu koşuludur (sine qua non). Duruşma bu ilkelere ödünsüz ışığında yürütülecektir. Vicdani kanı, “bireysel ahlakölçer” dir<sup>15</sup> ve bu ilkelere göre yapılan duruşma sonucunda oluşacaktır. Bu ilkelere yaşanmadığı bir yargılama dizgesinin adı, yukarıda belirtildiği üzere, çağlar öncesi yaşanan ve acıları bugünün hukukunu etkileyen “soruşturma dizgesi” dir (tahkik sistemi, engizisyon sistemi).

İşte bu ilkelere göre yürütülen tartışmayı (duruşma) izleyen ve olayın varlığı, yokluğu, var ise onun kim tarafından gerçekleştirildiği konularında kanı (gerçeklik) yargısına varacak olan yargıçlar; asla tutanıklara göre değil, duruşmanın olmazsa olmazı olan bu ilkelere uyarınca yapılan duruşmadaki izlenimlere göre kanı yargısı

<sup>14</sup> Aydın, M. B., Anahtar Deliği: Özel Somut Sübjektif, Varlık Dergisi, Aralık 2012, s. 9, 10.

<sup>15</sup> Aydın, M. B., s. 10.

oluşturacaklardır. Tersî durumda yargılamayı yönlendiren ilkeler bir yana itilmiş; terlemeyen, kekelemeyen, yüzü kızarmayan cansız/ölü tutanaklara göre karar verilmiş olur.

Yargılama, her zaman, doğru ya da yalan olmak üzere iki yanlı ve ortak (kollektif) bir kuşkuyla başlamaktadır. İddia ve savunmaya dayanan, en azından iki olasılıklı bir kuşkuyu sergileyen bu duruma, mantıkta “diyalog ilkesi” denmektedir. Tarafların seyirci değil, etkin biçimde katıldıkları duruşmada, duruşmanın vazgeçilemez ilkeleri seferber edilerek, yargıçlarca, olay hakkındaki kanı, gerçeklik yargısı oluşturulacaktır. Bu yapay bir olgu değil; insanlığın dâhice bulduğu bir “tartışma-dır/konuşu”dur (kolokyum). Zira olay/vicdani kanı, gerçeklik yargısı, tutanaklarla yargıçtan yargıca ciro edilebilen bir yargı değil, ilkelere göre yapılan duruşmalarda oluşan bir gerçeklik yargısıdır. Bu ilkelere uyularak ulaşılan bir “**olay kanı/gerçeklik yargısı**” ise, elbette yalnızca yargıcın (yargıçların) değil, yargılamaya katılanların da katkısıyla oluşan bir **yargıdır; ortak bir yapıttır**. Kuşku ortaklaşa yenilmiştir. Yenilen, iddia ya da savunmadan biri değil; başlangıçta ortaya çıkan ortak kuşkidur. O yüzden ulaşılan yapıt da ortaktır; bir tür çoklu birliktir (unitas multiplex). Böyle olduğu, yani herkesin bu ortak yapıtta payı bulunduğu içindir ki, taraflar ona **saygı** duyarlar. **Kesin hükümün yetkesi (otorite) ve bağlayıcılığı bu ortaklaşa olma niteliğinden kaynaklanır**. Eğer taraflar seyirci durumuna düşer, bu yapıtta payları bulunmazsa, kesin hüküm yetkesi maddi gücünü ve meşruluğunu yitirir, yalnızca biçimsel gücüyle baş başa kalır. Bu yüzden de böyle bir hükme kimse inanmaz. Bir başka deyişle, duruşma, onsuз olmaz ilkelere göre yapılmaz, yalnızca duruşmayı yapan yargıçlarca hüküm kurulmazsa, o hükme kimse saygı duymaz<sup>16</sup>.

Bu nedenlerledir ki, olayla ilgili kanı yargısını oluşturacak yargı organları, dünyanın her yerinde yalnızca duruşma yapan mahkemelerdir. Eğer, kanıtlarla yüz yüze gelerek açık duruşma yapmış olsalardı, elbette yargıtay yargıçları da bu konuna yetkili olurlardı. Tersî durum söz konusu olduğundan bu berikiler, vicdani kanı yargısı oluşturma alanında kesinlikle yetkili değildirlir. Çünkü onlar, duruşma yapmadıklarından, olayla ilgili vicdani kanı yargısı oluşturabilmek için gerekli olanak ve gereçten yoksundurlar. Üstelik bir olayın gerçek olup olmadığını kanıtları değerlendirerek belirlemek için, hukuk öğreniminden geçmeye de gerek yoktur. Herkes bunu yapabilir. Jürilerin varlıklarını haklılaştırma nedeni de bu gerçeğe dayanır. Hukuk öğrenimi ve uzmanlığı, ancak olaya hukuka göre tanı koyma aşamasında aranır ve bu zorunludur.

Böylece yargılamanın ikinci evresine, yani çizelgenin sağ kesimine gelmiş oluyoruz.

<sup>16</sup> Yineleme pahasına vurgulayalım ki, kesin hüküm karşılığı olarak Fransızca ve İtalyancada “yargılanmış şey/olay: chose jugée, cosa giudicata” denmesi, kanımızca daha yerindedir.

## 2- Hukuki tanı (teşhis, adlandırma) yargı(lama)sı

Hukuki tanı yargısı için elbette duruşma yapılmasına gerek yoktur.

Çünkü olay(lar) kanıtlanmamışsa sonuç bellidir. Olay(lar) kanıtlanmışsa, yargıç kapalı odasına, birden çoksa yargıçlar görüşme salonuna çekilecek, bu olayın yazılı hukukta nasıl değerlendirildiğine ve adlandırıldığına bakacak(lar)tır. Kanıtlanan olay, hırsızlıktır, dolandırıcılıktır, sahteciliktir, haksız eylemdir, boşanma nedenidir vb. diye bir tanı konulacaktır. Olayın hukuki adını (nomen juris) koymak için, artık tarafların hazır bulunmasına gerek yoktur. Açık, doğrudan, yoğun, yüz yüze, sözlü duruşma da gereksizdir. Yargıç(lar), yasalarla baş başadır; bu kez diyalaktığı, olay ve hukuk arasında kuracak(lar)tır. Duruşmayı yapan ya da yapmayan her yargıç buna yetkilidir. Ancak, bu hukuki tanıyı koyabilmek için, artık hukukçu, uzman olmak zorunludur.

Nitekim dünyanın her yerinde böyle yapılmaktadır.

Çizelgenin sağ tarafında yer alan hukuki tanı yargı(lama)sında bu gerçek, somut olarak görülmektedir. Demek, bu çizelgede duruşmada hazır olan yargıç (olay yargıcı) ile olmayan yargıç (yargıtay yargıcı) açısından olanaklar ve gereçler eş düzeydedir. O yüzden, hukuki tanı (değer) yargısına ulaşma konusunda her ikisi de tam yetkilidir.

### B) Temyiz yoluna başvurmanın sonucu: Davayı aktarıcı etkinin (effet dévolutif) salt hukuka aykırılık ve olaya konulan hukuki tanıyla sınırlı olması ilkesi

Temyiz yoluna başvurmanın davayı aktarıcı etkisi (effet dévolutif) de, yukarıdaki gerekçe gereğince, yalnızca hukuka aykırılık ve olaya konulan hukuki tanıyla sınırlıdır. Yargıtay, hukuka aykırılığı ve hukuki tanıyı bütünüyle inceler; aynı olanaklara sahip olduğu için, ilk (olay) mahkemenin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilir. Ancak, olay kesimi yargıtaya gelmez, gelemmez. Yargıtay olay mahkemesi değil, sadece hukuki derece mahkemesidir.

Özetle, *yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır*. Matematik ve mantıksal kesinlikte bir sonuçtur, bu<sup>17</sup>. O nedenle de denmiştir ki;

-Yargıtay, yasanın yorumunu *her zaman* denetler.

-Yargıtay, olayların kanıtlanması yargısını *asla* kuramaz<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> İki bilim dalında, yani matematik ve mantıkta ulaşılan sonuçlar, evrende, nerede ve ne zaman olursu olsunlar, asla çürütülemez.

<sup>18</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Türk Yargıtayına yönelik 25.2.1997 tarihli raporunda bu husus, şöyle vurgulanmıştır: "... Komisyon, Türk hukukuna göre Yargıtayın işlevinin (rolünün); ilk/esas/karar mahkemesi tarafından verilen hükmün yasaya ve yargılama yöntemine

-Yargıtay, olayların nitelendirilmesini *kimi zaman* denetler. Sözgelimi, Yargıtay, eylemin sövme mi eleştiri mi olduğunu her zaman denetler. Ama eylemin insan öldürmeye kalkışma mı, yoksa yaralama mı olduğuna, kasıt failin iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunu olduğundan, Yargıtay değil, duruşma yapan yargı organı karar verir<sup>19</sup>.

Şimdi şu sorulacaktır: Yargıtay olay yargılamasına hiç mi karışamayacaktır? Elbette karışacaktır. Ancak bu yalnızca bir denetleme olacaktır, asla ilk mahkemenin yerine geçerek, eylemin varlığı/yokluğu, sözgelimi bir tanığın yalancılığı/içtenliği, kanıtların inandırıcılığı/kesinliği gibi yargılarda bulunamayacaktır. Çünkü bu yargıları oluşturacak gereçlerden ve olanaklardan yargıtay yargıcı yoksundur.

Olay yargılamasını denetlemenin boyutları, sınırları ise bellidir.

Yargıtay, ilkin, maddi olayların yargılama yasalarına uygun biçimde belirlenip belirlenmediğini inceleyecektir. Buna aykırılık (vitium in procedendo) söz konusu ise, karar elbette bozulacaktır.

İkinci olarak, sadece kurulan hükmün yargıcı olan yargıtay yargıcı, bu hükmün gerekçesini de inceleyecektir. Yargıtay, maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını ve yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığını, bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Eğer, gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa, hüküm yine bozulacaktır. Yargıtay, yasal, yargıçları yetiştirici (öğretim) görevini ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevini de böylece yerine getirmiş olacaktır. Ancak, Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiçbir suretle, olaya ilişkin kanı, gerçeklik yargısı oluşturarak kesin sonuçlara ulaşamayacak; hükmü gerekçe kusuru nedeniyle bozduktan sonra, yeniden duruşma yapması ve duruşmadan edindiği izlenime göre hüküm kurması için ilk mahkemeye geri yollayacaktır.

Bu sürecin özeti şudur: Yargıtay olayı belirleyen anlamda bir derece mahkemesi değil, salt hukukun ne olduğunu belirleyen bir hukuki derece ve dolayısıyla denetim/bozma mahkemesidir. İstinaf mahkemesi ise, kural olarak duruşma yaptığı için olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemede tam yetkilidir, dolayısıyla ikinci derece mahkemesidir. Tıpkı ilk mahkeme gibi, olaya uygun hukuk düzgüsünü de belirler. Yargıtay ise olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemez/belirleyemez, sadece konulan hukuki tanıyı/düzgüyü belirler.

Bu temel kurallara gelişmiş/gelişmemiş her ülkede büyük özen gösterilmektedir. O yüzden kaldırılan 1930 İtalyan Ceza Yargılama Yasası'nda "gerekçe eksikliği

uygunluğu hakkında karar vermekle sınırlı bulunduğunu ve yargıtayın kanıtların değerlendirilmesi ve de sanığın kişiliği konularında hüküm kuramayacağını anımsatır" (paragraf, n.100). "Yargıtayın olay değil, yalnızca (münhasıran) hukuk noktalarına ilişkin işlevini göz önünde tutarak..." (paragraf, n.100). (Ayrıca bk. "örnek karşıoy" paragrafı).

<sup>19</sup> Jobar Bacheller/Xavier Bacheller, Technique de casation, Paris 1991, s.38.

ğini ya da çelişkisini” bozma nedeni sayan madde bendinin (m.475/3), duruşmada belirlenecek ve değerlendirilecek olayla ilgili sorunlara yargıtayın el atmasını kolaylaştıracak bir Truva atı olacağı ileri sürülmüştür. Bugün dahi Cordero gibi bunu olay, gerçeklik yargılaması sayan ünlü hukukçular vardır. Ancak, İtalyan Yargıtayının duyarlılığı sayesinde bu sakınca gerçekleşmemiştir. Bu yüzden 24.10.1989’da yürürlüğe giren 1988 tarihli İtalyan Ceza Yargılama Yasası, suçlama (itham), yani Anglo-Sakson dizgesini ağırlıklı olarak benimsediği halde, bu anlayıştan vazgeçmemiş, Yasada “gerekçede eksiklik ve belirgin mantıksızlık” deyişine yer vermeyi uygun bulmuştur (m. 606/e)<sup>20</sup>.

Bu konuda öncülük dünyanın ilk yargıtayı olan Fransız Yargıtayıdır. Aynı nedenlerle olayları gerekçe yoluyla Yargıtayın denetlemesi, önceleri yargıcın olayları belirlemedeki kanı özgürlüğünü sınırlıyor, duruşma yapmadığı halde “kapağı örtülü dosyayı karara bağlıyor”, yetkisini kötüye kullanıyor diye eleştirilmiş<sup>21</sup>, Yargıtay başkanlarından Bellet de böyle bir denetime karşı çıkmıştır. Ancak Fransız Yargıtayı yalnızca olay denetimi yapmış, ama asla olaylarla ilgili belirlemelerde bulunmamış; bu konuda asla karar vermemiştir. Bugün de öyledir. Özetle bu denetimin alanı saydamdır. Kül rengi değildir.

Fransa’da yaşanan bu gelişme, ikinci dünya savaşından sonra, Fransa çapında olmasa bile, Belçika, İsviçre, Almanya ve İsveç’te (ki bu ülkede yüksek mahkeme vardır) de görülmüştür<sup>22</sup>. 1974’te ilk kez Gerhard Fezer, dizgeli bir incelemeyle Almanya’daki gelişmeye parmak basmış, “genişletilmiş temyiz yetkisi” terimini<sup>23</sup> ortaya atmış ve Alman Federal Mahkemesinin (Yargıtay) salt hukuki inceleme yetkisini aşmayı meşrulaştırmak mı istediğini sorgulamıştır. Kleinknecht/Meyer Şerhinin 37. basısında<sup>24</sup>, Fezer’in bu terimi kullanması eleştirilmiş, Löwe/Rosenberg’in Hanack tarafından hazırlanan şerhlerinin 1988 yılındaki 24. basısında, deneyim kuralına aykırılığın da gerekçe denetimi kapsamına girdiği belirtilmiştir. 1991’de Freiburg’da uzun uzun görüştüğümüz ve 2009’da yitirdiğimiz Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck de, Alman Federal Mahkemesinin olayları ve kanıtları asla değerlendirmedeğini ve bu konuda kanı yargısı oluşturmadığını, ancak gerekçe denetimi yaptığını ve Fransız Yargıtayıyla aynı duruşu sergilediğini belirtmiştir. O tarihte görüştüğümüz bütün hukukçular, Albin Eser, Gropp, alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi Başkanı Jähnke de bunu doğrulamışlardır. Jähnke ayrıca, Fezer’in kendilerini uyardığını da açık yürekle belirtmiştir.

<sup>20</sup> Christiani, Manuela del nuovo processo penale, Torino, 1989, 448.

<sup>21</sup> Pageaud, ileten: Boré, La cassation en matière pénale, Paris, 1985, n.3852.

<sup>22</sup> Boré, n.3846; Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, Genève, 1981, s. 90.

<sup>23</sup> Bir yargı yılı (1988) açış konuşmasında, “Yargıtaya genişletilmiş bir temyiz yolunun açılarak” maddi olayı en geniş biçimde inceleme olanağının sağlanması istenmiştir. Bu şaşılacak bir durumdur. Çünkü maddi olayı eylemli olarak esasen değerlendiren bir organın yetkisinin genişletilmesinden değil, tam tersine olsa olsa daraltılmasından söz edilebilir.

<sup>24</sup> 1987, m. 337.

Yargılama yasalarımıza göre, Türk Yargıtayı için de durum aynıdır.

Doğrusu da budur. Duruşma yapmayan Yargıtay, hiçbir ülkede olayları hükme bağlamaz, bağlayamaz. Yalnızca gerekçe denetimi yapar. Denetim başka şeydir; ilk mahkemenin yerine geçerek olay hakkında hüküm kurmak büsbütün başka şeydir.

Salt hukukta eşitlik, içtihatla birörnekligi; yargısal görüşlerde, içtihatlarda birörneklilik, tekdüzelik her ülkede yargıtayın biricikliği/tekligi ilkesini doğurmuştur, zorlamış; yargıtay kurumu da tek olmuştur. Gerçekten birörneklilik, aynı olayın sonsuza dek çeşitlenen türlerinde bile asla görülemeyen; yalnızca hukuki kavram ve yorumlarda sağlanabilen bir olgudur. O yüzden olayı öğrenme (cognizione) yargılama yapan olay (ilk/istinaf) mahkemeleri her ülkede çoktur. Olay yargılaması (duruşma) yapmayan ve bu nedenle de tek olup yargısal görüşlerde/içtihatlarda birliği sağlayan yargıtay ise her ülkede tektir; dolayısıyla yargıtayın olayı denetleme yetkisi de, gerekçeyle sınırlıdır; olayları kesin kararları bağlayıp çözmesi mantık ve doğa yasalarına aykırıdır, dolayısıyla olanaksızdır.

Nasıl belli ortamda saf suyun yüz derecede kaynaması önlenemezse, neden-sonuç (zorunluluk) ilişkisi içinde çürütülemez nitelikteki matematik ve mantıksal kesinlikle eşyanın doğasından çıkan bu sonuçlar da değiştirilemez. “Bize özgü” ya da “biz bize benzeriz” yollu sığ/yüzeysel bahanelerle bilime karşı çıkılamaz. Bilim kumar oynamaz, buna izin de vermez. Buna kalkılırsa bedeli ağır ödenir. Nitekim Türkiye, Yargıtayda bir buçuk milyona dayanan dava dosyasıyla, bunun bedelini fazlasıyla ödemektedir.

Dünyada bu bedeli ödemeyi göze alan tek ülke yoktur. Yalnız bizimki gibi bozma mahkemesi (yargıtay) dizgesini benimseyenler değil; istinaf, yani duruşma yoluyla olay yargılaması yapabilen yüksek mahkeme dizgesini benimseyen ülkelerde bile bu kurallara kesinkes uyulmaktadır. Sözgelimi, Kanada Yüksek Mahkemesi, Kuruluş Yasası'na göre, ceza ve hukukta tam istinaf yetkisine sahiptir (m. 34, 52). Dokuz yargıçtan oluşur. Bunlardan Yargıç C. D. Gonthier, Yüksek Mahkemenin bu yetkisini hemen hemen hiç kullanmadığını, duruşma yapmadığı için de kanıt değerlendirmesine girerek olaya ilişkin hüküm kurmadığını, Yüksek Mahkemedeki görüşmemiz sırasında, kesin bir dille açıklamıştır. ABD, Hollanda, İngiltere, İrlanda, Romanya, Louisiana, Japonya, Fildişi Kıyısı<sup>25</sup> gibi ülkelerdeki yüksek mahkemelerde de durum böyledir.

Bozma mahkemelerinde (yargıtay) ise her zaman böyledir. Sözgelimi, Avrupa ülkeleri Almanya, Fransa, Belçika, İsviçre, İspanya, Rusya, Polonya, İtalya, Latin Amerika ülkeleri Venezüella, Uruguay, Kolombiya, Peru, Meksika, Guatemala, Dominik, Şili, Afrika ülkeleri Fas, Kongo, Kamerun, Belçika Kongosu (Zaire) gibi.

<sup>25</sup> Bu konuda yetkin bir örnek olan Fransa'daki durum için bk. Selçuk, Les voies de recours en France, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XIV, 1-4 (Ocak/Aralık 1990), 119-184.



Yer darlığından, yararlandığımız ya da dört ülkede görüştüğümüz yazarların ve yargıçların yalnızca sayılarıyla yetindik, adlarını veremedik. 28 ülke ve iki yüze yakın kaynağa başvurduk. Bunları ilerideki bir incelememizde ayrıntılı olarak belirteceğiz.

Bütün bu ülkelerde, bütün kaynaklar derler (ve yargıçlar uygulalar) ki, yargıtayın, kavram ve kurum olarak tam anlamıyla yargıtay olabilmesi ve böyle kalabilmesi için, olmazsa olmaz (sine qua non) en az koşul, incelemesini hukuk alanı içinde yapması, kanıt değerlendirmesine asla gir(e)memesi ve olaya ilişkin hüküm kur(a)mamasıdır. Yargıtayların üye, daire, gelen dava sayıları, yani biçimler az çok değişebilmektedir. Ama bu temel ilke hiç mi hiç değişmemektedir ve bu ilkeye ödün verilmeksizin uyulmaktadır. Çünkü yargıtayların ülke boyutunda hukukta birlik, bütünlük, tekdüze yorum ve uygulamayı ve bunlarda sürekliliği gerçekleştiren düzgüsel (normatif) ve gerekçelerde tutarlılığı sağlayan disiplin övgörevlerini (misyon) yapabilmeleri, bu ilkeden sapmamaya bağlıdır. O yüzden kim ki, duruşma yapmayan bir yargıtayın kanıtları değerlendirdiğini ve istinaf/temyiz işlevlerini birlikte yerine getirdiğini söyler; yalnızca hukuka, bilime, mantığa, eşyanın doğasına, dünyaya ters düşmüş olmakla kalmaz; bir olmazın, yeryüzünde örneği görülmemeyen bir dizgesiz yapılanmanın getireceği tehlikeleri de göze almış, temyiz yolu kavramının ve kurumunun özünü hiç kavramadığını da dile getirmiş olur.

**“Yargıtay, davanın değil, hükmün yargıcısıdır”** ilkesinin önemli bir sonucu da şudur: Bir iddia (olay, işlem, eylem, suç) nedeniyle açılan dava hakkında hüküm kurulmamışsa, yargıtayın inceleme yapacağı konu da artık yok demektir. Sözgelimi, bir ceza davasında konut dokunulmazlığını bozma ve yaralama suçlarından ya da hukuk davasında taşınmaz boşaltma ve kiraya artırma nedenlerinden iki dava açılmış ve fakat yargıç bunlardan yalnız biri hakkında hüküm kurmuş, öbürü hakkında, çoğu kez görüldüğü gibi unutarak, hüküm kurmamış olabilir. Uygulamada sık yaşanan durumlardan biridir, bu. Bu durumda çoğu kez taraflardan biri (katılan, savcı, davacı), kararı “hüküm kurulmaması” nedeniyle temyiz eder. Böyle bir durumda elbette kurulan tek bir hüküm vardır, o hüküm de temyize konu olmamışsa asla bozulamaz. Çünkü her dava ve hakkında kurulan her hüküm, öbür dava ve hüküm karşısında bağımsızdır. Bir başka dava hakkında karar verilmedi ve sonuçlanmadı diye, sonuçlanan davanın kararı bozulamaz. Hüküm kurulmayan dava aleyhine temyiz gidilmişse, Yargıtay, temyiz incelemesine konu hüküm bulunmadığından “karar vermeye yer olmadığına” (non-lieu à statuer) ilişkin bir karar vermekle yetinmek zorundadır. Bu türden bir karar, ilk mahkemeyi ve ilgilileri uyarmaya yeterli olacaktır. Bizde ise, “yargıtay davanın değil, hükmün yargıcısıdır” ve “hükümlerin bağımsızlıkları” ilkeleri gözetenmediğinden, açılan dava hakkında hüküm kurulmadığı gerekçesiyle çoğu kez doğru ve yerinde olan öbür hükümlerin de bozulduğu gözlenmektedir. Bu tutum, mantık dışı ve dolayısıyla hukuka aykırıdır<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 1990’lı yıllarda açılan davalardan biri hakkında hüküm kurulmadığı takdirde, buna yönelik temyizde şöyle karar vermektedir: “Sanık hakkında yaralama suçundan açılan

## V- YARGITAYIN İŞLEVLERİNE GÖRE DENETİMİ

Yargıtayın işlevlerini ve yukarıdaki bilgileri gözeterek yapabileceği bozmaları aşağıdaki biçimde özetlemek olanaklıdır.

### A-Düzensel (normatif) işlevi sağlayan bozma nedenleri

#### 1-Hukuk kuralını bilmeme (*méconnaissance d'une règle de droit*)

a-Yargılama yasasının hükümlerine uymama (*vitium procedendi*).

b-Hukuk kuralını hiç uygulamama (*vitium iudicando*).

c- Hukuk kuralını yanlış algılayıp, yanlış uygulama (*vitium iudicando*).

d-Yetki aşımına (*excès de pouvoir, eccesso di potere*) düşme. Sözgelimi, uygulanan yasayı kararda eleştirmek ya da taraflar hakkında incitici değer yargılarında bulunmak.

Bu sonuncusu, yargıtayın daha çok disiplin işleviyle de ilgilidir.

#### 2- Hukuk kuralını bilmemenin dışında kalan durumlar ve nedenler

a-Özü/niteliği başkalaştırma/değiştirme (*dénaturation, denaturazione*). Olayın, davanın temel verilerinin anlamını değişik ve özüne ters düşen biçimde algılama. Takdir hakkı, elbette böyle bir algılamaya izin veremez.

b-Bağdaşmaz kararlar verme (*contradiction [contrariété] de jugements, decisioni contrastanti*).

c-Hukuksal dayanaktan yoksunluk (*la perte de fondement juridique*). Kararın dayanağını oluşturan yasama ya da yürütme işleminin kalkması yahut da bir belgenin sahteliğinin belirlenmiş olması gibi.

### B-Gerekçede disiplin işlevini, tutarlılığı sağlayan bozma nedenleri

Gerekçelerde disiplini, tutarlılığı sağlamak, yargıtayın gerekçe denetimini çok dikkatli yapmasıyla olanaklıdır.

---

ve henüz sonuçlanmamış bulunan kamu davası hakkında zamanaşımı içinde hüküm kurulabileceği ve yasa yoluna konu bir hüküm de bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz davası isteği hakkında "KARAR VERMEYE YER OLMADIĞINA ve dosyanın incelenmesizin karar mahkemesine GERİ GÖNDERİLMESİNE" (Y.4.C.D., 24.9.1991, 4336-5167, 19.12.1991, 7050-8124). Geri gönderme kararı üzerine, dava sürdüğünden, elbette yargılama da sürecek ve bir karar verilecektir. Bu durumda elbette yerel mahkeme davadan elini çekmiş olamaz. Hukukta konu yahut da cezada sanık ya da suç çokluğu nedenleriyle birden çok dava açılmış, hepsi hakkında hükmün kurulmuşsa ve hepsi temyiz edilmişse, bunlar birbirlerinden bağımsız olarak denetlenecektir. Bu yüzden de bozma ya da onama kararları ayrı ayrı olacaktır. Hepsi hukuka uygunsa, tekil değil, çoğul anlatım kullanılacak ve "temyiz davalarının esasan reddiyle hükümlerin onanmalarına" diye karar verilecektir.

Yargıda her istek bir dava, her dava çözülmesi gerek bir sorun olduğuna göre, her davanın gerekçesi olmak zorundadır. Gerekçe, yargısal etkinliğin sürecini ve sonuçlarını yansıtan eksikliklerden ve fazlalıklardan arınmış bir yapıt olmalı, herkesi doyurmalıdır.

Yargı kararı, bir teorem değil, gelişen bir buluştur<sup>27</sup>.

Kurulan yargı kararının demokratik denetimi ancak gerekçe yoluyla sağlanabilir. Gerekçe, tartışmacı demokrasinin güvencesidir, eşsiz bir fetihtir.

Kurulan hükmü beslemeyen bir gerekçe yetersizdir<sup>28</sup>.

Ancak Yargıtay, gerekçe denetimini yaparken yollama yargısının olayı/kanıtları değerlendirme ölçütlerini ve yetkisini dondurmamaya özen göstermelidir. Bu bilinçle davranılmazsa, yollama yargılaması/duruşması, göstermelik bir törene dönüşür. Bu ise hukuka aykırıdır, tehlikelidir.

### ***1-Yasal dayanaktan yoksunluk (le défaut (le manque) de base légale)***

Mahkeme bir yasayı çığnememiştir. Ancak anlatımları (énonciation) anlaşılabilir nitelikte olduğundan Yargıtay, çözümün hukuk kurallarına uygun olup olmadığını denetleyememektedir. Sözgelimi, hangi hükmün hangi olayla ilgili olduğu anlaşılammaktadır. Bir başka deyişle temyiz olunan kararın nedenceleri (motifleri) davada söz konusu yasa maddesinin uygulanmasını haklı kılan öğelerini bilmeye ve öğrenmeye olanak vermemekte, desteklemeler yetersiz kalmaktadır.

### ***2-Gerekçe kusurları (vices de motivation)***

***a-Uyuşmazlıkla ilgili veriler, öğeler, taraf itirazları yeterince sergilenmemiştir*** (non exposé des données du litige et/ou des moyens des parties). Unutulmamalıdır ki, yargılamada, her istek bir davadır ve bir kararı gerektirir (tot capita, tot sententia).

***b-Gerekçe yokluğu*** (le défaut de motifs [ou défaut de rationalité de motivation], la mancanza di motivazione). Yargıtay denetimi için gerekçe tam olmalıdır. Ancak, yönetsel yargı işlemleri, mutlak takdir yetkisi (pouvoir discrétionnaire) gibi hiçbir gerekçe istemeyenler ya da bir başka hükmün sonucu olan örtülü (zımnı) gerekçe (motif implicite) durumları ayrıktır. Bu konuda ölçüt şu olmalıdır: Kararın alınıyazısını etkileyen her yargıya (conclusion) yargıç yanıt vermek zorundadır.

<sup>27</sup> Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, s. 337.

<sup>28</sup> Gerekçe hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Evangelista, Motivazione della sentenza civile, Enciclopedia del diritto, XXVII, Torino, 1977, s. 154-180; Amodio, Motivazione della sentenza penale, aynı yapıt, s. 181-257; Giannini, Motivazione della sentenza amministrativo, aynı yapıt, s. 257-269; Feteris, (Ertuğrul Uzun), Hukuki Argümantasyonun Temelleri, İstanbul, 2010; Şeker, Esbab-ı Mucibeden Retoriğe, Hukukta Gerekçe, İstanbul, 2010.

Gerekçeler davaya uygulanabilir olmadıkları takdirde de yok sayılır (Le défaut de rappel des parties)<sup>29</sup>.

**c-Gerekçe yetersizliği** (insuffisance de motifs, la motivazione insufficiente). Yanıtlar belirsizdir. Gerekçe hüküm fıkrasına yetmemekte, onu beslememektedir.

**d-Gerekçe kapalıdır, açık değildir.** Savı kanıtsama (pétition de principe, müsadere ale-l matlûb) yöntemi ya da genel afaki/anonim deyişler kullanılmıştır. Olaylar yeterince betimlenmemiştir. Denetim olanaksızlaştırılmıştır (simple affirmation ou motif d'ordre général).

**e-Kuşku verici gerekçe** (motif dubitatif). Duraksamalar sergilenmiş, kabul ile ret arasında bocalanmış, “öyle geliyor ki...” gibi kuşkulu anlatımlara yer verilmiş, mahkemenin doyurucu sonuçlara ulaşamadığını sergileyen kuşkulu önerilere (proposition dubitative) yaslanılmış, çözümün sağlamlığı gölgelenmiştir.

Ancak bunlar, fazladan nedenceler (motif surabondant), yani öbür nedence(ler) in yetmesi durumunda ya da sonuca etkisiz nedence (motif inopérant) yahut da maddi yanılıyla ilgili olsa da sonuca etkisiz ise bozma nedeni yapılmamalıdır.

“Savsama ya da önlemsizlik” gibi seçenekli önermeler de böyledir. Yeter ki, bunlar “ve” bağlacıyla bağlanmış olsun.

**f-Varsayıma dayalı gerekçe** (motif hypothétique), kuşkulu gerekçeden farklıdır. Ulaşılan hukuki çıkarım/sonuç (déduction juridique) belirsiz değildir. Karar, kanıtlanmamış bir olayın varsayımına ya da kestirimine dayanır. Ancak, bir önceki kuşku verici gerekçe gibi, bu durumda da fazladan ve etkisiz nedenceler söz konusu ise, hüküm bozulmamalıdır.

**g-Çelişik gerekçeler** (motifs contradictoires) ve türleri:

**aa-Çelişki**, gerekçe (motif) kesiminde ise, durum şudur: İki çelişik nedence birbiriyel elbette bağdaşamaz. Ancak her çelişki bozma nedeni değildir, olmamalıdır. Sözgelimi, usavurma kusuru (fikrî çelişki) hükmü bozmayı gerektirmez. Hükmü bozmak için çelişkinin olaylara ilişkin (maddi çelişki) olması gerekir. Olaylardan çıkan hukuki sonuç çelişkisi bozmak için yeterli değildir. Ayrıca bu çelişki, kararın bozulabilmesi için, fazladan (surabondant) ya da etkisiz (inopérant) olmamalıdır.

**bb-Çelişki**, gerekçe (motif) ile hüküm fıkrası (dispositif) arasında ise hüküm mutlaka bozulmalıdır.

**cc-Çelişki**, hüküm fıkrasının (dispositif) öğeleri (chef) arasında ise hüküm yine bozulmalıdır.

Çelişik nedenceler birbirlerini karşılıklı olarak yok ettikleri için, hüküm gerekçeden yoksun sayılır ve de öyledir. Bu nedenle bozulması gerekir. (Les motifs

<sup>29</sup> Ayrıca bu yazının “çelişki” bölümüne bakınız.

contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien. –La contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l'absence) de motifs).

**b-**Alıntılanan gerekçe (motifs pris d'une autre décision). Bir başka karardan alıntılanan gerekçe de bozma nedenidir. Çünkü her yargı kararı kendi kendine yetmelidir (Toute décision de justice doit se suffire à elle-même). Bu başka kararın, daha önce ya da birlikte (müterafik, concomitant) olması önemli değildir.

Şu ek bilgiyle bu konuya son verebiliriz: Gereksiz/fazladan nedenceden (motif surabondant) amaç şudur: Başka nedenceler zorunlu olarak aynı sonuca ulaştıkları takdirde, kuşkulu, varsayımlı ve çelişik bir gerekçe gereksizleşir ve bozma nedeni olmaz.

Etkisiz nedenceden (motif inopérant) amaç ise şudur: Salt düzeltilerle (réctification), maddi yanılıyla ilgili, temyize başvuran yararına ya da çözümde sonuca etkisiz yahut da yerine bir başka nedencenin geçebileceği nedence (motif substitué).

Yerine geçilebilen nedence (motif substitué) ayrıktır ve şu koşulları taşır: Birinci olarak, eleştirilen ile yerine geçirilen ve geçen nedence salt hukuki olmalıdır. Yargıtay olaya ilişkin nedencede yine ilk mahkemenin yerine asla geçemez. İkinci olarak, yerine geçilen gerekçe, yargıcın özgürce saptayıp özgürce değerlendirdiği eylemlere dayanan hukuki nedencedir. Olaylara ilişkin gerekçe her tür kusurdan/yanılığdan uzak olmalıdır. Üçüncü olarak, bu nedencenin ortaya çıkardığı karar da salt hukuki olmalıdır. Bu koşullarla salt hukuki nedence, ancak ilk mahkeme nedencesinin yerine geçebilir.

## VI- YARGITAYIN OLAYA İLİŞKİN KANI YARGISI KURMASININ KAÇINILAMAZ SANCILI SONUÇLARI/AÇMAZLARI/TEHLİKELERİ

### A) Yargılama boyutuna yansıyan sonuçlar/açmazlar/tehlikeler

#### 1-Duruşma evresi anlamsızlaşır, gereksizleşir, hiçleşir

Daha önce söylendiği gibi, yargılamanın en önemli evresi duruşmadır. Bu evre, belli ve zorunlu ilkelere göre, somut dünyada gerçekleşmiş eylem, olay, olgu, fenomenin gerçeğe yakın bir biçimde yeniden yaşanması için icat edilmiştir ve insanlığın en başarılı buluşlarından biridir ve “dava” kavramının odağında yer alır. Duruşmasız yargılama, yargılama değildir; o artık başka bir şeydir. Duruşma ve kanı yargısı, bütün kuralların, tartışmaların, vazgeçilemez temel ilkelerin hep birlikte oluşturmak için seferber edildikleri bu evrenin sonunda oluşur. Özünde yargılama, özellikle duruşma, kırılğan bir kuşku (soupçon) ile başlar. Duruşmanın vazgeçilemez ilkelere uyulduğu ve bu kırılğan kuşkunun en uygar toplum-

larda bile ancak bir ölçüde sağlıklı olarak gerçekleştirilebildiği unutulmamalıdır. Özellikle ceza davalarında en önemli kanıt kaynağı tanıklıktır. “Tanıklık (ise), Paul Ricœur’ün dediği gibi, kırılğan kuşunun sürekli tehdidi altındadır”<sup>30</sup>. Böyle bir dünyada bizdeki biçimde gerçekleşen duruşmanın ve vicdani kanı yargısının yerine tez/antitezin temsilcisi olan tarafların bulunmadığı kapalı odalarda, sözlülük, yüz yüze olma, doğrudanlık, açıklık, yoğunluk ilkelerini yıkma pahasına, cansız tutanaklardan sezgi gücüyle çıkarılan tutanak bağımlısı yargılar geçerse, duruşma yapmanın hiçbir anlamı kalmaz. Bozmadan sonra yapılan duruşmalı yollama yargılaması da gereksizleşir. Gerek duruşma, gerek yollama yargılaması, hepsi de davayı uzatan avare kasnak gibi gereksiz/anlamsız birer evre olup çıkar.

İnsanlığın hukuktaki onca ilerlemesine, özellikle Anglo-Sakson ve Kara Avrupası ülkelerinde duruşma diyalektiğinin çok başarılı olarak gerçekleştirilmesine karşın bütün dünyada duruşmalar, sokaktaki insan için hiçbir zaman doyurucu olmamıştır. Bu yüzden 19. yüzyılda Yazar Ambrose Gwinnet Bierce (1842-1914), “Dava (duruşma anlamında), domuz olarak girilip sosis olarak çıktığımız bir düzeneiktir” demişti. Böyle bir dünyada ve bütün bunların ışığında Bierce, bizdeki ilkesizliklerle dolu kırık dökük uygulamayı, insan olarak girilip yara bere içinde ruhsuz bir nesne gibi çıkılan duruşmayı görseydi kim bilir ne derdi?! Bunu düşünmek bile korkutucudur.

Eğer denetim organı olan yargıtay, açık duruşma sonunda çözülecek olaya ilişkin sorunları duruşmasız da çözebilecekse, açık duruşma yapıp insanları apar topar çağırmaya, tedirgin etmeye, onca yorgunluğa ve zaman yitirmeye ne gerek vardır? Bir yargıcın soruşturmayı yapması, kanıtları toplaması, kanısın içeren bir özetle (fezleke) dosyayı yargıtaya yollaması yeterli olamaz mı?

Günümüzde Türk Yargıtayı, acıyla belirtelim ki, bu soruya dolanlı biçimde ve eylemli olarak “yeterlidir” yanıtını vermiştir ve bu konuda yeryüzünde tektir.

Oysa duruşma yapmadan olaya ilişkin kanı yargısı oluşturmanın sakıncaları saymakla bitmez:

***a-Yetersiz araçlarla olay yargısı kurulur.*** Gerçekten duruşma yapmadığı için daha yetersiz araçlarla, olanaklarla yetinmek zorunda kalan yargıtay yargıcının yargısı, duruşma laboratuvarında daha yetkin araçlar ve olanaklarla donatılan duruşma yargıcının yargısının yerine geçmiş olur. Bu, tıpkı hastasını doğrudan muayene eden hekimin tanısına telefonla aldığı bilgiye göre sonuçlar çıkararak hekimin tanısını üstün tutmaya benzer. Kılıcın ya da okun atomu yenmesi gibi, kapalı dosya tutanakları, açık yargılamanın gerçek kanıtlarını ve izlenimlerini yenmiştir. Özetle en önemlisi de ***“yargıladığın oranda daha sonuç çıkar” (tantum judicatum, quantum conclusum)*** hukuk ve mantık kuralı dışlanmış, çiğnenmiştir.

<sup>30</sup> Ricœur, Soi-même comme un autre, Paris, 1990, s. 34.

**b-Adli yargı olasılığı artar:** Çünkü olaya ilişkin kanı yargısı, adı üstünde, ancak kanı oluşturan kanıtlarla doğrudan ilişki kurularak oluşturulursa, sağlıklı olabilir. Kovanı dışında bal arısı nasıl sıradan, niteliksiz bir arıysa, duruşma dışında oluşturulan olay yargısı da, kusurlarla yüklü niteliksiz bir yargıdır. Ulaşılan sonuç da, özünde gerçek bile değildir, görünüşte, aldatıcı bir kurgudur, düştür. Çünkü “gerçeğin kalitesi, her zaman bir olayı aydınlatma amacına hizmet eden yargılamanın kalitesine bağlıdır.”<sup>31</sup>

**c-Yöntem saptırmalarıyla duruşma yapılır:** Olaya ilişkin kendi kanı yargılarının değersizleştiğini gören ilk derece (olay) yargıçları, ciddi duruşma yapmazlar. Yargılama yöntemi saptırmalarına (détournement de procédure), boş vericiliğe sık sık başvurulur. Tarafları, tanıkları özenle dinleyecek yerde, bizim icadımız “gereği düşünüldü”lerle bol oturumlu tartışmasız duruşmalarda “eski anlatımımı yinelerim”li, “eski tutanaklar okundu”lu<sup>32</sup> tutanak düzenlemeleriyle yetinirler. Yargıçlar, insanlarla (taraflar, tanıklar) ve olayla diyalektik kuracak yerde, tutanaklarla, yazmanla (kâtip) boğuşurlar. Çoğu yargıç, olay sorunlarının çözümünü yargıtaya bırakır, kolaycılığa kaçır. Her yargı kararı, gerekçesinde sorunları tek tek yanıtlayıp çözen, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıt olmak zorundadır<sup>33</sup>. Ama böyle olmaz ülkemizde. Değil mi ki, olaya ilişkin kanı yargısı kapalı dosya tutanaklarına göre oluşturuluyor, öyleyse “dosya içeriğine göre”li gerekçeler niye yetmesin? Yasalar istedikleri kadar “kanıtların tartışılmasından, ret ve üstün tutma nedenlerinden” (Eski HYY, m. 388/3, Yeni HYY, benzeri m. 297/c), “hükmün gerekçesinden” ve “gerekçesizliğin” kesin bozma nedeni olduğundan (Anayasa, md.141/3, CYY, m. 34, 230, 232, 289/g) söz etsin, “iddiaya, dosya içeriğine göre”li ve bu suretle kusurları peçeleyen<sup>34</sup> görünüşte gerekçeler, açık vermemek kaygısıyla, ilk mahkemelerce bir kurtarıcı gibi yeğlenir. Elbette böyle bir süreçte ne duruşma bilinci ne de gerekçeli karar bilinci oluşur. Nitekim oluşmamıştır.

Duruşmaya katılmamış bir yargıcın tutanaklara göre olaya ilişkin karar vermesinin kesin hiçlik (butlan, nullité, nullità) nedeni sayıldığı bir dünyada, “görünüşte

<sup>31</sup> Yücel, M. Tören, Ceza Davalarında Ölçütler ve Sapmalar-1, Güncel Hukuk, Şubat 2013/2, sayı 110, s. 42

<sup>32</sup> Yargıtay, duruşma oturumlarında eski yargıç(lar)ın yerine yeni yargıç(lar) katıldığı zaman, “yargıç değişikliği nedeniyle eski tutanaklar okundu” sözlerinin tutanağa geçirilmemesini sürekli bozma nedeni olarak görmüş, bu suretle adeta tutanak okuyarak vicdani yargı oluşturulmasını, duruşmanın dışlanması özendirmiştir. Bu acı bir gerçektir. Dünyanın hiçbir ülkesinde duruşma yargıcı değiştirilemez. Duruşma yargıcı; hastalık, ölüm gibi bir olay sonucu duruşmayı sürdürmezse duruşma kaldığı yerden sürmez, süremez; bütün dünyada yeni yargıç(lar) ile duruşma yeni baştan yapılır. Bu, bir. Uygulamada “yargıç değişikliği nedeniyle eski tutanaklar okundu” sözlerinin gerekçesine ise hiçbir zaman uyulmaz, uyulmamıştır. Gerçekten bu tutanaklar uygulamada hiç okunmaz, o sözler de sahte bir anlatım olarak kalır. Kimse kendini aldatmasın. Bu da, iki. Demek, bizdeki durum, sadece görünüşte duruşmanın da ötesinde kınanasi bir yalandır, aldatmacadır. Bundan kesinlikle vazgeçilmelidir.

<sup>33</sup> İtalyan Yargıtayı, 20.12.1989

<sup>34</sup> Boré, n.1379.

duruşma”nın (dibattimento apparente) da ötesinde, duruşma yapmamışların yargısı, elbette haydi haydi (a fortiori) geçersizdir.

**d-Yargıçların gelişmeleri engellenir:** Gereksizliğin doğurduğu bir sakınca da, yargıtayın yargı insanlarını yetiştirici (öğretici, pedagojik) ve disiplin özgörevlerini yerine getirememesi yüzünden hukukçuların sağlıklı gerekçe geçelerine, bilimsel yapıtlara başvurmamasıdır. Bu olgu, yargıçların gelişmelerini de önlemektedir.

**e-Soruşturma dizgesine (tahkik sistemi, engizisyon sistemi) dönülmüş olur:** Diyalektikğin en parlak biçimde gerçekleştiği duruşmanın olmazsa olmaz (sine qua non) ve birbirinden ayrıştırılmaz ilkelerine uyulmadığı takdirde, görünüşte/ gelişigüzel bir duruşma yapılmış olur. Yukarıda belirtildiği üzere, bu ilkelere boş veren bir duruşmada oluşturulan vicdani kanı, ahlakiliğini ve inandırıcılığını yitirir, son çözümlemede ortaçağda en acımasız biçimde yaşanan “soruşturma dizgesi”ne (tahkik sistemi, engizisyon sistemi) dönülmüş olur. Görünüşte duruşmanın, görünüşte gerekçenin (daha doğrusu gereksizliğin) ve yargıtay bile olsa kapalı odalarda gizli olay yargısı oluşturmanın, yani bu üç olgunun/etkenin birleşmesiyle varılacak noktanın ne olduğunu bilmek isteyenler, şu iki kaynağa başvurabilirler: Picca- Colbert, La Cour de cassation, 1986, s. 35 ve 2.4.1941 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararındaki Fahrettin Bey’in konuşması.

Ceza yargılama hukukunda özellikle karma dizgeyi benimseyen ülkemizde, bu dizge bir yana bırakılmış, eylemli olarak soruşturma dizgesine dönülmüştür. Bunu başaran organın yüksek bir yargı organı olması ise çok üzücü ve düşündürücüdür.

## **2-Gereksizlik ya da görünüşte gerekçe, gizli adalettir**

Şu noktayı hiç kimse gözden ırak tutmamalıdır: Gereksizlik ya da gizli gerekçe, yargıya başvuranların adil yargılanma haklarını “hile-i şer’iye” ile yıkan gizli bir adalettir. Bu nedenle anayasalarda kararların gerekçeli olması buyrulmuştur (md.141/3). Gerekçeli karar 1789 Fransız Devriminin adalet yolunda eşsiz bir fethidir.<sup>35</sup>

## **B-Yargıtay boyutuna yansıyan sonuçlar/açmazlar/tehlikeler**

**1-İlk (olay) mahkemede sonuç alamayanlar,** Yargıtayda olaya ilişkin vicdani kanı yargısını kendi yararlarına çevirmeye çalışırlar. Nelerin tartışıldığı bilinmediğinden, kuşkulu gizli oturum yargıları, sonuçta yargıtayın saygınlığını ve güvenilirliğini örseler. Nitekim ülkemizde yaşanan olgulardan birisi ve birincisi budur.

**2-Yargıtaya gelen dava sayısı artar.** Bu yüzden işi çoğalan ve bundan bunalan yargıtay, anayasaya karşın, temyiz edilen sorunları bir bir karşılayan gerekçeler yerine, zaman darlığı nedeniyle, toptancı ve ilk mahkeme kararına yollamalı ge-

<sup>35</sup> Boré, n.1986.



rekçelerle yetinmeye zorlanır. Bunun çaresi bellidir. Bu çare doğrultusunda çözüm getirecek yerde, gerekçesizliği savunmak, yanlışla yanlışla savunmaktır. Yukarıda değinildiği üzere, ülkemizde yaşanan bu olgu, yani dünya yargıtaylarına gelen dava sayısına yakın dava dosyası Türk Yargıtayını yargıtay olmaktan çıkarmış; bu şişkinlik/obezite, niteliğin niceliğe kıymasına yol açmıştır. Çok söze ne gerek var? Anlayanlar için, yargılananlar ve yargılananlar için bu bir yıkımdır.

**3-Temyiz yolu, kamu yararı** yerine taraf (kişi) yararına işler, yörüngesinden uzaklaşır. Nitekim ülkemizde uzaklaşmıştır.

**4-Yargıtay özgörevlerini yerine getiremez;** içtihat mahkemesi olmaktan çıkar, başarısızlığa mahkûm olur. Bu koşullarda Yargıtay, nicelik açısından çok iş çıkarılabilir, günümüzde olduğu gibi çıkarır da. Nitelik açısından da belki pek az kararında çağcıl hukuku yakalayabilir de. Ama bütünüyle asla başarılı olamaz. Esasen bunun için zaman da yetmez. Bu olgu da ülkemizde çarpıcı olarak yaşanmaktadır.

Kimse kendini aldatmasın. Kimi sonuçlar, genellemelerle büyütülerek, gerçek örtülemez. Mesafeli, önyargısız, metodik yaklaşımlarla yapılacak bir karşılaştırmalı hukuk çalışması, Yargıtayın başarısının derecesini ortaya koyacaktır. Bunu, karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan yansız bilim adamlarına bırakmak, dizgesizliğin kurumsallaşmasına destek olmamak gerekir. Yargıtay iş bitirme mahkemesi değil, hukuksal görüş/içtihat mahkemesidir.

### C) Hukuk boyutuna yansıyan sonuçlar/açmazlar/tehlikeler

Hukuk boyutundaki sonuçlar/açmazlar/tehlikeler de ağırdır.

#### **1-Kesin hükme (yargılanmış şey) saygı azalır ve hukuk işlevini yitirir.**

Çünkü görünüşte değil, ancak diyalektiği sağlayan doğru ve gerçek duruşma, düşünceler cumhuriyetini somutlaştırarak çoğul “cogito” mucizesini gerçekleştirdiği için, olaya ilişkin vicdani kanı yargısının oluşmasında duruşmaya katılan herkesin payı vardır. Yargılama kırılğan kuşku ile başlar. Kuşku, duruşma sayesinde bir kişiyle değil, birlikte yenilmiş olur. “**Kanı**” (**kanaat, conviction**) **terimi**, bu yüzden, Latince “**birlikte yenmek**” (**cum vincere**) sözcüklerinden oluşmuştur. Ancak bu yargı, duruşmada değil de, duruşmasız kapalı bir odada oluşursa, onun oluşmasında kimsenin payı ve dolayısıyla birlikte yenme olgusu bulunmayacak, bu nedenle de ona kimse sahip çıkmayacak, dahası kuşkuyla bakacaktır. Çünkü kimsenin benimsediği bu yargı, artık bir başkasının yargısıdır. Böyle bir yargıya elbette hiç kimse sahip çıkmaz ve saygı göstermez, göstermesi de beklenemez. Böylece kesin hükmün yetkisi (otorite) ve etkisi de yok olup gider. Toplumumuz bunu sürekli yaşamaktadır.

Şu unutulmamalıdır: Her bozma kararında, adli yanığı olasılığının katsayısı her zaman çoktur. Çünkü yargılanan olay değişmediği halde, kanıtları değerlendir-

dirme değişik ve ulaşılan sonuç, başka olmuştur. Bunu yaşanan somut bir olayla açıklamak yararlı olacaktır. İddia, sarkıntılıktır, yeni yasal düzenlemeye göre cinsel tacizdir. Yerel mahkeme, olayın kanıtlandığı sonucuna ulaşmıştır. Özel Daire ise, alışıldığı üzere, olayın belirlenmesi konusunda ilk mahkemenin yerine geçerek, oyçokluğuyla (bire karşı dört) kararı bozmuş ve olayın kanıtlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme direnmiştir. Ceza Genel Kurulu'nda 16 onama, 10 bozma oyu kullanılmış, onama ağırlıklı olduğu halde ilk görüşmede istenen üçte iki çoğunluk sağlanamadığından, inceleme ikinci görüşmeye kalmıştır. İkinci görüşmede ise oylar eşit (13) çıkınca, görüşme üçüncü oylamaya kalmıştır. Üçüncü görüşmede 9 onama oyuna karşılık 14 bozma oyuyla hüküm bozulmuş ve eylemin gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır. Burada ortaya çıkan olgu şudur: Olayın kanıtlanması konusunda kullanılan bütün oylardan onamalı oy sayısı bozmalı oydan fazladır, ama karar bozulmuştur. Elbette tersi de olabilirdi<sup>36</sup>. Bu sonuç, yukarıda sergilenen görüşleri doğrulamaktadır ve çok düşündürücüdür. Yaşanan ve akıl dışı bu gerçek üzerinde herkes, geçmişin, bugünün ve geleceğin yargıçları ve Yargıtay üyeleri, duyarlılıkla akıl yürütmeli, kendileriyle hesaplaşmalı, çarpıklığın nedenlerini bulmalıdırlar; buna zorunludurlar da. Bu nedenler karınca kararınca bu yazıda işlenmiştir. Adalet değeri, dolayısıyla tarafların, sanıkların alinyazıları, ilkelere yaslanmayan oylar arasında savrulup duramaz, asla böylesi rastlantılara bırakılamaz<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> YCGK, 11.3.1991-335/75.

<sup>37</sup> Bu tür kararların yüz binlerce örneği bulunmaktadır. Bunlardan çarpıcı olan ve kamuoyunca bilinen birkaçına değinmekle yetinelim. Bunlardan biri, hiç kuşkusuz, zamanaşımı nedeniyle düşürülen K. Türkler davasıdır. Bir başka kötü örnek ise bu yazının kaleme alındığı sırada sürmekte bulunan, tam anlamıyla Kafka'gil bir ceza davasına, bir hukuk faciasına dönüşen P. Selek davasıdır. Olay şudur: Mısır Çarşısı girişindeki bir büfede 9 Temmuz 1998'de bir patlama olur, 7 kişi ölür, 127 kişi yaralanır. Aralarında sokak çocukları üzerine araştırmalar yapan toplumbilimci P. Selek'in de bulunduğu kimi kişiler hakkında dava açılır. Tanıklar dinlenir, bilirkişiler ardi ardına raporlar verirler. Sanıklara işkenceler yapılır. Yerel Mahkeme patlamanın bitişikteki yemek büfesindeki tüplerden kaynaklandığı kanısını varır ve aklanma kararı verir. 10.3.2009'da 9. Ceza Dairesi, ilk mahkemenin vicdani kanısının yerine ölü tutanaklara göre oluşturduğu kendi vicdani kanısını geçirecek ve denetim yetkisinin sınırını aşarak, sanığın eyleminin kanıtlandığını belirtir ve "bomba vardır" der. Özel Daireye göre, eylem, "ülke bütünlüğünü bozma" suçu (Eski TCY, m. 125, Yeni TCY, m. 302) kapsamına girmektedir. Bu bozma kararı üzerine onama isteyen Yargıtay C. Başsavcılığı buna itiraz eder. Ancak Ceza Genel Kurulu, alışıldığı üzere kapalı oturumda ve yazılı tutanaklara göre oluşturduğu kendi vicdani kanısı doğrultusunda, 9. Ceza Dairesinin görüşünü paylaşır ve itirazı reddeder, Yerel Mahkeme, 9.2.2009'da Selek davasıyla ilgili eski kararında direnir ve öbür sanık hakkında verilen karar ise esasen temyiz edilmediği için kesinleşmiştir. Basına yansıyan bilgilere göre, son duruşmaya çıkan yeni yargıçlarla oluşan yerel Mahkeme, dava Ceza Genel Kuruluna Başsavcılığın itirazı üzerine gitmesine karşın, 22.11.2012 tarihinde direnme kararından döner ve Ceza Genel Kurulunun bozma görüşüne uyulmasına karar verir. On beş yıldır yargıçların oturumlarda sık sık değiştiği dava, basındaki haberlere göre, Avrupa Birliğince de izlenmektedir. Avrupa Parlamentosunca dava sürecinde yaşananlar "yargı tacizi" olarak nitelendirilmiş, Türkiye Raporörü Ruijten'ce de Türk yargı dizgesine yönelik eleştirilerin haklılığına bu

Toplum gereksinmesinden doğan ve düzenin sürekliliğini sağlayan hukukun vazgeçilemez temel işlevi, toplumda ve insanda güven ortamını yaratmaktır. Bu yüzden de hukuk, rastlantılara kapalıdır, kördür. Hukuk, rastlantılara bırakılırsa bu temel işlevini yitirir.

---

davada yaşananları kanıt olarak gösterilmiştir. Bu yazının kaleme alındığı sırada yerel Mahkeme, 24 Ocak 2013 tarihinde CGK kararı doğrultusunda üç kez aklanmış Selek'i, 1926/765 sayılı Eski TCY'nin 125. maddesi uyarınca oyçokluğuyla ömür boyu ağır hapis cezasına mahkûm etmiştir (Basın, 25.1.2013). Yargıtayın önüne geldiği zaman bir kez daha Yüce Mahkeme, denetim sınırları çerçevesinde kalıp kalmayacağı konusunda sınav verecektir. Dileğimiz, Yargıtayımızın bu sınavdan yüzakıyla çıkmasıdır. Üçüncü örnek de, D. Öz davasıdır. Görevi gereğince birçok olayların üstüne giden, L. Özyörük adlı üniversite öğrencisinin katillerini bulmak için bir yurttan arama yaptıran, kimi kuşkuluları gözaltına alan Savcı D. Öz, 19 Ocak 1978 günü Ankara'da tasarlanarak öldürülmüştür. Kuşku hakkında açılan dava 6 yıl dokuz ay sürmüştür. Sanık, Sıkıyönetim Mahkemesince dört kez ölüm cezasına çarptırılmış, Askeri Yargıtayın ilk mahkemenin oluşturduğu vicdani kanı yargısının yerine kendi vicdani kanısını geçirmesi yüzünden duruşma yapan ilk Mahkeme, 9 Ocak 1985'te aşağıda özetlenen ilginç, ilginç olduğu denli çarpıcı ve ders verici gerekçeyle çaresiz aklanma kararı vermek zorunda kalmıştır: "Elimizdeki bilgiler, belgeler ve tanık anlatımları, Doğan Öz' ü sanık İ. Ç.'nin tasarlayarak öldürdüğü mahkememizce belirlenmiş ve vicdani kanımız da bu yönde oluşmuşken, Askeri Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunun kararına karşı Yasa gereğince direnilemeyeceği ve uyulması zorunlu bulunduğu için sanığı aklanmasına..." Burada ilginç noktalardan biri de, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun, 7'ye karşı 8 oyla, yani bir oy farkıyla ve oyçokluğuyla alınmış olmasıydı. Basına yansıyan bilgelere göre, şimdilerde Ergenekon diye anılan davaya bakan mahkemece, 35 yıl sonra kimi belgelerin ardına düşülmüştür. Bütün bunlar aşağıdaki tanıları doğrulamaktadır: Birincisi, dünya çapında bir hukukçu olan Marc Ancel'indir: "Zanardelli Yasası, Türk uygulamasında önemli yozlaşmalara uğradı" (Marc Ancel, *Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, 1980, s. 10). İkincisi İtalyan hukukçularının yargısıdır: Merhum Prof. Dr. Sahir Erman, İtalya'da konuk öğretim üyesi olarak ders verdiği 1983 yılında, Türk hukukçularınca başarılı sayılan Türk Yargıtay içtihatlarından örnekler vererek 1889 İtalyan Ceza Yasasının nasıl uygulandığı üzerine bir konuşma yapar. Konuşma dinleyicileri öylesine sarsar ve şaşırır ki, daha sonraları Adalet Bakanlığı yapan ve Anayasa Mahkemesinde görev alan Prof. Conso, dinleyenler adına bu uygulamaya adeta başkaldırıcısına: "Sizin hukuk fakültelerinizde ceza hukukunun en basit esasları öğretilmiyor mu ki, yargıçlarınız, Yargıtayınız böylesine garip kararlar veriyor?" diye tepki gösterir (Milliyet, 28.1.1995). Üçüncüsü, Merhum Hocam Prof. Dr. Faruk Erem'in değerlendirmesidir. Merhum Erem, bir keresinde masamın üzerinde Afrikalı yazar G. L. Bolongo'nun "Droit pénal spécial zaïrois" adlı kitabını görünce çok merak edip ilgilendi. Kendisine istediği zaman getirmek üzere sundum. Aylar sonra uğradı. Dertliydi: "Bunlar, dedi, bizi geçmiş. Yıllarca hukuk dersi verdim. Ama pek bir şey öğretememişim. Nedenlerini bir türlü açıklayamıyorum." Afrika'yı sömüren devletler, oraya dillerini, kurdukları üniversitelerde dilleriyle ve kavramlarıyla birlikte hukuklarını vermişler, mahkemelerde uygulamalar yapmışlar, daha sonra da bütün bu kazanımları bağımsızlığına kavuşan ülkelerin hukukçuları sürdürmüşlerdi. Gelişme aralıksız yaşanmıştı. O nedenle Afrika'daki hukuk uygulamasının sömüren ülkedeki uygulamadan hiçbir farklılığı olamazdı, elbette. Bu görüşlerimi aktararak hocamı teselli etmeye çabaladım. Ne yazık ki, Ancel, Erman, Erem de haklıydılar. Günümüzde bile yaşanan bu örneklerden ders alınmayacak mıdır? Bu çılgınlıklar boşlukta mı kalacaktır?

## 2-Yargısal görüş/içtihat kavramı yozlaşır

Çünkü olaylarda yargısal görüş/içtihat birliği sağlama çabası, iki iki dört değil, beş eder kanıtlanmasına benzer bir matematik ve mantık yanıltmacalarına<sup>38</sup> sapma ve olanaksız olanaklı kılma zorlamasıdır, yel değirmenleriyle savaştır. Bunu bir örnekle açıklamak istiyorum. Suç kastının varlığı ve hangi suçla ilgili olduğu, sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olay belirleme sorunudur, hukuksal belirleme sorunu değildir. Çoğu kez yargıcın önüne küllengi bir alanda gelir. Sözelimi, birini ağır biçimde yaralayan etkin öznenin (fail) yaralama mı yoksa insan öldürme kastıyla mı davrandığı sorusunun yanıtını sergileyen ipuçları öylesine sonsuzdur ki, birkaç ölçüte indirgenmesi olanaksızdır. Varsayalım ki, sonsuz bile olsa, en çok kullanılan araç türü açısından bunlar üç sayısı sınırlansın. Silahın cinsi, uzaklık, vuruş (atış) sayısı, dürtü (güdü, saik), suç öncesi ve sonrası davranışlar, failin karakteri, husumet vb. gibi on rakamı bu üç ölçütün her birine eklenebilen ve her eylemde değişen etkenler gözetildiğinde bu konuda birbirine benzer iki olay bulabilmek için üç üzeri on (3<sup>10</sup>) sayısına ulaşılabilecektir. Bunun da rakam olarak anlamı ve anlatımı şudur: 59.049. Bir başka deyişle öbür bütün olasılıkları bir yana bırakırsak bile, üç türden biri sadece silah olsa ve yalnızca on olasılıkla bile -ki bu olasılıklar sayılara sığmaz, sonsuzdur- birbirine benzer iki olay yakalayabilmek için, en azından 59049 olay bulmak zorunludur<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Yunanca. sophisma, L.atince fallacia, Almanca. Trugschung, fangschluss, Fransızca. sophisme, İngilizce. sophisme, fallacy, İtalyanca ve ispanyolca, sofisma, Osmanlıca. safsata.

<sup>39</sup> Bunun çarpıcı örnekleri Ceza Genel Kurulunda çok sık yaşanmaktadır. Kasıt, etkin öznenin (fail) iç, ruhsal dünyasına ilişkin bir olay sorunu olduğundan bunu belirleme olanağı, dolayısıyla yetkisi ilk mahkemenin tekelindedir. Denetleme yetkisi ise, duruşma yapmadığı takdirde, istinaf merciine (bölge adliye mahkemesi) ya da duruşma yapmayan Yargıtaya aittir. Ancak Türk Yargıtayı kurulduğundan bu yana duruşma yapmadığı halde bu yetkiyi tekeline almıştır. Özellikle bir yaralama suçu söz konusu olduğunda 1. Ceza Dairesi, eylemin yaralama ya da insan öldürmeye kalkışma olarak nitelendirilmesi konusunda duraksar ve bu konudaki karar, çoğu zaman oyçokluğuyla çıkar. Direnme ya da itiraz üzerine konu Ceza Genel Kuruluna geldiği zaman, yine çoğu kez ilk oylamada gereken nitelikli çoğunluk sağlanamaz. İkinci oturumda ise Kurula katılan üyeler (yargıçlar) değişmiştir. Sıklıkla yaşanan olay şudur: İlk oylamadaki çoğunluk görüşü azınlıkta kalır, azınlıktaki görüş ise oybirliğine yakın oy alır ve dava sonuçlanır. Yukarıda değinildiği ve görüldüğü üzere, sanığın alınyazısını, hukuk değil, rastlantılar belirlemektedir. Yıllardan bu yana sürüp gelen bu olay, durumun ne denli önemli ve tutumun ne denli çarpık olduğunu göstermeye yeterlidir. Bütün dünyada insan öldürmeye kalkışma ile yaralama arasındaki duraksamayı çözme sorunu duruşma yapan ilk mahkemenin tekelindedir (Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1985, VIII, n. 2882; Garavelli, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, parte speciale, Torino, II, 1984, s. 1021; Serianni, Omicidio, Enciclopedia giuridica, Roma, XXI, s. 5; Pannain, I delitti entro la vita e la incolumità individuale, Torino, 1965, s. 37, 38; Patalona, Omicidio, Enciclopedia del diritto, XXIX, s. 7; Muscolo, L'omicidio volontario, Roma, 1978, s. 73-108, 148; Crespi/Stella/Zuccala, Commentario breve al Codice penale, Padova, 1986, s. 923; Crespi/Stella/Zuccala, Codice penale commentato, II, Torino, 1990, s. 1057'de geçen 19.2.1985, 9.4.1986 tarihli kararlar; 15.7.1989 tarihli karar, Rivista penale, Mart 1990, s. 500; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, droit spécial, par Vitu, Paris, 1982, II, s. 1709; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris, 1922, IV, s. 1852; Garçon, Code pénal annoté, Paris, 1931 s. art. 295, s.

Bir başka örnek de şudur: Gerçek birleşme (içtima) ile zincirleme (müteselsil) suç ayıran temel öge, “bir (aynı) suç işleme kararı”dır (TCY, m. 43). Bu ise sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olaydır. O yüzden “bir suç işleme kararı”nı belirleme tekeli, duruşmadaki kanıtlara ve izlenimlere göre ilk mahkemeye aittir. Duruşma yapan yargıç, olaylardaki benzerlik, zaman aralığı, sanığın davranışları, kanıtlar, hukuki konunun türü, eylemin oluş biçimi vb. etkenlerin ışığında bu belirlemeyi yapacaktır. Çünkü bütün bu olasılıklar gözetildiğinde olaylar birbiriyle asla çakışmaz, örtüşmez. Önceden (a priori), bir ay içinde aynı mağduru üç kez dolandırma, aynı anda birden çok sahte bono düzenleme “zincirleme suçtur” yargısına ulaşıldığı ve bu konuda bir uygulama kuralı getirildiği zaman, bunun anlamı, olayların hepsi birbiriyle benzemenin de ötesinde, çakışır, örtüşür; etkin öznelerin hepsi de aynı suç bir suç kararıyla işlemiştir sonucuna ulaşmak olur ki bu, mantık kurallarıyla çelişir, köklü bir yanlıştır, gerçeklere uymayan, yüzeysel ve de aldatıcı bir yargıdır. Bütün olayların özdeş olduğu mantıksızlığına dayanan, Herakleitos’u bile mezarında ters döndüren bir görüştür.

Buna benzer olaylarda, Yargıtayın tutumu bellidir ve sınırlıdır: İnsan öldürme kastının ya da bir suç kararının bulunup bulunmadığını konusunda aranacak verileri, bu kavramların tanımını yaparak bir yargısal görüş/içtihat boyutunda ortaya koymaktır. İnsan öldürme kastının, bir suç işleme kararında birliğin tanım ve öğelerini ortaya koyan, her uygulamada ilk mahkemelerden bu öğeleri aramasını ve gerekçesinde yansıtmasını isteyen bir karar, gerçek bir yargısal görüştür/içtihatdır. Görüş/içtihat birliği ancak böyle kurulabilir. Bu görüşler/içtihatlar doğrultusunda kurulmayan her karar ve oluşturulmayan her gerekçe yetersiz olacağından elbette bozulmaya mahkûmdur.

Son bir örnek daha vermek istiyorum. Türk Ceza Yasasının 142/(1)e. (Eski TCY, m. 491/2) maddesinde, “gelenek ya da özgüleniş yahut da kullanım biçimleri gereği açıkta bırakılmış”, bu yüzden halkın bir tür bekkiliğine sunulmuş eşya hırsızlığı nitelikli hırsızlık olarak cezalandırılmıştır. Hükmün can alıcı noktası şudur: Eşyayı açıkta kamu bekkiliğine bırakma, bu üç durumdan birinin sonucu olmalıdır. Yerel mahkeme, bu durumlardan birini ya da ikisini belirleyecek ve kararında bunu belirtecektir. İşte bu gelenek oluştuğu içindir ki, Yargıtaya göre, 1983’ten beri, so-kağa bırakılan bütün arabalar ayrıksız bu maddeye girmektedir. Çünkü oluşturulan

63; Goyet/Russelet/Arpaillange/Patin, Droit pénal spécial, Paris, 1972, s. 483; Lambert, Traité de droit pénal spécial, Paris, 1986, s. 39; Rodriguez Devesa/Serrano Gomez, Derecho penal español, parte especial, Madrid, 1993, s. 38 ve bu kaynaklarda yer alan yerleşik yargısal görüşler). Bırakınız İtalya, Fransa, Belçika, İsviçre gibi Batı ülkelerini, batılı olmaya bile özenmeyen Irak Yargıtayı da aynı doğrultuda karar vermiştir: Abdul Sattar al-Yumaylı, L’omicide volontaire simple et aggravé en droit pénal irakien et suisse, étude comparée (tèse), Genève, 1967, s. 112-139). Merhum Prof. Dr. Sahir Erman da, bu konuda Yargıtayın ilk mahkemenin yerine geçerek karar vermesini sert biçimde eleştirmiştir (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994, s. 28. Ayrıca bk: Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 10).

görüŖe/içtihadada göre, maddede öngörülen ögeler, sokağa bırakılan bütün arabalar için geçerlidir. Bir başka deyiŖle, maddeden ve maddedeki ögelerin izdüŖümünden olaya ulaŖılmıştır; olaydan ve olayın izdüŖümünden değil. Yani, ölkemizde yollara açıkta bırakılan ayrıksız bütün arabalar, Yargıtaya göre halkın bekçiliğine bırakılmış eŖya hırsızlığına girer. Oysa böylesine genelleŖtirici bir kural, bir düzgü (norm) asla getirilemez ve söz konusu da olamaz. Olursa yargı organı, Yargıtay, erkler ayrılığı ilkesini çiğnemiŖ, dolayısıyla yasa koyucunun yetkisini kullanmış, onunu yerine geçmiş olur. Bu ise tam anlamıyla bir “yetki yağması”dır (yetki gaspı, usurpation de puouvoir, usurpazione di potere, esercizio abusivo di potere) ve bu konudaki her karar yokluk (inexistence, inesistenza) yaptırımıyla sakattır. Bu bir. Ayrıca söz konusu maddenin amacı da böyle bir kural getirilmesine elveriŖli değildir. Olamaz da. Olursa yasa önünde eŖsitsizlik yaratılır. Çünkü ilkin bir kentte bütün arabalar, gelenek ya da özgüleniŖ yahut da kullanılma biçimleri gereği yola bırakıldığı halde, hiçbir araba bu maddeye girmez demek, edilgin özneler (mağdur) zararına, etkin özneler (fail) yararına bir eŖsitsizlik yaratır. İkinci olarak, yine aynı kentte böyle bir gelenek kentin sadece eski bölgesinde oluşmuş; her binada park yeri olduğu için yeni kurulan bölgesinde bu gelenek oluşmamış ise, bütün arabalar yine bu maddeye giremez dendiğinde, yeni bölgedeki hırsızlıklarda doğru karar verilmiş olur. Ama bütün eski bölgedekiler için, karar etkin özne yararına, edilgin özne zararına olacaktır. Tersine bütün arabalar bu maddeye girer denirse, yeni bölgede etkin özneler zararına, edilgin özneler yararına karar verilmiş olur. Bu iki. Dolayısıyla bu tür genellemeci kararların hepsi kökten yanlıştır. Doğrusu Ŗudur: Maddedeki ögeleri her olayda yeniden değerlendirerek gerçekteŖen olaya hukuksal tanı koymaktır. Elbette bu ise her olaya göre deęiŖecektir. Olaylarda birörnek uygulama yaratma kaygısıyla içtihat birliği sağlanamaz. Tersine yargısal görüŖ/içtihat aykırılığına ve eŖsitsizlięe yol açılır. Ama maddenin yorumunda yargısal görüŖ/içtihat birliği ve eŖitlięi sağlamak olanaklıdır, doğrusu da budur. Yargısal görüŖ/içtihat da esasen sadece bu anlam çerçevesinde söz konusu olabilir.

Özetle, yargısal görüŖ/içtihat olgusu kesirle anlatılacak olursa, “payda”da, hukuk kural ve kavramlarının tanımını, öğeyi ve yorumlarını açıklayan yargısal görüŖ/içtihatıdır, “Pay”da ise sonsuza değin deęiŖen olaylar yer alır. Yargıtay da paydadaki görüŖe göre olayları değerlendirmeyen mahkeme kararlarını bozacaktır. Bir başka deyiŖle, payın paydaya yetip yetmediğini ilk mahkeme belirleyecek; Yargıtay ise bunu sadece denetleyecek; ama payı paydaya uydurmaya asla kalkışamayacaktır. Eğer buna kalkışılırsa, örneklerden de anlaşılacağı gibi, Ŗu tehlikeli sonuçlara katlanılmak zorundur:

**a-Önce eŖitlik bozulur:** Çünkü olaylarda eŖitlik yaratma kaygısı, doğa, matematik ve mantık kurallarına aykırıdır; benzer sanılan olaylarda aynı hükümlerin verilmesini sonuçlar.

**b-Yargı kararlarında süreklilik gerçekteŖirilemez ve sarsılır:** Gerçekten bu benzerlik, ne yapılırsa yapılsın yaratılamadığından, olay yargıları içtihat diye algıla-

nırsa, yargıtayın sık sık kararlar değiştirdiği inancı yaygınlaşır, süreklilik gerçekleştirilemediği için yargıya ve kararlara olan güven sarsılır.

**c-Hukukta çağ gerisine düşülür (anakronizme yol açılır):** Gerçekten tarihsel evrimde hukuk ve yasalar, somut olaylardan soyut tanımlamalara doğru ilerlemiştir. Ortaçağ ya da Osmanlı yasaları “bir koyun çalan şu kadar, bir inek çalan bu kadar akçe ceza öder” derken, çağcıl yasalar hırsızlığı öğelerini belirterek tanımlar. Suçların yasallığı ilkesini anlamı da budur. Olaya ilişkin yargısal görüşler/ içtihatlar, çağcıl hukukun ve yasaların reddettiği olaycı/saymaca (kazuistik) yasalar ve hukuka dönemine doğru yol almak, çağ gerisine düşmek demektir.

**d-Hukuk gelişemez; hukukta şeyleşme başlar.** Olaya ilişkin yargısal görüş/ içtihat, hukukun ilerlemesini önler. Hiç kimse artık hukuk normlarının yorumuyla uğraşmaz. “Türk Ceza Yasasının 43. maddesi, şu tür olaylarda uygulanır, bu tür olaylarda uygulanmaz” diyen, yalnızca sonucu ezberleyen hukukçular yetişir. Böyle bir dizgede elbette yetkin hukukçu yetişemez. Düzgüler (norm) ve onların yorumu, kısaca “hukuksal görüş/içtihat” yerine, hazır antibiyotikler gibi yutulan olay içtihatları geçer. Hukukta şeyleşme (reification) başlar, hukukun insan ve bilim boyutu yiter.

**e-Bilim ilerlemez:** Kötü paranın iyi parayı kovması gibi, olaylara ilişkin yargısal görüşleri/içtihatları derleyen kitaplar, düzgüleri, kurum ve kavramları irdelleyip yorumlayan temel bilimsel yapıtları dışlar, kovar. Bunda suç, derlemecinin, basımcının değil, düpedüz dizgenindir. Dizge, ekonomik yasaları işletmiş, kişiler de elbette bu sonuçlara uymuştur. Yargısal görüşleri/içtihatları derleyen yapıtlara da elbette gereksinme vardır; bunlar küçümsenemez. Ama ömürsüz, yarısız olaya ilişkin yargısal görüşlerin/içtihatların ön plana geçmesi, bilimsel yapıtların kullanımdan düşmesi, bilimi de, hukuku da yıkıma götürür.

Görülüyor ki, Yargıtayın maddi olayları inceleyip çözmesinin sakıncaları saymakla bitmiyor. Ülkemizde bu sakıncalar, açmazlar, tehlikeler her gün yaşanmaktadır.

Yargıtayın salt hukuk sorunlarını çözen bir hukuki derece mahkemesi olmasıyla birçok sorun birden çözülecektir. Çağı yakalamanın biricik yolu buna bağlıdır. Bu öz görevi hakkıyla yerine getiren Fransız Yargıtayında iş, üye ve daire çokluğu nedeniyle Başkan Draï'nin “Yargıtay istinaflaşmamalı”; Mitterand'ın “Yargıtay istinafın ikinci bir dairesi olmamalı”, yukarıda adlarını veremediğim onlarca yazarın, yargıcın ve İtalyan Yargıtayının “Yargıtay, olay değerlendirmesi yetkisini ilk mahkemenin elinden alamaz”<sup>40</sup>, “kanıt kaynaklarını değerlendirmek ilk mahkemeye aittir. Yargıtay yalnızca gerekçeyi denetler, ilk mahkemenin yerine geçerek olayı çözemez”<sup>41</sup> demelerinin nedenleri işte bunlardır.

<sup>40</sup> 30.10.1989.

<sup>41</sup> 11.2.1990.

Yasalarımız da bu doğrultudadır. (HYY, m. 297/(1)c, 198; CYY, m. 217, 288, 289/(1)g, 227(1)).

Özetle yasalarımızı özleri doğrultusunda yorumlayarak uygulamamız bu sorunu çözmeye yeterlidir.

## VII- ÖRNEK KARŞI OY

Bu konuyu, yüce Ceza Genel Kurulu'nun ilk mahkemenin yerine geçerek olayı kanıtlama sorununu çözdüğü kararlarında yer alan ve sık sık yinelenen ve fakat hemen hiçbir Yargıtay üyesi tarafından değerlendirilmeyen karşı oylardan biriyle noktalamakta yarar vardır<sup>42</sup>.

“Karşı oy kullanan kurul üyesi 4. Ceza Dairesi Başkanı: “Yüce kurulun verdiği karar birçok yönlerden hukuka aykırıdır. Bunları belirleyebilmek için, ilkin Yargıtay, temyiz yolu ve denetimi üzerinde durmak; ikinci olarak da bunların ışığında yapılan yanlışları irdelemek gerekir.”

“**A-Türk Yargıtayı**, Alman, Avusturya, Fransız, İtalyan vb. ülkelerdeki bozma mahkemelerinin (cours de cassation) aynısıdır. Bozma mahkemeleri duruşma, yani doğrudan olay ve öğrenme yargılaması (cognizione) yapmamaktadır. Bu kurumlaşmanın doğasından kaynaklanan belirleyici, zorlayıcı sonuçlar ise şunlardır: Duruşma, yargılama etkinliğinin yüreği ve dolayısıyla en önemli evresidir. Var olma (icat) nedeni de, hırsızlık, yaralama, şiddetli geçimsizlik, bir tanığın içtenliği, doğru söyleyip söylemediği gibi olayların gerçek olup olmadıklarını belirlemektir. Bu belirleme etkinliğinin ise, tutanaklara göre değil, herkese açıklık, sözlülük, yüz yüzelik, doğrudanlık, yoğunluk ilkelerine göre yürütülen duruşmadan edinilen izlenimlere göre yapılması zorunludur (Eski CYY, m. 254). Yukarıda belirttiğim gibi, duruşmanın varlık nedeni budur. O yüzden, kanıtları yeterli/yetersiz, yanlış/yansız vb. gibi özgür değerlendirme yetkisi, yalnızca duruşma yapan, duruşmaya katılan, bu nedenlerle de taraflarla kanıtlarla doğrudan ve yüz yüze ilişki kuran, onlar üzerinde yapılan yüksek sesli tartışmaları dinleyen, bir sözcükle kanıtlarla doğrudan diyalektik ilişki içinde ve duyu organlarıyla algılamalarda bulunan duruşma yargıçlarına aittir (Eski CYY, m. 381, 382). Böyle bir değerlendirmeyi yapabilmek için hukuk öğrenimi görmeye gerek olmadığından, jürilerde görüldüğü üzere, çeşitli mesleklerden gelen kişiler de olay sorunlarını çözebilmektedirler. Yeter ki, duruşmada hazır bulunsunlar. Bu nedenle, isterse deneyimli hukukçu olsun, duruşmaya katılmamış bir yargıcın, olaya ilişkin sorunları çözmesi, eşyanın doğasına aykırı olduğundan olanaksızdır. O yüzden, istinaf ve dolayısıyla duruşma yapma yetkisini haiz olmayan ve duruşma yapmayan, duruşma yapamadığı için duruşma yapan olay yargıcının etkinliklerini, işlemlerini yineleyemeyen, gizlilik, yazılılık, dolaylılık kurallarınca dosya üzerinden inceleme yapan yargıtay yargıçları, dünyanın hiçbir ülkesinde, du-

<sup>42</sup> YCGK, 11.11.1997-235/231.



ruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçerek asla olay sorunlarını çözememekte ve buna yargıtay yargıcının “olay/olgu belirlemeleriyle bağımlı olması ilkesi” denmektedir. Dahası istinaf mahkemesi de, tipik istinaf, yani yeni baştan duruşma yapma yetkisini kullanmamışsa, yalnızca tarafları dinlemekle yetinmişse, yani atipik istinaf yöntemini yeğlemişse, duruşma yapan ilk mahkemelerce belirlenmiş olan olaylara el atamamakta, öbür hukuksal sorunları ele almaktadır. Çünkü yargılamanın temel ilkesi şudur: “Yargıladığın oranda hüküm kur, (sonuç çıkar)” (tantum iudicatum, quantum conclusum). Aynı doğrultuda duruşma yetkisi bulunmayan, dolayısıyla duruşma yapmayan yargıtay da, olay değerlendirmesi yapamayacak: “olay sabittir/değildir”, “tanık yansızdır, doğru söylüyor, yanlıdır, yalan söylüyor”, “tanıklar içtendir. Kanıtlar, yeterlidir, inandırıcıdır ya da değildir” (sözgelimi, CGK, 27.9.1993-203/210, 20.03.1995-46/77, 4.05.1991-110/132, 5.10.1992-239/263, 18.11.1991-287/318, 20.9.1993-201/201, 11.5.1992-82/147) gibi salt olgulara ilişkin hükümler kurarak, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçemeyecektir. Eğer kurabilseydi, yargılama Yargıtayda biter, yollama yargılamasına gerek duyulmazdı. Yargıtayımız, benzerleri gibi, bozma kararından sonra dava dosyasını, yollama yargılaması/duruşması yapılması için esas mahkemesine göndermektedir. Bu zorunludur. Çünkü ilke şudur: “Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün/kararın yargıcısıdır”; hükmü yalnızca salt hukuka aykırı olup olmadığı açısından inceleyebilir (Eski CYY m.307) Bu nedenle de, Yargıtayın (Eski) Ceza Yargılama Yasasının 322. maddesindeki sayılı ve sınırlı durumlar dışında esas (ilk) mahkemesinin yerine geçerek karar vermesi, kesinkes olanaksızdır ve 322. maddenin varlığı ve gerekçesi de bunu kanıtlamaktadır”.

“Yargıtay yargıcı, hükmün yargıcı olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, iki yolla denetleyecektir. Birincisi, olayları/eylemleri, olguları, sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmayı yargılama yasalarına uygunluğu açısından ele alacaktır. Yargılama kursuz ise, Yargıtay, esas mahkemesi hükmünün özellikle olay/olgu açısından gerekçesini inceleyecektir. Zira gerekçe, yargılamanın yürüyüşünü, olay belirlemelerini, hukuksal tanıyı içeren ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan, yargısal etkinliğin demokratik denetimini gerçekleştiren, herkese açık ve keyfiliği önleyen bir mekanizmadır<sup>43</sup>. Bu yüzden de İtalyan Yargıtay kararlarında belirttiği gibi, gerekçe her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıdır<sup>44</sup>. İşte Yargıtay, olaylarla ilgili kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, statik ya da dinamik doğa, mantık, gözlemlerle edinilen ve istisnası hiç olmayan kesin deneyim ve hukuk kurallarına, bilimsel verilere uygun biçimde ele alınıp alınmadıklarını, boşluk, çelişki, belirsizlik, kapalılık bulunup bulunma-

<sup>43</sup> Ferrando de la Rúa, El recurso de casación en el derecho positivo argentino, Buenos Aires, 1968, 151; E. Amadio, Motivazione della sentenza penale, Enciclopedia del diritto, XXVII, 1977, 189.

<sup>44</sup> 20.12.1989, 5.4.1991, 4.2.1994.

dığını gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin ve tutarlılık sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir. Ancak, Yargıtay, bu konularda, duruşmadan elde edilen verilerle ve kişisel deneyimlerin katkısıyla olaylar hakkında vicdani kanı, gerçeklik yargısı oluşturan ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler üretemeyecektir. Avrupa ve Latin Amerika ülkelerindeki yargıtaylar (bozma mahkemeleri), denetim yargılamasını böyle yapmaktadır ve bu hususta öğreti ve uygulama bire bir çakişmaktadır. Bu konuda İtalyan Yargıtayının birkaç kararını sunmakla yetiniyorum: “Yargıtay, olayla ilgili değerlendirmeleri esas mahkemesinin elinden alamaz.”<sup>45</sup> “Kanıt kaynağının ve kanıtın değerlendirilmesi, duruşma yapan ilk mahkemeye ait bir olay sorunudur. Yargıtay, bu konuda yalnızca gerekçeyi inceleyerek denetleme yapabilir.”<sup>46</sup> Ceza Yargılama Yasamızın kaynağının uygulandığı Almanya’da da durum aynıdır (Alman yazarları: Peters, Sellke, Hanack, Niemöller, Roxin, Kraus, Dahs/Dahs, Löwe/Rosenberg, Henkel, Kühne, Schlüchter, Schimdt, Maul, Pohle, Mannheim, Sarstedt, Rainer, Werner/Hamm, Rudolf, Gössel, Husmann). Alman Federal Mahkemesi, 7.6.1979 tarihli kararında şöyle demektedir: “...olay yargıcının esasa ilişkin her kararının temeli, yargıcın, kendisinin bir kaniya ulaştığı olay akışıdır. StPO 261’e göre (Eski Türk CYY, md. 254) mahkeme, kanıt sunumunun sonucunu, kendi özgür ve duruşmadan elde ettiği kanısına göre karara bağlar. Kanıt sunumunun sonucunu değerlendirmek, yalnızca olay yargıcına ait bir konudur (...) Yargıtayın olay yargıcının kaniya varışını denetleme olanağı sınırlıdır. Bu husus, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de Yargıtayın kendi değerlendirmesini olay yargıcının değerlendirmesinin yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunumunun bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay, sunulmuş kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcınıninkinin yerine koyacak olursa, kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur” (Aktaran: S. Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, 1997, s. 95-96, dip not. 330)”.

“Fransız Yargıtayının görüşü de aynıdır. “Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz; 3. derece yargıcı değildir (CD, 21.3.1990, Semaine juridique (S. J), n.25, s.236). “Vicdani kanı yalnızca duruşmadan edinilen bilgiye göre oluşur (CD, 11.6.1990, S. J. 10.10.1990, s.338). Yargıtay ilk mahkemenin yerine bir ölçüde sadece hukuksal konularda karar verebilir” (CD, 23.5.1989, S.J., 20.9.1989, n.38, s. 295).

“Nitekim temyiz denetimiyle ilgili bir kaynak yapıtta, bu denetim üç başlık altında incelenmektedir: “1- Yargıtay, yasanın yorumunu her zaman denetler” ve bu konuda son sözü söyler. “2-Yargıtay, olayların/eylemlerin kanıtlanmasını (sübu-

<sup>45</sup> sez. I, 7.6.1989 ; sez. VI, 30.10.1989.

<sup>46</sup> sez. I, 22.2.1990 ; sez IV, 11.12.1990 ; sez. I, 16.7.1992, h,8040/8045, 17.5.1992, s.175, Archivio 1993 ; sez. I, 28.2.1992, n.198, sez. I, 6.12.1991, n.12370, 24.3.1993, n.3434, Rivista penale, Ocak 1998.

tu) hiçbir zaman ilk mahkemenin yerine geçerek çözemeyiz.” 3-Yargıtay, olayların/eylemlerin nitelendirilmesini (hukuksal tanıyı, hukuksal adlandırmayı) kimi zaman çözer” (M. Jobard-Bachellier/Xavier Bachellier, La technique de cassation, Paris 1991, s. 38). Bu önerilerde kullanılan zaman zarflarına dikkati çekmek isterim.”

“Burada önemle vurgulanması gereken temel nokta şudur. Gerekeceği yoluyla denetlemek başka şeydir. İlk mahkemenin yerine geçerek sorunu esastan çözmek büsbütün başka şeydir. Bu başkılıklar gözetilmez ve ölü tutanaklara göre kanıt değerlendirilmeleri yapılarak olay sorunları esastan çözülürse, bir yargılama sancısının yaşanması ve onun belirtilerine ve tehlikeli sonuçlarına katlanılması kaçınılmaz olacaktır. Bu sonuçlar şunlardır: 1-Doğrudanlık, yüz yüzelik, açıklık ve sözlülük ilkelerine göre yapılan duruşma hiçleşecek, gereksizleşecektir. Gerçekten, yalnızca tutanaklara göre karar verilecek idiyse niçin duruşma yapılarak karar verilmesine gerek duyulmuştur? Bir yargıç soruşturmayı yapar, tuttuğu tutanakları Yargıtaya gönderir, Yargıtay da davanın esasına karar verebilir; böylece zamandan ve emekten de kazanılmış olurdu. 2-Yargılamanın olmazsa olmaz ve en önemli evresi bulunan, bu yüzden de sağ esen olması için yargılama yasalarının bütün maddelerinin seferber edildiği duruşma sonucu oluşan olaylara ilişkin vicdani kanı (gerçeklik) yargısı, nesnel temele dayanan, öznel üst yapı üzerine oturtulan, hukuken belirli ve akılcı gelişen kanıtların özgürce değerlendirilmesi sürecinin ürünüdür. Bu suretle oluşturulan vicdani kanı yargısı, ölü tutanaklara göre oluşturulan duruşmaya yabancı yargıtay yargıçlarının yanlış vicdani kanı yargısına feda edilince, daha iyi araçlara/olanaklara sahip ilk mahkemenin yargısının yerine, duruşma yapmadığı için daha kötü araçlara/olanaklara sahip olanın yargısı geçecek, hem eşyanın doğasına ve hem de duruşma ve “yargıladığın oranda hüküm kur” kurallarına ters düşülecektir. Kuşkusuz, böyle bir yargılamada, adli yanılı oranı da çok daha fazla olacaktır. 3-Olaylara ilişkin gerekçenin dışlandığı ve gereksizleştiği bir ülkede, ilk mahkeme yargıçları, yükü ve sorumluluğu yargıtaya atacaklarından, yargıtay, mahkeme yargıçlarını yetiştirme (pedagojik) görevlerini hiçbir zaman yerine getiremeyecektir. 4-Tutanaklara göre (duruşmasız) oluşturulan vicdani kanı yargısı, her zaman kuşkuyla karşılanacağından ve tarafların katkısı sıfırlanacağından, kesin hüküm saygınlığı örselenecektir. Zira böyle bir yargılamada, saydamlığa ve diyalektiğe dayanan adaletin yerini, artık gizli ve görünüşte adalet almıştır. Bu konuda ortaya çıkan tehlike ve sonuçlar, yaptığımız araştırmaların bir bölümü olarak yayımladığım yazılarda (“les voies de recours en France”, AÜSBF Dergisi, C.XLV, sayı: 1-4, Ocak 1990, s.119-184, “Yargıtayın (bozma mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaştırılması Sorunları”, Yargıtay Dergisi Ocak- Nisan 1992, s.19-49) ve Yüce Ceza Genel Kurulunun birçok kararında (14.4.1986, 521/219, 11.3.1991, 335/75, 4.5.1992, 110/132, 23.10.1992, 252/308, 8.2.1993, 368/31, 14.6.1993, 110/168, 17.10.1994, 491/217, 31.10.1995, 268/307, 13.5.1997, 91/106; 11.11.1997, 235/231) ve bir İçtihatları Birleştirme Kararında (14.12.1992, 1/5 R.G., 6.5.1993) ayrıntılarıyla sergilenmiştir.”

**“B-Bütün bu hususlar,** Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Türk Yargıtayına yönelik 25.2.1997 tarihli raporunda şöyle vurgulanmıştır: “Söz konusu koşullarda komisyon; Türk hukukuna göre Yargıtayın işlevinin (rolünün); ilk/esas mahkemesi tarafından verilen hükmün yasaya ve yargılama yöntemine uygunluğu hakkında karar vermekle sınırlı bulunduğunu ve Yargıtayın kanıtların değerlendirilmesi ve sanığın kişiliği konularında hüküm kuramayacağını anımsatır” (paragraf, n. 100). Aynı kararın 101. paragrafında da, “Yargıtayın olay değil, yalnızca (münhasıran) hukuk noktalarına ilişkin işlevini göz önünde tutarak” demek suretiyle komisyonun 31 yargıcı oybirliğiyle, duruşma yapmayan Türk Yargıtayının hukuk kurallarını yanlış algılayarak ve uygulayarak, kanıt değerlendirmesi yaptığını belirtmektedirler. Yargıtayımız ile hukukun her ülkede geçerli küresel kuralları arasındaki bu çatışmanın eninde sonunda hukuka uygun düşen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun raporu doğrultusunda sona ereceği kuşkusuzdur”<sup>47</sup>.

**“C-Üzülerek belirtelim ki, bugün ülkemiz bu yargılama anlayışının açmazlarını yaşamaktadır.** İnceleme konusu karar da bunun çarpıcı bir örneğidir. Gerçekten, yerel mahkeme, savunmalar dâhil, aşamalardaki bütün anlatımları tutarlı ve mantıklı biçimde sergileyip tartışmış ve ulaştığı vicdani kanı yargısına göre hüküm kurmuştur. Bunları çürütmek olanaksızdır. Olsa olsa, yalnızca öznel değerlendirmelerle bir karşı görüş oluşturulabilir. Ancak bu, yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtayın görevi ve işlevi değildir. O yüzden, mahkemenin gerekçesinde sergilenen nedenler karşısında, Yüce Kurulun bozma kararı hukuka aykırıdır.”

## VIII- SONUÇ

Özetle Türk Yargıtayı, duruşma yapmadığı halde olay, olgu, fenomen, eylem sorunlarını belirleme yetkisini, duruşma yapan mahkemelerin elinden almıştır. Bu durumun yeryüzünde bir benzeri de yoktur. Bu tipik bir “yetki aşımı”dır (excès de pouvoir, eccesso di potere). Bu yüzden de bu türden verdiği milyonlarca karar, hiçlikle sakattır; adli yanlışların kaynağıdır.

Temyiz yolunun sınırları konusundaki bu çarpık anlayışın sonucu olarak Türk Yargıtayına gelen dava sayısı bir buçuk milyona dayanmıştır<sup>48</sup>. Hastalık apaçık orta-

<sup>47</sup> Türkiye, bu konularda, doğruyu kendisi bulan, erken davranan (proaktif) ülke olmalıdır. Her zaman başkalarının, özellikle de Avrupa’nın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ya da Avrupa Birliğinin yetkili kurullarının ya da kişilerinin uyarılarıyla kendi hukukunu çağa uyduran devlet olmaktan kurtulmalıdır. Ölüm cezasında, infaz hukukunda vb. birçok konularda ne yazık ki böyle olmuştur.

<sup>48</sup> Buna karşılık, Fransa’da özel hukukla ilgili hukuk davalarında ilk mahkemelerden verilen 100 karardan 9’u istinaf mahkemelerine; istinaf mahkemelerinden verilen 100 karardan 13’ü Fransız Yargıtayına gitmektedir. Çünkü insanlar, çoğu kez verilen kararın doğruluğuna inanmakta, yargı yoluna giderek zaman yitirmekten kaçınmaktadırlar (Vincent, Procure civile, Paris, 1974, s. 810, dip not. 1). Bizde ise Yargıtay anlayışını değiştirmedeği sürece, ilk mahkemelerden istedikleri sonuçları elde edemeyen taraflar, temyiz yolunu denemeyi son fırsat ve çare olarak değerlendirmeyi sürdürecektir. Bu nedenle böyle bir durumun Türkiye’de gerçekleşmesi şu anda düş gibi görünmektedir.

dadır. Bu gerçek karşısında Türk öğretisinde Rahmetli Kunter ve öğrencileri dışında bu soruna yeterince eğilen bilim insanının bulunmayışı çok düşündürücüdür<sup>49</sup>.

Hiç kimse, Türk Yargıtayının üst (istinaf) mahkeme yokluğu nedeniyle olay yargısı kurduğunu, bunda haklı olduğunu ileri süremez. Çünkü istinaf yolu, bir kez daha vurgulayalım ki, asla temyiz yolunun boşluğunu dolduran bir çare değildir. Bir başka deyişle, ne istinaf temyizizin, ne de temyiz istinafin yerini doldurabilir. Zira istinafi doğuran gerekçe şudur: Özellikle maddi olay sorunlarının sabit olup olmadıkları yolundaki ilk mahkemece yapılan belirlemenin daha sonra ikinci kez duruşma yapılarak yeni baştan incelenmesini ve belirlenmesini sağlamak. Bu da ancak “sözlülük, açıklık, yüz yüze olma, doğrudanlık, yoğunluk ilkelerine” göre tarafların, tanıkların, bütün kanıt kaynaklarının katıldıkları bir duruşmayla, öğrenme yargılamasıyla (cognizione) olanaklıdır. İlk mahkemenin özellikle olaya ve bu arada hukuka, yaptırıma (sonuca) ilişkin yargıları böylece ikinci kez denetlenmiş olacaktır. Eksiksiz duruşmanın yapıldığı asıl, tipik, klasik istinaf budur. Kimileyin istinaf mahkemesi kanıt değerlendirilmesinde, yargılamada, gerekçede hukuka aykırılık, eksiklik vb. bir sakatlık görmez ve bu belirleme işlemlerini ve etkinliğini yinelemek gereğini duymaz. O zaman duruşmada yalnızca tarafları dinlemekle yetinir. Bu nedenle de, duruşma yapmadığı için kanıt değerlendirmesinde bulunmaz, bulunamaz; sınırlı bir denetleme yaparak hukuki tanıyı ya da yaptırımını (sonucu) değiştirir, ya da olduğu gibi benimser. Bu dar anlamda/atipik istinaftır<sup>50</sup>. Burada bizim için önemli olan şudur: İlk mahkeme gibi tam duruşma yapmadığı durumlarda istinaf mahkemesi olay sorunlarını incelememekte, daha doğrusu doğa ve matematik yasalarının bir izdüşümü olarak inceleyememekte, yargıladığı oranda denetleme yapabilmekte, duruşmayı yeniden yapma/yapmama olgusunu asla göz ardı edememektedir.

İstinafin yolunun evrensel tanımı da budur: Olayın (sözgelimi sübutun, suçluluğun) doğru olup olmadığının ikinci kez incelenmesi (16.12.1966 tarihli B. Milletler New York Sözleşmesi, m.14/5).

İstinafin yolunun amacı, yargısal görüş/içtihat birliğini sağlamak değil, maddi olayların yeniden duruşmayla incelenmesini gerçekleştirmektir. O nedenle, istinaf ikinci derecedir. Nitelik açısından düzeltme (reformatio) yoludur. Çünkü esasa hükmeder. Yollama yargılaması ilke olarak söz konusu değildir. Temyizin amacı ise, yargısal görüş/içtihat birliğini sağlamaktır. Maddi olay yargılaması (duruşma) yapılmadığından ne ikinci ne de üçüncü derecedir; sadece hukuki derece mahkemesidir. Düzeltme değil, bozma (cassation, abolitio) yapar. Esasa hükmetmez, edemez. Karpısı, ancak yollama yargılamasına açılır.

<sup>49</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, n. 105.1.

<sup>50</sup> Tipik istinaf, atipik istinaf kavramları için bk. Yenisey, Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, (tez), İstanbul, 1979, s. 58 vd.

Demek, istinafla temyiz yolları arasında hiçbir benzerlik ve organik bağ, bir arada yaşama koşulu (symbiose) ve izleksel (tematik) ortaklık yoktur. Nitekim 1944 yargı yılı açış konuşmasında bu köklü başkalık, ilk kez çarpıcı biçimde vurgulanmıştır.

Eğer istinaf böyle anlaşılmaz da, sanki temyiz yolundan önceki temyiz yolu gibi bir denetim yargılaması diye algılanırsa, yanlış üstüne yanlış yapılır, her şey alt üst olur.

Görülüyor ki, yukarıdan beri sergilenen kurallar, ister istinaf, ister temyiz olsun, hukukun her alanında geçerlidir.

Bütün hukukçuların, önyargısız olarak, bu sakıncalardan, açmazlardan, tehlikelerden kurtulmak ve bunların tersinin gerçekleşmesini sağlamak için, Yargıtay denetimi konusundaki görüşlerini yeni baştan gözden geçirmeleri zorunludur.

Yapılacak iş bellidir. Yargıtayın inceleme sınırlarını belirleyen doğanın, matematiğin yasalarıdır. Bu yasalar, öylesine kesin, değişmez ve apaçık bilgiler sunar ki, sözelimi, iki artı iki dört, evrenin, doğanın her anında ve yerinde aynıdır. Bu yasayı evren, doğa bile bugüne dek değiştir(e)memiştir. Evrenin, doğanın değiştiremediği bir matematik, mantık yasasını, kuralını, Türk Yargıtayı bu evrende bulunduğu sürece öncelikle (evleviyetle, a fortiori), hiç mi hiç değiştiremez.

İki bin yıldır Batı, hukuk biliminin ışığında ilerliyor. Bu hukukun kapısından, ancak Kartezyen mantıkla girilebilir. Türkiye benimsemek iddiasıyla çıktığı Batı hukukuyla iç içe yaşamak, bilgi aktarımını sağlıklı yapmak zorundadır. Bu yapılmadığı takdirde Türkiye, Batıyla yalnızca kan uyuşmazlığına düşmez; bunun da ötesinde, yalnızlığa, otarşıye, otizme itilir; itildikçe de gelişemez, pıhtılaşır. Böyle bir hukuk, takma (protez) organ gibi iğretidir. Taşralıdır. Özünden soyutlanmıştır.

Dünya, “bilgi üretme ve tüketme çağını yaşıyor” (Garaudy). Bilgiler, Max Weber’in uzak görüşü doğrultusunda, on yıla kalmadan eskiyor. Yapabilen için her kayada bir Venüs heykeli vardır. Bilimin ivmesine ayak uydurmalıyız. Uyduramazsak ve “kabımızı küçük tutarsak, denizden yakınmaya hakkımız olamaz” (Mevlana). Kendi kendisiyle yetinenler, yakın akraba evlilikleri gibi, hastalıklı ürünler devşirmeye mahkûmdurlar. İnsanımıza, gelecek kuşaklara karşı sorumluyuz. Kurumları ve kavramları oturmuş bir hukuk sözlüğünü tez elden oluşturmalıyız. Yeni şeyler icadına gerek yok. Örnekler çok ve önümüzdedir. Bir hukuksal görüş/içtihat mahkemesine, içtihat ve gerekçe kavramına, uzatmalı duruşmalardan uzak bir yargılamaya ancak böylelikle ulaşabiliriz.

Bunun için ille de başkalarının ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) bir kararını beklemeye gerek yok.

Yok, ama bugüne dek inceleme konusunda AİHM’nin kapısını çalan da olma-

mıştır. Asıl şaşılacak nokta budur. Çünkü ülkemizde adeta bütün hukukçular, Yargıtay yargıçlarının a'dan z'ye her sorunu inceleyip karara bağlayacağına inanmışlar ve irdelemeden bu yanlışını benimsemişlerdir.

Bu konuyu incelemek üzere Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görevlendirmesi üzerine 1984 yılında Fransa ve İtalya'ya gittik. Aynı yıl dönüşte, dönemin Merhum Yargıtay Başkanının isteği doğrultusunda, Yargıtay üyelerine, yargıçlarına ve savcılara bir konuşma yaptık. 1989 yılında ikinci kez Avrupa Konseyinin isteği ve Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun oluru doğrultusunda aynı konuyu yeniden inceleme üzere Fransa'ya gittik ve bu ülkenin Yargıtayında kırk gün süreyle, dairelerin görüşmelerine de katılarak, inceleme yaptık; sonucu Avrupa Konseyine bir rapor olarak sunduk. Bu rapor, 1990 yılında AÜSBD'de yayımlanmıştır. Yukarıda sergilenen görüşler, 1984 yılından sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulunun katıldığı görüşmelerinde sözlü olarak ve kaleme alınan karşıoylarda yazılı olarak dile getirilmiştir. Ancak bir sonuç alınamamıştır. Bugün de durum değişmemiştir. Bu yüzden yazıyı okuyanlar yinelemeli vurgulamaların çokluğunu yadırgamamalıdır.

Yargıtaya gelen dava sayısı dolayısıyla sorunun yaşamsal önemi, günümüzde daha da çarpıcı duruma gelmiştir.

Umarız ve dileriz, AİHM'nin Türk devletini kesinlikle mahkûm edeceği bir kararından önce soruna eğilen olur.

## GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA SUÇU (TCK m.183)

*(Crime of Causing Noise in Turkish Criminal Code)*

Handan YOKUŞ SEVÜK\*

### ÖZET

Gürültünün geleneksel tanımı, istenmeyen ve rahatsız edici sestir. Gürültü kirliliği milyonlarca insanın hayatını olumsuz yönde etkilemektedir. Çalışmalar gürültü ile sağlık arasında doğrudan bağlantı olduğunu göstermektedir. Gürültü kirliliği bir çevre sorunu olup, gürültünün kontrolü ve etkin yönetimi çevre politikasının bir parçasını oluşturmaktadır. Çevrenin korunmasında ceza hukuku önem arz etmekte; bu bağlamda devletler iç hukuklarında insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını korumak amacıyla, yasal düzenlemeler kabul etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda gürültüye neden olma suç olarak düzenlenmiştir.

Bu makalede, öncelikle gürültü kavramı incelenmektedir. Daha sonra gürültü konusunda Avrupa Birliği Politikası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ele alınmaktadır. Son olarak Türk Ceza Kanunu'ndaki çevreye karşı suçlardan gürültüye neden olma suçu teori ve Yargıtay kararları dikkate alınarak açıklanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Gürültü kirliliği, Sağlıklı çevre hakkı, Gürültüye neden olma suçu, Avrupa Birliği Politikası, AİHM kararları.

### *Abstract*

The traditional definition of noise is "unwanted or disturbing sound". Noise pollution adversely affects the lives of millions of people. Studies have shown that there are direct links between noise and health. Noise pollution is the environmental problem, and the effective management and control of noise is the part of the environmental policy. Criminal law has an important part to play in protecting the environment; in this context states adopt provisions of the act, aiming at the protection of the right to life and health of human - the right to environmental healthiness- under its domestic law. The unlawful causing of noise; has adopted as criminal offences in Turkish Criminal Code

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



In this article, firstly the concept of noise is analyzed. Then, the approach of the European Union Policy and European Court of Human Rights' judgments about noise are mentioned. Finally, taking into account to the judgments of the Supreme Court of Appeals and theory, causing noise, offences against the environment in Turkish Criminal Code, is explained.

**Keywords:** Noise pollution, The right to environmental healthines, Unlawful causing of noise as a offence against the environment, European Union Policy, ECHR's judgements.

## I. GÜRÜLTÜ KAVRAMI

Geleneksel olarak gürültü, istenmeyen ve rahatsız edici ses olarak tanımlanmaktadır. Çevremizde birçok sese maruz kalmakla birlikte, tüm sesleri gürültü olarak nitelendirmek mümkün değildir. İnsanlar tarafından istenmeyen ve insan üzerinde olumsuz etkilere neden sesler gürültüyü oluşturur. Ses dalgalarından insanın rahatsız olup olmaması ya da seviyenin zarar verici olup olmadığı sesi, gürültüden ayıran faktörlerdir<sup>1</sup>. Ses günlük hayatımız için gerekli olmasına rağmen, gürültü için aynı şey söylenemez. Bu bakımdan gürültü istenmeyen ses olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Bir başka deyişle sesin uyumsuz, düzensiz, kabul edilebilir olmaması ve istenen düzeyden daha fazla olması, sesin gürültü olarak tanımlanması için yeterlidir<sup>3</sup>.

Gürültü Değerlendirme Ölçüsü, ses basıncı seviyesine dayanan desibel (dB) olup<sup>4</sup>, insan kulağının en hassas olduğu orta ve yüksek frekansların özellikle vurgulandığı bir değerlendirme birimidir. Bu birime göre 0-50 dB arası sessiz, 50-60 dB arası gürültü, 70-80 dB arası çok gürültü olarak nitelendirilmektedir. 85 dB ve daha yüksek sesler rahatsızlık sebebidir<sup>5</sup>. İnsanın dayanabileceği ses şiddeti 0-120 dB arasındadır. Ses şiddetinin 120 dB'in üstünde olması insan kulağında fiziksel zarar meydana getirebilir. Acı verebilir ve işitme kaybına neden olabilir. Genelde,

<sup>1</sup> Bkz. Bursa Çevre Merkezi, "Sağlığımızı Tehdit Eden Sinsi Tehlike: Gürültü", <http://www.bcm.org.tr/pdf/gurultu%20kirliligi.pdf>, 1.

<sup>2</sup> Bkz. Noise Pollution, [http://www.environmentalprotection.org.uk/assets/library/documents/Noise\\_Pollution\\_\(web\)\\_April\\_2011.pdf](http://www.environmentalprotection.org.uk/assets/library/documents/Noise_Pollution_(web)_April_2011.pdf).

<sup>3</sup> Avşar, Yaşar, "Gürültü Kirliliği", <http://www.cekud.org.tr/haberx/138-gurultu-kirliligi-.html> (03.03.2013); Ses bir kaynaktaki (ses telleri, hopörlör membranı gibi) titreşimlerle oluşur ve yayılmak için bir medyaya (hava, su gibi) ihtiyaç duyar. Bu medyadaki titreşimler de kulağımızda ses olarak algılanırlar. <http://www.bcm.org.tr/pdf/gurultu%20kirliligi.pdf>, 1.

<sup>4</sup> Gürültü seviyesinin ölçüsü, kullanılan ağırlık eğrisine göre dBA ya da dBC'dir. İnsan kulağının frekansa bağlı olarak sese olan duyarlılığını en iyi A ağırlık eğrisi temsil eder. Bu nedenle genelde dBA olarak ölçülmektedir. Darbe gürültüsünün ölçüm ve değerlendirilmesinde ise C ağırlık eğrisi kullanılmakta, dBC olarak ölçülmektedir. <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu.aspx?sflang=tr>.

<sup>5</sup> Kayan, Raşan Bengi Gezgin, "Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl.3, S.7, Ağustos, 2008, 112.

85 dB'in üstü gürültü düzeylerinde zamanla meydana gelen işitme rahatsızlıkları oluşmaktadır<sup>6</sup>.

Gürültü sorunu bir başka deyişle gürültü kirliliği daha çok büyük yerleşim merkezlerinde görülen bir çevre sorunu olup, özellikle şehirlerde yaşayan insanları etkilemektedir. Zira gürültü daha çok endüstri, ulaşım, yol ve yapı çalışmaları ve yerleşim kaynaklı olmaktadır. Ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava sesleri çevresel gürültüyü oluşturmaktadır (Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği m.4/1-m).

Çevrede oluşan gürültü insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına müdahale oluşturmakta, kişilerin sağlığını olumsuz yönde etkilemektedir. Çalışmalar gürültü ile sağlık arasında doğrudan bağlantı olduğunu göstermektedir. Gürültünün neden olduğu sorunlar stres kaynaklı hastalıklar, yüksek tansiyon, konuşma bozukluğu, işitme kaybı, uyku bozukluğu ve verimlilik kaybını kapsamaktadır. Araştırmalar sürekli veya yüksek seviyedeki seslere maruz kalmanın sağlık için birçok olumsuz etkisi olduğunu da ortaya koymaktadır. Gürültünün neden olduğu sağlık sorunlarından işitmede azalma, en yaygın ve sık rastlanandır<sup>7</sup>. Yüksek gürültü seviyesi olan ortamlarda uzun süre bulunan kişilerde, kalıcı işitme eşiği değişimleri söz konusu iken daha düşük seviyeler ya da kısa süreli etkilenmelerde, işitme duyusuna yönelik belirgin bir zararın saptanması kolay olmamaktadır. Gürültünün geçici ve kalıcı olarak işitme kaybı gibi fiziksel; kas gerilmeleri, stres, kan basıncında artış, kalp atışlarının ve kan dolaşımının değişmesi, göz bebeği büyümesi, solunum hızlanması, dolaşım bozuklukları ve ani refleksler gibi fizyolojik; sinir bozukluğu, korku, rahatsızlık, tedirginlik, yorgunluk ve zihinsel etkilerde yavaşlama gibi psikolojik; iş verimliliği ve üretkenliği azaltma gibi kişinin performansı üzerine etkileri bilinmektedir. Gürültü sadece insan sağlığı değil, davranış biçimi ve mutluluğu üzerinde de olumsuz etkilere neden olmaktadır<sup>8</sup>. Bu bakımdan gürültü uyuma, konuşma gibi normal aktivitelere müdahale oluşturmakta veya yaşam kalitesine zarar vermekte veya azaltmaktadır.

Gürültü, diğer çevre kirliliği faktörlerine benzememekte; havada yayılması- na rağmen görünmemekte ve kokmamaktadır. Gürültünün, herhangi bir kalıntısı, toprağın veya suyun kirlenmesine neden olması söz konusu olmayıp, atıklar gibi

<sup>6</sup> Aşar, 1.

<sup>7</sup> US. Environmental Protection Agency, Noise Pollution, <http://www.epa.gov/air/noise.html>.

<sup>8</sup> Gürültünün sağlık üzerine etkileri için bkz. <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu/sagliketkileri.aspx?sflang=tr>; Ayrıca, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından 2009 yılında yayımlanan "Avrupa için Gece Gürültüsü Rehber Dokümanı" isimli rapor sonucu için bkz <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu/gurultudenEtkilenme.aspx?sflang=tr>.

depolanması da söz konusu değildir. Gürültü kirliliğinin etkisi yavaş olmakla birlikte kalıcılığa sahiptir. Bu nedenle gürültü kirliliğini diğer çevre kirliliği faktörleri ile karşılaştırmak doğru olmaz<sup>9</sup>. Gürültü kirliliği, görülememesi, tadılamaması veya kokmaması sebebiyle hava veya su kirliliği gibi diğer kirlilik çeşitlerine nazaran daha az dikkat çekmiştir. Bununla birlikte birçok ülkede gürültü kirliliğini önlemek için yasal düzenlemeler ve örgütlenmeler söz konusudur. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Temiz Hava Kanunu (Clean Air Act -CAA) uyarınca, Birleşik Devletler Çevre Koruma Ajansı bünyesinde oluşturulan Gürültüyle Mücadele ve Kontrol Ofisi (Office of Noise Abatement and Control –ONAC) gürültü ve gürültünün kamu sağlığı ve refahı üzerindeki etkileri konusunda araştırma ve inceleme yapmaktadır. Bu konudaki yasal düzenlemeler ise 1972 tarihli Gürültü Kontrol Kanunu ve 1978 tarihli Sessiz Toplum Kanunu'dur<sup>10</sup>. İngiltere'de gürültünün neden olduğu rahatsızlık 1990 tarihli Çevre Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş olup, gürültüyü önleme konusunda yerel yönetimler güçlendirilmektedir. İngiltere Gürültü Politikası Beyannamesi Mart 2010'da yayınlanmış ve sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin devlet politikası kapsamında gürültünün etkin yönetimiyle iyi sağlık ve iyi yaşam kalitesi sağlama amaçlanmıştır<sup>11</sup>. İngiltere'de Ulusal Gürültü Komitesi, gürültü politikasını koordine etmekte ve yerel yönetimleri, akademisyenleri, danışmanları, sanayicileri, denetleyici ve yetkililerle eşgüdümlü çalışmaktadır. Bu komite yılda dört kez toplanmakta, fikir alışverişinde bulunmakta, konuları tartışmakta ve Birleşik Krallığın çevre koruma politikasını izlemektedir<sup>12</sup>.

Türkiye'de çevrenin gürültüden korunması Çevre Kanunu, Kabahatler Kanunu gibi kanuni düzenlemeler ve Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği gibi yönetmeliklerle sağlanmaktadır. Gürültüyü önlemek için faaliyete geçmeden önce işletmelerin çevre izni alması gerekmektedir. Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmeliğin<sup>13</sup> Ek-1 ve Ek-2 listesinde yer alan bazı faaliyet ve tesisler çevre izninin gürültü kontrol ile ilgili hü-

<sup>9</sup> Bursa Çevre Merkezi, 1.

<sup>10</sup> US. Environmental Protection Agency, <http://www.epa.gov/air/noise.html> ; ayrıca Birleşik Devletler gürültü kontrol politikasının tarihçesi ve diğer yasal düzenlemeler için bkz. Finegold Lawrence S/ So Finegold Michiko, Inter-Noise 2002, Previous Attempts to Develop, Implement and Enforce a U.S. Noise Policy, [http://www2.pr.gov/agencias/jca/Documents/Areas%20Program%C3%A1ticas/Control%20de%20Ruidos/Simposio%2024%20abril%202013/IN02%20Paper%20-%20US%20Noise%20Policy%20History%20\(Finegold\).pdf](http://www2.pr.gov/agencias/jca/Documents/Areas%20Program%C3%A1ticas/Control%20de%20Ruidos/Simposio%2024%20abril%202013/IN02%20Paper%20-%20US%20Noise%20Policy%20History%20(Finegold).pdf).

<sup>11</sup> "Noise Pollution", [http://www.environmentalprotection.org.uk/assets/library/documents/Noise\\_Pollution\\_\(web\)\\_April\\_2011.pdf](http://www.environmentalprotection.org.uk/assets/library/documents/Noise_Pollution_(web)_April_2011.pdf), 3.

<sup>12</sup> <http://www.environmentalprotection.org.uk/noise/environmental-noise/committee/>.

<sup>13</sup> Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelik, 29.04.2009 tarihli, 27214 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Yönetmeliğin amacı, Ek-1 ve Ek-2 listesinde yer alan faaliyet ve tesisler tarafından 2872 sayılı Çevre Kanunu'na göre alınması gereken izin ve lisanslara ilişkin tüm iş ve işlemler ile bu iş ve işlemlere ilişkin yetkili mercilerin, çevre yönetim birimlerinin ve çevre görevlilerinin görev ve sorumlulukları ile Bakanlıkça yetkilendirilmiş çevre danışmanlık firmalarının, işletmelerin ve işletmecilerin yükümlülüklerini belirlemektir.

kümlerinden muaf tutulmuştur (Yönetmelik m.1/2). Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü Hava Yönetimi Dairesi Başkanlığı bünyesinde *Gürültü ve Titreşim Kontrol Şube Müdürlüğü*, kişilerin huzur ve sükûnunu beden ve ruh sağlığını gürültü ile bozmayacak bir çevrenin geliştirilmesi gayesiyle, çevresel gürültüyü azaltacak program ve politikaları belirlemek, buna yönelik mevzuat ve mevzuatın uygulanmasını kolaylaştırıcı her türlü dokümanı hazırlamak, Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi (ÇGDY) Yönetmeliği'nin uygulanmasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak amacıyla hizmet vermektedir<sup>14</sup>.

## II. AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKASINDA GÜRÜLTÜ

Avrupa Birliği bir çevre sorunu olarak gürültüyü çevre politikasının bir parçası olarak ele almaktadır<sup>15</sup>. Temmuz 1987 tarihinde Avrupa Tek Senedi'nin yürürlüğe girmesi üzerine topluluk, çevrenin korunması amacıyla gürültünün kontrolü, sınırlandırılması konusunda düzenlemeler kabul etmiştir. Avrupa Birliği bünyesinde topluluk içinde sürdürülebilir kalkınma sağlanması hedefi doğrultusunda, Antlaşma'nın ve topluluk çevre eylem programlarının hükümleri uyarınca çevrenin korunması ve geliştirilmesi amacıyla 1990 yılında kurulan Avrupa Çevre Ajansı'nın çalışma alanlarından biri gürültü emisyonlarıdır<sup>16</sup>. Gelecekteki gürültü politikası konusundaki niyet mektubu Avrupa Komisyonu tarafından 1996 yılında yayınlanmıştır. Dışarıdaki gürültünün çoğu ulaşım araçlarından kaynaklanırken, gürültü emisyonlarının hacmi, dışarıda kullanılan araçların artması sonucunda gürültü kirliliği sürekli olarak artış göstermektedir. Araçların sebep olduğu gürültünün azaltılması hakkındaki Birlik politikası, izin verilebilir emisyon seviyeleri, garanti edilen gürültü emisyon düzeyleri hakkında araç üzerine işaret koyulmasını veya gürültü testi kodlarını ortaya koyan direktiflerin kabulünü içermektedir<sup>17</sup>. Arabalar, kamyonlar, motosikletler, traktörler, uçaklar, çim biçme makineleri ve inşaat araçları için üst düzey gürültü düzeyini belirleyen direktifler kabul edilmiştir<sup>18</sup>.

Çevresel gürültü konusu Avrupa Birliği'nde 90'lı yılların sonlarında çalışılmaya başlanmış, 25 Haziran 2002 tarihli çevresel gürültünün değerlendirilmesi ve yönetimi ile ilgili Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nce kapsamlı bir direktif kabul edilmiştir. Direktif'in amacı, çevresel gürültüye maruz kalma sebebiyle olu-

<sup>14</sup> <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/Mudurluk/teskilat.aspx?sflang=tr>

<sup>15</sup> Çevre politikasının finansmanında üye ülkeler tarafından en yaygın olarak kullanılan ekonomik araçlardan biri çevre vergileri olup, bunlardan emisyon vergisi, gürültü emisyonlarının miktar ve içeriği temel alınarak hesaplanan ve bu maddeleri kullanarak çevreyi kirlenlerin emisyon oranlarını azaltma amacı taşıyan vergidir. Batal, <http://www.mevzuatdergisi.com/2010/04a/06.htm>.

<sup>16</sup> Batal, Salih, "Avrupa Birliği Çevre Politikalarının Temel Özellikleri", *Mevzuat Dergisi*, Yıl.13, S.148, Nisan 2010, <http://www.mevzuatdergisi.com/2010/04a/06.htm>.

<sup>17</sup> Avrupa Birliği Çevre Politikası, <http://www.ikv.org.tr/pdfs/4f3a608d.pdf>, 14.; ayrıca bkz. Duru, Bülent, "Avrupa Birliği Çevre Politikası", *Avrupa Birliği Politikaları*, <http://kentcevre.politics.an-kara.edu.tr/duruabcevre.pdf>, 2.

<sup>18</sup> Duru, 10.

şan rahatsızlıklardan, zararlı etkilerinden kaçınma, önleme veya azaltmaya yönelik ortak bir yaklaşımı belirlemektir (Direktif m.1)<sup>19</sup>. Bu amaca yönelik olarak üye ülkelerin tamamında kullanılan değerlendirme yöntemleri tarafından gürültü haritalama yoluyla çevresel gürültüye maruz kalmanın belirlenmesi, çevresel gürültü ve etkileri hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi, üye ülkeler tarafından, gereken her yerde ve özellikle maruz kalma düzeylerinin insan sağlığı üzerinde zararlı etkilere yol açacağı alanlarda gürültü haritalama sonuçlarını esas alan eylem planlarının kabul edilmesidir. Direktifte özellikle endüstriyel alanlardan, havaalanları, demiryolları, karayolları gibi insan faaliyetlerinden kaynaklanan çevresel gürültünün yönetimi ve değerlendirilmesi ön plandadır<sup>20</sup>. Çevresel gürültü politikası yasal düzenlemelerle belirlenmektedir. Gürültüyü önleme hususuna Avrupa Birliği 6. Eylem Programı'nda yer verilmiştir.

### III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GÜRÜLTÜYE İLİŞKİN KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gürültüye neden olunmasını bir başka deyişle gürültü kirliliğini, çevre ile ilgili davaların çoğunda olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayat ve ailenin korunması hakkını düzenleyen 8. maddesi bakımından incelemektedir<sup>21</sup>. Avrupa insan hakları yargısının havaalanlarının neden olduğu gürültü kirliliği konusundaki ilk değerlendirmeleri, Komisyon'un *Arrondelle/Birleşik Krallık* başvurusu nedeniyle verdiği 15 Temmuz 1980 günlü kabul edilebilirlik kararında yer almıştır. Komisyon, başvurucunun, Sivil Havacılık Yasası'nın getirdiği yasaklar sonucunda hava taşıtlarının neden oldukları gürültüye karşı dava açamamasının Sözleşme'nin 6. maddesini; konut güvenliği ve özel yaşama saygı ilkeleriyle bağdaşmayan koşullar içinde yaşamak durumunda bırakılmasının 8. maddeyi; taşınmazına getirilen eylemsel ve hukuksal kısıtlamalarla malvarlığı haklarını kullanmasına el atılmasının 1 Numaralı Ek Protokol'ün 1.maddesini ve bu nedenlerle yaratılan eşitsiz koşulların 14. maddeyi çiğnediği; ayrıca yakındığı sorunlarla bağlantılı olarak etkili bir çözüm yolunun bulunmaması nedeniyle de 13. maddenin ihlal edildiği yolundaki iddiaların hepsi için kabul edilirlilik kararı vermiştir. Bu dava dostane çözümle sonlanmış olmakla birlikte, bu karar, Komisyon'un ve izleyen yıllarda Mahkeme'nin, havaalanlarının neden olduğu gürültü ve çevre kirliliği nedeniyle verdiği en geniş kapsamlı kabul edilirlilik kararıdır<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Directive 2002/49/EC of The European Parliament and of The Council of 25 June 2002 Relating to the Assessment and Management of Environmental Noise.

<sup>20</sup> <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/ABuyum/ABuyum.aspx?sflang=tr>.

<sup>21</sup> Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHM'nin İçtihadında Çevreyle İlgili Davalar, Bilgi notu, Ekim 2012, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C616961A-5B75-4D86-AF3CA87674DA9C61/0/FICHES\\_Environnement\\_TUR.pdf;1-7](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C616961A-5B75-4D86-AF3CA87674DA9C61/0/FICHES_Environnement_TUR.pdf;1-7) (02.02.2013).

<sup>22</sup> Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan, TBB yayınları:143, Ankara 2008, 200-202.

Havaalanından kaynaklanan gürültü kirliliğine ilişkin *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık* davasında<sup>23</sup> AİHM, havaalanının yakınında yaşayan başvuru sahiplerinin yetkililerin belirlediği ses limitlerinin kabul edilemez olduğu ve Hükümet'in ses düzeyini asgariye indirmek için aldığı tedbirlerin yetersiz olduğu hususundaki şikayetini incelemiştir. Bu davada Mahkeme uluslararası hava trafiğinin yürütüldüğü büyük havaalanlarının nüfusu yoğun yerleşim alanlarına yakın olarak yapılmasının, ülkelerin ekonomik esenliği için gerekli olduğu kanısına varmış, dünyanın en işlek havaalanlarından biri olan Heathrow gibi bir havaalanının, ticaret, uluslararası iletişim ve Birleşik Krallık ekonomisi için önemli olduğunu; işletilmesinin çevre üzerindeki olumsuz etkileri bütünüyle ortadan kaldırılmasa bile haklı görülebileceğini belirterek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir<sup>24</sup>. 2 Ekim 2001 tarihli *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında da başvuru sahipleri 1993 tarihli gece uçuşları hakkındaki Hükümet politikasının sonucu olarak evlerinin çevresinde artış gösteren gürültüden şikayetçi olmuşlardır. AİHM'nin 3. Dairesi'nde görülüp 2 Ekim 2001 günü sonuçlanan kararda, Heathrow havaalanı yakınında oturan başvuru sahiplerine, uçakların gece iniş ve kalkışlarına ilişkin sınırlamayı değiştiren 1993 yılındaki gürültü kotasının ardından gürültünün artması, bu koşulların başvuru sahipleri üzerinde yarattığı uykusuzluk, havaalanının kamu organları tarafından işletilmemesi nedeniyle doğrudan devletin özel yaşama müdahalesi olarak görülmemiştir. Ancak devletin, başvuru sahiplerinin yakındıkları konuda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM ayrıca, gürültü kirliliği konusunda iç hukukta açılan davalarda yerel mahkemelerin sınırlı bir inceleme yapmaları nedeniyle özel yaşama saygı hakkı konusunda etkili bir hukuk yolu bulunmadığından, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddenin de ihlal edildiğini kabul etmiştir. 3. Daire kararına itiraz edilmesi nedeniyle uyuşmazlık bir kez de Büyük Daire'de tartışılmıştır<sup>25</sup>. 8 Temmuz 2003 tarihli kararında Mahkeme, 1993 tarihli programın gerçekten gece gürültüsünde bir artışa neden olup olmadığına ilişkin bir sonuca ulaşamamakla birlikte, gece uçuşlarının bütün hızıyla sürdürülmesinde bir ekonomik yarar bulunduğu, gürültüden çok küçük bir nüfus yüzdesinin etkilendiğini ve başvuru sahiplerinin herhangi bir maddi kayba uğramaksızın başka bir yere taşınabilecekleri gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> AİHM, *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, 21.02.1990. Başvuru no.9310/81.

<sup>24</sup> Shelton Dinah, Human Rights, Health & Environmental Protection: Linkages in Law & Practice A Background Paper for the World Health Organization, Health and Human Rights Working Paper Series No 1, 2002, 19; ayrıca bkz <http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011/10/mahkememin-cevre-haklarna-iliskin.html>.

<sup>25</sup> Dinç, 209-211.

<sup>26</sup> AİHM Büyük Daire, *Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 08.07.2003, Başvuru No. 36022/97. <http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011/10/mahkememin-cevre-haklarna-iliskin.html>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sokaktan kaynaklanan gürültü hususunu da Sözleşmenin 8. maddesi bakımından incelemiştir<sup>27</sup>. Evinin yakınındaki gece kulüplerinin geceleyin sebep olduğu sürekli gürültüden ve bu gürültünün uzun bir zamandır ciddi bir şekilde uykusuzluk çekmesine neden olduğunu iddia eden başvuruçunun şikayetini ele aldığı *Moreno Gomez /İspanya* davasında Mahkeme, başvuruçunun evine saygı hakkının yetkililerin gece gürültüsü sorununa bir çözüm bulmamaları yüzünden ciddi bir şekilde ihlal edilmiş olduğunu belirterek, gürültünün –gece ve izin verilen limitlerin üzerinde– yüksek düzeyini ve birkaç yıldır sürüyor olmasını dikkate alarak, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>28</sup>. Diskoteklerden kaynaklanan gürültü *Martinez Martinez/ İspanya*<sup>29</sup> davasına da konu olmuştur. Mahkeme, evinin birkaç metre yakınındaki bir diskoteğin terasına yerleştirilen müzikli bardan kaynaklanan gürültüden şikayeti incelediği olayda gürültünün belirlenen yasal sınırların üzerinde olması ve yetkililerin harekete geçmemesi karşısında 9. madde bakımından ihlal bulmuştur. Benzer şekilde *Mileva ve Diğerleri/Bulgaristan*<sup>30</sup> davasında ise; kendi dairelerine bitişik bir büro, bir elektronik oyun kulübü ve bir bilgisayar kulübünün işletilmesinin yol açtığı aşırı gürültü karşısında yetkili mercilerin pasif kalmalarını, kulüp etkinliklerinin kapatılmasına ilişkin iki yasaklama kararının uygulanmamasını ve dört yıllık bir dönem boyunca başvuruçuların maruz kaldıkları gürültü ve rahatsızlığın derecesini göz önüne almış, bu durumun özel ve aile yaşamlarına bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

Trafik gürültüsüne ilişkin 09.11.2010 tarihli Dees/Macaristan davasında<sup>31</sup> AİHM, başvuruçunun yaşadığı evin bulunduğu caddedeki yoğun trafiğin neden olduğu gürültünün, trafiği sınırlama ve düzenlemeye yönelik yetkililerin çabalarına rağmen, esaslı bir süredir devam ettiğini ve aşırı gürültüye maruz kalmasının sonucu olarak başvuruçunun doğrudan ve ciddi rahatsızlık çekmekte olduğunu tespitle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edildiğine karar vermiştir.

#### IV. GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA SUÇU

##### A. Genel Olarak

Çevre, Türk hukukunda 1980'lerden itibaren korunması gereken bir değer olarak ele alınmaya başlamıştır. Çevrenin korunmasına 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde öngörülen “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir” hükmüyle anayasal güvence sağlanmıştır. Bu doğrultuda 5237 sayılı TCK'nın 1. maddesinde Ceza Kanunu'nun amaçlarından biri “çevre-

<sup>27</sup> bkz. <http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011/10/mahkemenin-cevre-haklarna-iliskin.html>.

<sup>28</sup> AİHM, *Moreno Gomez /Spain*, 16.11. 2004, Başvuru No. 4143/02.

<sup>29</sup> AİHM, *Martinez Martinez/İspanya*, 18.10.2011, Başvuru No. 21532/08.

<sup>30</sup> AİHM, *Mileva ve Diğerleri/Bulgaristan*, 25.11.2010, Başvuru No. 43449/02 ve 21475/04.

<sup>31</sup> AİHM, *Dees / Macaristan*, 09.11.2010, Başvuru No. 2345/06.

yi korumak” olarak öngörülmüş, çevrenin korunmasının ceza kanununun temel amaçları arasında olduğu belirtilerek, çevrenin korunmasında ceza normlarından yararlanılmıştır. Çevresel zarara neden olacak fiiller, Türk Ceza Kanunu’nda çevre suçları olarak düzenlenmiştir. Bu çevre suçlarından biri de gürültüye neden olma suçudur.

Gürültüye neden olma suçu, Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, ikinci bölümünde “Çevreye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. TCK’nın 183. maddesine göre; “İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”. Böylece insan sağlığını tehdit eden gürültüye neden olma eylemi suç olarak düzenlenmek suretiyle insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı güvence altına alınmıştır. Mülga 765 sayılı TCK’da gürültü yapmak suretiyle toplumun huzur ve rahatının bozulması kabahat olarak düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

Gürültü kirliliğini önleme ve gürültüden korunmak için diğer kanunlarda da düzenlemeler yapılmıştır. 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 14. maddesinin 1. fıkrasında kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaklanmıştır; 2. fıkrasında ise ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirlerin alınması gerektiği öngörülmüştür<sup>33</sup>. Çevre Kanunu’nun 20. maddesinde ise, Çevre Kanunu’nun 14. maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri almayan veya standartlara aykırı şekilde gürültü ve titreşime neden olanlara idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 36. maddesinde<sup>34</sup> ise, toplum düzenini,

<sup>32</sup> 765 sayılı TCK’nın 3.kitabı Kabahatlerde, Ammenin Nizamına Müteallik Kabahatler başlıklı birinci babının Halkı Rahatsız Eden Hareketler başlıklı 7. faslında yer alan m. 576’a göre; “(1) Her kim, gürültü veya velvele ile mutat hilafı olarak çan ve alati saire çalarak yahut kanun ve nizam ahkâmına muhalif surette gürültülü bir meslek ve sanat icar eyliyerek halkın veya meclis ve mahfillerin meşguliyet veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur. (2)Bu fiil gece yarısından iki saat evvelinden sonra işlenirse hafif cezayı nakdi otuz liraya kadardır. (3) Mükerrirler hakkında birinci fıkrada muharrer ahvalde otuz ve ikinci fıkrada muharrer halde elli liraya kadar hafif cezayı nakdi hükmolunur”.

<sup>33</sup> Çevre Kanunu’nun gürültü başlıklı 14. maddesine göre; “ (1) Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. (2) Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır”.

<sup>34</sup> Kabahatler Kanunu’nun gürültü başlıklı 36. maddesine göre; “(1) Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir. (2) Bu fiilin



genel sağlığı, çevreyi korumak amacıyla; başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olma eylemi karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak düzenlenmiştir.

## B. Korunan Hukuksal Değer

Gürültüye neden olma suçunun 5237 sayılı TCK'nın Toplum Karşı Suçlar başlıklı kısmında düzenlendiği dikkate alındığında, bu suç ile toplumun sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı korunmaktadır. Gürültünün insanların sağlığını olumsuz yönde etkilediği dikkate alındığında, bu suç ile Anayasa madde 56'da güvence altına alınan sağlık ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı korunmakta, insanların maddi ve manevi varlıklarının zarar görmesi önlenmektedir<sup>35</sup>. Bu suç topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenmek suretiyle, çevrenin korunması hususundaki yaklaşımlardan biri olan insan merkezli bir yaklaşım benimsenmiş, insan sağlığının tehlike de olması sebebiyle çevresel gürültüden kaçınılması gerektiği kabul edilmiştir.

## C. Maddi Unsur

### 1. Fail

Gürültüye neden olma suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Nitekim TCK m.183'te "*gürültüye neden olan kişi*"den söz edilmek suretiyle, bu suçun faili bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır.

Gürültüye neden olma suçunun faili gerçek kişi olup, bu suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bu suç bakımından tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirinin uygulanması öngörülmemiştir. Tüzel kişilerin bu suçun faili olması söz konusu değildir (TCK m.60/4). Ancak kişilerin huzur ve sükûnunu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı şekilde gürültü ve titreşime neden olan tüzel kişiler hakkında Çevre Kanunu m.20 uyarınca idari para cezasına hükmolunabilir. Ayrıca bir ticari işletmenin faaliyeti çerçevesinde başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olunması halinde Kabahatler Kanunu m.36/2 uyarınca, işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye idari para cezası verilebilir.

### 2. Mağdur

Bu suçun belli bir mağduru yoktur. Gürültüye neden olma suçu, topluma karşı suçlar faslında düzenlenmiş olup, gürültünün gerçekleştiği toplumda yaşayan herkesin bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir.

bir ticari işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (3) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir".

<sup>35</sup> Aynı doğrultuda bkz. Kayan, 114; Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.IV, Ankara 2010, 5051.

Gürültünün belli olmayan bir kimseye karşı yapılması, bu suçu TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçundan ayırmaktadır. TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen suçta fail, belli bir kişinin huzur ve sükûnunu bozma amacıyla hareket etmekte iken, gürültüye neden olma suçunda fail belli bir kimseyi hedef almamaktadır<sup>36</sup>. Nitekim Yargıtay da TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun, belli bir kişiyi hedef alarak kasten işlenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>37</sup>.

### 3. Suçun Konusu

Gürültüye neden olma suçunun konusu, gürültüye maruz kalan çevredir. Bu suç çevre üzerinde işlenmektedir. Failin bu suçtan sorumluluğunun doğabilmesi için çevre üzerinde gerçekleşen gürültünün bir kimsenin sağlığı bakımından tehlike oluşturması aranmakla birlikte, doğrudan insan üzerinde gerçekleşen bir eylem söz konusu değildir. Dolayısıyla suçun maddi konusunu insan bedeni ve psikolojik kişiliği değil, gürültüye neden olma eyleminin üzerinde gerçekleştiği çevre oluşturmaktadır.

### 4. Hareket ve Netice

Gürültüye neden olma suçunun hareket unsurunu, ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olma eylemi oluşturur. Gürültüye neden olma suçu serbest hareketli bir suç olup, gürültüye neden olacak hareket çeşitli şekillerde gerçekleşebilir<sup>38</sup>. Bu suç, çoğu zaman icrai bir davranışla gerçekleşmekle birlikte ihmalî hareketle de gerçekleşebilir<sup>39</sup>. Yargıtay, sanığın konutundaki çoban köpeğinin havlamasına engel olmama<sup>40</sup>, iş yerinde ses izolasyonu yapmama<sup>41</sup> şeklindeki hareketlerin, maddede geçen diğer koşulların da varlığı halinde gürültüye neden olma suçunu oluşturacağını belirtmektedir.

Gürültüye neden olma suçunun oluşması için failin, ilgili kanunlarda belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak gürültüye neden olması gerekmektedir. Maddede geçen "*ilgili kanunlar*", 2872 sayılı Çevre Kanunu ve bu konuda düzenleme yapan ilgili kanunlar ile bu kanunların yollama yaptıkları yönetmeliklerdir<sup>42</sup>. Bu suç idari düzenlemelerle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Bu konuda çevresel gürültüye maruz kalınması sonucu kişilerin huzur ve sükûnunun, beden ve ruh sağlığının

<sup>36</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 5052.

<sup>37</sup> Y2.CD, 18.06.2007, 2007/5637 E., 2007/8990 K.

<sup>38</sup> Kayan, 116; Yaşar/Gökcan/Artuç, 5054.

<sup>39</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 5054; Özcan, Onur, "*Türk Hukukunda Çevre Suçları*", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, 580.

<sup>40</sup> Y.4.CD, 25.09.2012, 2012/8722 E., 2012/18431 K.

<sup>41</sup> Y. 4.CD, 25.09.2012, 2012/17482 E., 2012/18402 K.

<sup>42</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 5052.

bozulmaması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak ve kademeli olarak uygulamaya konulmak üzere; değerlendirme yöntemleri kullanılarak çevresel gürültüye maruz kalma seviyelerinin, hazırlanacak gürültü haritaları, akustik rapor ve çevresel gürültü seviyesi değerlendirme raporu ile belirlenmesi, çevresel gürültü ve etkileri hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi, gürültü haritaları, akustik rapor ve çevresel gürültü seviyesi değerlendirme raporu sonuçları esas alınarak; özellikle çevresel gürültüye maruz kalma seviyelerinin insan sağlığı üzerinde zararlı etkilere sebep olabileceği ve çevresel gürültü kalitesini korumanın gerekli olduğu yerlerde, gürültüyü önleme ve azaltmaya yönelik eylem planlarının hazırlanması ve bu planların uygulanması ile ilgili usul ve esasları belirleyen Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği<sup>43</sup> nde yükümlülükler öngörülmüştür<sup>44</sup>. Bu yükümlülükler aykırı davranılması, maddede öngörülen diğer koşulların da varlığı halinde bu suçun oluşmasına neden olabilir.

İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişinin cezalandırılacağına öngörüldüğü TCK m.183'deki gürültüye neden olma suçu, somut tehlike suçudur<sup>45</sup>. Suçun oluşması için gürültüye maruz kalan kişi veya kişilerin sağlığının bozulması gerekmez, sağlığın tehlikeye düşmüş olması yeterlidir. Failin sorumluluğu için gürültünün kişilerin sağlığını tehlikeye sokmaya elverişli olması gerekir. Sadece bedensel değil ruhsal sağlığının da zarar görme ihtimali bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>46</sup>. Gürültünün tespiti uzmanlık işi olduğu gibi gürültünün sağlık üzerinde etki oluşturacak elverişlilikte olup olmadığını tespit de uzmanlık

<sup>43</sup> Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, 04.06.2010 tarihli, 27601 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Yönetmeliğin kapsamını belirleyen 2. maddeye göre; "Bu Yönetmelik; özellikle nüfusun yoğun olduğu alanlarda, parklarda veya yerleşim bölgelerindeki diğer sessiz alanlarda, açık arazideki sessiz alanlarda, okul, hastane ve diğer gürültüye hassas alanlar da dahil olmak üzere insanların maruz kaldığı çevresel gürültüler ile çevresel titreşime yönelik esas ve usulleri kapsar. (2) Bu Yönetmelik kişinin kendisinden dolayı maruz kaldığı gürültüyü, 26 ncı maddede belirtilen ev faaliyetleri dışındaki gürültüler ile komşuların oluşturduğu gürültüyü, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçilerin maruz kaldığı gürültüyü, ulaşım araçlarının iç gürültüsünü ve askeri alanlardaki askeri faaliyetlere bağlı gürültüyü kapsamaz".

<sup>44</sup> Kaynakların ses seviyeleri bakımından kara yolu araçlarında, demir yolu, havayolu ve su yolu ulaşım araçlarında, açık alanda kullanılan ekipmanlarda uyulması gereken şartlar, ev aletlerinde uyulması gereken şartlar ve sanayi tesislerinde kullanılan alet, ekipman ve makinelerde uyulması gereken şartlar Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, m.9-15 de, Çevresel Gürültü Esas ve Kriterleri ise aynı Yönetmeliğin 16-24 maddeleri ile belirlenmiştir. Ayrıca bkz. Kamuya açık yerlerde çalıştırılan motorlu kara yolu taşıtlarının dış gürültü seviyesi ve egzoz sistemleri ile ilgili olarak 30/11/2000 tarihli ve 24246 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği.

<sup>45</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, 5053.

<sup>46</sup> Aynı yönde bkz. Taşkın, Ahmet, "Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması", *uu* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2010, 287.

işidir. Gürültü ölçümü<sup>47</sup> yapıldıktan sonra, belirlenen değerlerin ilgili mevzuatta belirlenen sınır değerlerini aşıp aşmadığı tespit edilmeli, daha sonra gürültünün insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı yine uzman görüşüyle tespit edilmelidir. Nitekim Yargıtay gürültüye neden olma suçuna ilişkin bir olayda, “*Katılan İzmir Büyükşehir Belediyesi’nce sunulan 12/06/2006 tarihli ve 2022 sayılı ölçüm sonuçlarının da yer aldığı raporlarda sanığın iş yerinde ses izolasyonu yapmaması nedeniyle sınır değerlerin bir kaç kat üstünde gürültüye neden olduğunun belirlenmiş olması karşısında, mahallinde teknik bilirkişi ile keşif yapılp, sanığın ses yalıtımı yapmaması nedeniyle çevreye yaydığı gürültünün insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığına dair rapor aldirıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi*” gerektiğine karar vermiştir<sup>48</sup>. Bir başka kararında ise, yasaya aykırı gürültü sınır değerlerinin insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığına gerektiğinde bilirkişi raporu da aldirılmak suretiyle tespiti ile sonucuna göre failin TCK’nın 183/1.maddesinden sorumluluğunun tespiti gerektiğini belirtmiştir<sup>49</sup>.

#### D. Manevi Unsur

Gürültüye neden olma suçu sadece kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenemez. Bu suçun oluşabilmesi için, failin ilgili kanunlarda belirlenen yükümlülükler aykırı olarak, bir kimsenin sağlığına zarar verecek şekilde bilerek ve isteyerek gürültüye neden olması gerekir. Bu suç doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.

#### E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Gürültüye neden olma suçu, mağduru belli olmayan suçlardan olup, ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olması söz konusu değildir. Ayrıca meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeni de bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olmaz. Gürültüye neden olma suçu bakımından zorunluluk hali söz konusu olabilir.

<sup>47</sup> Gürültü ölçümlerinde kullanılan başlıca sistemler ses ölçerler (sonometre), sürekli ölçüm/izleme sistemleri ve dozimetreler olarak sunulabilir. Çevresel gürültü ölçümlerinde genellikle ses ölçerler kullanılmaktadır. <http://gurultu.cevreorman.gov.tr/gurultu/AnaSayfa/gurultu/GurultuOlcumleri.aspx?sflang=tr>.

<sup>48</sup> Y. 4.CD, 25.09.2012, 2012/17482 E., 2012/18402 K.

<sup>49</sup> “Sanığın konutunda çevre sağlığı ekiplerinin yapmış oldukları denetimlerde 2 adet çoban köpeğinin havlarken 01.11.2007 tarihinde çevreye yayılan gürültü düzeyinin 66.01 dBA olduğunun tespit edildiği ve sanık hakkında tutanak düzenlenmiş olup, Çevre Sağlığı ve Laboratuvar Şube Müdürlüğünün 07.11.2007 tarihli raporuna göre de Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinin 28/d maddesinde gürültü sınır değerinin 50 dBA olduğunun bildirilmesi karşısında; belirlenen değerlerin insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığına gerektiğinde bilirkişi raporu da aldirılmak suretiyle tespiti ile sonucuna göre TCK.nun 183/1.maddesi veya Kabahatler Kanununun 24 ve 36. maddelerine göre uygulama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırı..” bulunarak hükmün bozulmasına karar verilmiştir., Y.4.CD, 25.09.2012, 2012/8722 E., 2012/18431 K.

Örneğin, bir hayvanın saldırısından kurtulmak amacıyla ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde davul çalarak gürültüye neden olan kişi zorunluluk halinden yararlanabilir.

## F. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu'nun 183. maddesinde öngörülen gürültüye neden olma suçu teşebbüse elverişlidir. Somut tehlike suçları, neticeli suç grubuna girdikleri için bu suçlara teşebbüs mümkündür. İcra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen, kanuni tanıda gösterilen tehlike söz konusu olmayabilir. Gürültüye neden olma suçu, gürültü olarak nitelendirilebilecek eylemin yapılmasıyla tamamlanır. Fail bir kimsenin sağlığına zarar verebilecek nitelikte gürültü yapmak için bilerek ve isteyerek elverişli hareketlere başlayıp, elinde olmayan nedenlerle bu hareketleri tamamlayamazsa suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleyen kişi teşebbüsten cezalandırılmaz, gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır (TCK m.36/1). Bu bağlamda ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olacak tesisatı kurarak suçun icra hareketlerine başlayan kimse, suçun tamamlanmasını önlerse gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır. Ancak o zamana kadar yapılan hareketler başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılır (TCK m. 36/1). Gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran bir şahsi sebep niteliğinde olup, iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır (TCK m.41/1). Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş, ancak suçun gönüllü vazgeçeninin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması veya gösterdiği gayretin dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması halinde de suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Bu bakımdan, gürültüye neden olma suçunun işlenmesi sırasında faile, gürültüyü oluşturan aletleri temin etmek suretiyle yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran kişi, yardım etmekten vazgeçip, failin gürültüye neden olmasını önlemeye çalışırsa gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır (TCK m.41/2). Azmettirenin gönüllü vazgeçmesi halinde sorumluluktan kurtulabilmesi için ise, azmettirdiği kişiyi suçun icra hareketlerine devam etmekten vazgeçirmesi ve onda oluşturduğu suç işleme kararını kaldırmış olması gereklidir. Gürültüye neden olması için azmettirdiği kişiyi tüm çabasına rağmen suç işlemekten alıkoymayan azmettiren, durumu yetkili mercilere haber vererek icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olması halinde ihtiyariyle vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

## 2. İştirak

Gürültüye neden olma suçuna iştirak mümkün olup, bu suç iştirak açısından bir özellik göstermez. Gürültüye neden olma suçuna azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirak mümkündür. Suçun kanuni tanımında öngörülen gürültüye neden olma eylemini gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37). Bu bağlamda birlikte suç işleme kararıyla ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmak isteyen kişiler, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı nitelikte katkıda bulduklarında, gürültüye neden olma suçunun faili olarak cezalandırılacaktır.

## 3. İçtima

Gürültüye neden olma eyleminin başlayıp kesintisiz olarak bir süre devam etmesi halinde tek suç oluşur. Bununla birlikte aynı suç işleme kararının yerine getirilmesi amacıyla, kişilerin sağlığının zarar görmesine elverişli biçimde ara verilerek yeniden gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir<sup>50</sup>.

Gürültüye neden olma suçu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.36'da düzenlenen gürültü kabahati ile TCK m.183'de düzenlenen gürültüye neden olma suçu karşılaştırıldığında eylemlerin benzerliğine rağmen, gürültü oluşturan eylem başkalarının huzur ve sükununu bozacak nitelikte olduğunda failin sorumluluğu Kabahatler Kanunu m.36'dan, gürültü oluşturan eylem bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli ölçüde ise gürültüye neden olma suçundan olacaktır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu düğün sırasında kurusıkı tabanca ile havaya birkaç el ateş etmekten ibaret olan eylemi; belirli bir kişiye karşı işlenmediğinden 5237 sayılı Yasa'nın 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozmak ve ortaya çıkan gürültü kişilerin sağlığını bozacak düzeyde olmadığından 5237 sayılı Kanun'un 183. maddesindeki gürültüye neden olmak suçlarını oluşturmayacağını; buna karşılık 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiş olan gürültüye neden olmak kabahatini oluşturacağına karar vermiştir<sup>51</sup>.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 14 ve 20. maddeler uyarınca kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü oluşturan kişi cezalandırılacaktır. Çevre Kanunu'nda düzenlenen bu kabahatin söz konusu olabilmesi için kişilerin beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde olması, TCK m.183'de düzenlenen gürültüye neden olma suçunda ise bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültünün aranması karşısında failin sorumluluğunun kabahatten mi yoksa suçtan mı doğa-

<sup>50</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 5055.

<sup>51</sup> YCGK, 29.05.2007, 2007/8-109 E., 2007/115 K.

çağının tespiti gerekir. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 27. maddesine göre; “*Bu Kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz*”. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde bu Kanun'un genel hükümlerinin diğer kabahatler hakkında da uygulanacağını öngörülmesi ve genel hüküm niteliğindeki 15. maddesindeki “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*” hükmü dikkate alındığında, bir kimsenin beden ve ruh sağlığını bozmaya elverişli bir güdültüye neden olan fail, sadece suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

### G. Yaptırım

Güdültüye neden olma suçunun cezası, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Türk Ceza Kanunu m.49/2 uyarınca hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası kısa süreli hapis cezası olup, bu suçtan dolayı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilirse, hükmolunan ceza suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, TCK'nın 50. maddesinde öngörülen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Ancak suç tanımında hapis cezası ile adli para cezası seçenek olarak öngörüldüğünden, hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza adli para cezasına çevrilmez (TCK m.50/2).

### H. Soruşturma ve Kovuşturma

Güdültüye neden olma suçunun cezası, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olduğu için, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.10). Bu suç bakımından diğer suçlarda olduğu gibi genel yetki kuralları (CMK m.12) geçerli olup, güdültünün gerçekleştiği yer mahkemesi yetkilidir.

Güdültüye neden olma suçu, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olup, soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlere tabidir. Bu suçta, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen uzlaşma<sup>52</sup>, kamu davasının açılmasının ertelenmesi<sup>53</sup> kurumların uygulanması söz konusu değildir.

<sup>52</sup> TCK m.183'de öngörülen suç, 6/12/2006 kabul tarihli 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın uzlaşmayı düzenleyen 253. maddesinde belirtilen uzlaşmaya tabi suçlardan değildir.

<sup>53</sup> TCK m.183'de öngörülen suç, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olup, üst sınırı da 2 yıldır. Bu nedenle kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükümleri uygulanamaz. Bkz. 6/12/2006 kabul tarihli 5560 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK m. 171.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.100/4'e göre, adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama yasağı öngörüldüğünden<sup>54</sup>, suçun faili hakkında tutuklama kararı verilemez. Gürültüye neden olma suçunda, suçun bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverışı olup olmadığı hususu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bilirkişiye başvurularak tespit edilip, kamu davasının açılması gerekip gerekmediğine karar verilecektir. Gürültüye neden olma suçunu yargılamakla görevli ve yetkili mahkemece, bu suçtan dolayı yapılan yargılamanın sonunda iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilirse, CMK m.231/6'da öngörülen koşulların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir<sup>55</sup>. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı hapis cezasının ertelenmesine nazaran sanığın daha lehine bir düzenleme olup, mahkemenin bu suçtan dolayı karar verirken neden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermediğini tartışması gerekir.

<sup>54</sup> 02.07.2012 kabul tarihli 6352 sayılı Kanun'un 96. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK m.100/4'e göre; "Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama karar verilemez"; 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, 5 Temmuz 2012 tarihli 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>55</sup> CMK m.231/6'a göre; "Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleme-yeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez".





**KLİNİK ARAŞTIRMALAR HAKKINDA YÖNETMELİK  
ÇERÇEVESİNDE ETİK KURULLAR**  
*(Ethics Committees Within The Scope of the Regulation  
of Clinical Research)*

**Pervin SOMER\***  
**E. Elif VATANOĞLU\*\***

**ÖZET**

Klinik araştırmalarda laboratuvar çalışmalarının sonuçlanmasını takiben hayvan üzerinde deney aşamasına geçilmektedir. Bu aşamanın olumlu sonuçlar vermesini takiben hasta ve/ veya gönüllü denekler üzerinde deneyler başlar. Hayvan ve insan üzerindeki deneylerin etik ilkelere ve hukuka uygunluğu etik kurullar tarafından denetlenir.

Yeni Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 2011 yılının Ağustos ayında yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme AB uygulamalarına paralel hazırlanmıştır. Yönetmelik “klinik araştırma” “gönüllü” ve “etik kurul” ekseninde hazırlanmıştır. Bu çalışmada insan üzerindeki deney ve denemelerde denetleme görevi yapan etik kurullar ele alınacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Etik kurul, Klinik araştırma, İnsan üzerinde deney/ deneme, Klinik araştırma danışma kurulu

***Abstract***

The first step to the research in order to promote scientific development and to generate knowledge in the field of medicine is laboratory research. After this step, there are experiments on animals. If this result is positive, we start experimenting on humans. Both experiments on animals and humans are supervised by the ethical committee according to laws and ethical principles.

By its purpose and scope, the new Regulation on Clinical Research, which has entered into force in August 2011, brings out regulations parallel with the European Union Practices and it also fills an important gap about the issue. However, like seen on most of the similar regulations and legislations, there are found loopholes among the articles which have been adopted by means of

---

\* Prof. Dr., Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Yard. Do. Dr. Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi

translation and it is probable that some legal and ethical problems may occur because of the conspicuous deficiencies. As a matter of course, the Regulation has been based on the relationship between “the clinical research”, “the volunteer” and “The Ethical Committee”.

In this work, the role of the ethical committee in the supervision of experiments on humans has been examined, from permission stage to its completion.

**Keyword:** Ethical Committee, Clinical research, Experiment, Clinical research advisory committee

## I. GİRİŞ

Bilimin gelişmesinde şüphesiz yapılan bilimsel araştırmaların rolü büyüktür. Teknik bir disiplin olması yanında bir bilim dalı olarak kabul edilen; öznesi ve nesnesi insan olan sağlık (tıp) alanında da bilimsel gelişmeyi sağlamak ve bilgiyi üretmek için denekler üzerinde bazı araştırmaların yapılması kaçınılmazdır. Ancak insan üzerinde araştırma tıp dünyasındaki en hassas konulardan biridir. Araştırma ve tedavi arasında çok ince bir çizgi vardır. Bazı durumlarda bu sınırın aşılması ile hizmet bekleyen hasta büyük zarar görebilir.

Özellikle klinik araştırmalar ve ilaç araştırmaları, laboratuvar çalışmalarını takiben hayvan üzerinde yapılan deneylerden sonra insan üzerinde deney ve denemelerle sürdürülmektedir. Gerek hayvanlar gerekse insanlar üzerinde yapılan bu deney ve denemelerin yasalara ve etiğe uygunluğu etik kurullar tarafından denetlenmektedir. Bu denetleme sadece deney ve denemeye izin verilmesi aşamasında değil, araştırmanın tamamlanması sürecinde devam eder.

Türkiye’de hayvan deneyleriyle ilgili olarak 2006 yılında yürürlüğe giren “Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik” hükümleri uygulanmaktadır. Bu yönetmeliğe göre Hayvan Deneyleri Yerel Etik Kurulları deney hayvanları ile yapılacak çalışma taleplerini incelenmesi, bu çalışmaların etik açıdan değerlendirilmesi, izlenmesi ve görüş bildirilmesi amacıyla üniversite bünyesinde rektörlüğe bağlı olarak kurulurlar.

Klinik araştırmalarla ilgili yönetmelik ise son beş yıl içinde birkaç kez değişikliğe uğramış; yönetmeliğin iptal edilmesi sebebiyle zaman zaman yasal boşluklar doğmuştur. Bu süreç içinde hangi araştırmaların yapıldığına ilişkin elimizde veri bulunmamaktadır. Örneğin Hastane Etik Kurullarının bu boşluk döneminde önlerine gelen başvuruyu evrensel etik ilkelere uygun olarak onayladığı kabul edilse bile uygulamanın devamındaki denetimin nasıl yapıldığı sorusuna cevap verebilmek mümkün değildir.

Özellikle otopsi yapılan kadavra üzerinde bilimsel araştırmaların yapıldığı da bir gerçektir. Bununla birlikte kadavra üzerinde bilimsel araştırmanın, deney ve denemenin yapılabileceği veya yasak olduğuna dair bir yasal düzenleme yoktur, bu noktada bir başka boşluk söz konusudur.

Klinik Araştırmalar hakkında yapılan yasal düzenlemeler Avrupa Birliğine uyum sürecinin bir parçasıdır. Bu çalışmada Türkiye’de Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik(ler) ve Etik Kurullarla ilgili süreç ele alınacaktır.

## II. ETİK KURULLARIN ÖNEMİ

Klinik araştırma, gönüllü insanlar veya onlardan alınan materyaller üzerinde yapılan her türlü bilimsel araştırmayı ifade etmektedir. İnsanlar üzerinde yapılan bilimsel amaçlı tıbbi denemeler (klinik araştırmaların)<sup>1</sup> temel amacı, etik ilkeler doğrultusunda insanın yararına olacak yeni bir tıbbi tanı, tedavi şeklinin veya tıbbi olanağın sağlanmasıdır. Tedavi amaçlı tıbbi denemelerden farklı olarak bilimsel amaçlı tıbbi denemeler (klinik araştırmalar), araştırma ve gözlem amacına yönelik yapılır; bu nedenle kişilik haklarına ve hukuka aykırı olma riski yüksektir<sup>2</sup>.

Tanı veya tedavi amaçlı klinik araştırmalara katılacak canlı deneklerin haklarını korumak için etik duyarlılığın oluşturulması çok önemlidir. Çünkü tıp etiğinin en temel hedefi “değer harcamamak veya harcanan değeri en aza indirmektedir.”. Bu kritik sınırdaki gerekli rasyonel soruları sormak ve bunlara sadece rasyonel değil, insani cevapları bulmak, uygulamadaki ihtimal dahili sorunları aşabilmek bir metodoloji gerektirir<sup>3</sup>. İnkilemler dünyasına en büyük katkıyı tıp etiği, somut olaylarda da “etik kurullar” yapmaktadır.

Etik kurullar başlangıçta kendiliğinden bir araya gelip tamamen subjektif değerlendirme yapan komiteler iken, günümüzde yönetmeliklere bağlı çalışma düzeni olan, hem deneye hem de diğer taraflara karşı hukuki sorumluluklar taşıyan yapılar olmuştur<sup>4</sup>.

Tıp alanındaki gelişmelerin çoğu araştırmalar yoluyla olmaktadır. Araştırmaların değişik fazları ve aşamaları olup, her aşamanın kendisine ait dinamikleri mevcuttur. İnsan üzerinde gerçekleştirilecek olan araştırmalarda özel koşullar mevcuttur. Şüphesiz öncelikle yapılması gerekli olan iyi bir risk hesabıdır. Deney ve denemelerin<sup>5</sup> özenle birbirinden ayrılması, faydanın riskin önüne geçmesi, insan deneklerin onur ve sağlığının her şeyin önünde olması, bütün bunların ekonomik faktörlerle uyum içinde olması vs. iyi dengelenmesi gereken ölçülerdir<sup>6</sup>. İnsan üye-

<sup>1</sup> ÖZGÜR M. E., Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, s. 290; DOĞAN H., 7-8 ARALIK, 2009, İstanbul Uluslararası Klinik Araştırmalarda Etik Yaklaşım, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2010; 18 (1): 63-65.

<sup>2</sup> ÖZGÜR, s. 291.

<sup>3</sup> SOMER P./ VATANOĞLU E., Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Ortaya Çıkabilecek Yasal ve Etik Sorunlar, Kadir Has Üniversitesi, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2011, s. 462.

<sup>4</sup> DİRESKENELİ R. H., İlaç Araştırmaları ve Etik Kurulların Rolü, Marmara Üniversitesi İlaç Hukuku, Sempozyum No:2, İstanbul 2007, s. 38-41.

<sup>5</sup> HAKERİ H., Tıp Hukuku, Ankara 2012, s.187 vd.

<sup>6</sup> DOĞAN, agm.

rinde yapılan araştırmaların hem bahsedilen ölçütler yönünden hem de hukuka uygunluk açısından incelenmesi zorunludur; zira bu araştırmalar sadece araştırmaya katılan insanlarla sınırlı tutulamayacak, gelecek kuşakları ve insanlığı bütün olarak etkileyebilecek sonuçlar doğurabilir<sup>7</sup>. Bu incelemeler “Etik Kurullar” tarafından tıbbi, hukuki ve etik yönden yapılır<sup>8</sup>.

Hastayı tedavi etme amacının ötesinde araştırma ve gözlemin ön planda tutulduğu klinik araştırmalarda asıl hedef yeni tıbbi müdahale yöntemleri geliştirmektir. Bu noktada denemeye katılan hasta veya sağlıklı gönüllülerin/deneklerin kişilik haklarının ve diğer menfaatlerinin özenle korunması son derece önem taşır. Zira bilimsel amaçlı denemelerin kişilik haklarına zarar vermesi, hukuka aykırılıklar taşıma riski son derece yüksektir<sup>9</sup>. Etik Kurullar vasıtasıyla bir yandan hasta ve gönüllülerin etik olmayan, riskli//tehlikeli araştırmalardan korunması sağlanırken, diğer yandan araştırmacılar ve araştırma kurumları da korunmaktadır<sup>10</sup>. Ancak temel öncelik deneğin sağlığındadır, araştırmanın amaçları bunun önüne geçemez.

Toplumda ve sağlık profesyonellerinde etik duyarlılığın artırılması için ilkelere oluşturulması yanında toplumun şüphelerini gidermek, araştırmada uygulanan yöntemin bilimsellik kriterlerini ve uluslararası standartların sürdürülmesini sağlamak, deneklerin haklarını korumak amaçlarıyla etik kurulların oluşturulması söz konusu olmuştur<sup>11</sup>. Etik kurulların yasal temelleri şüphesiz önemlidir; ancak daha önemlisi etik değerleri davranış biçimi olarak içselleştirmiş araştırmacıları yetiştirmektedir<sup>12</sup>. Yasalar aracılığıyla, etik değerlerin uygulamada korunması amacıyla denetleme yapılır, böylelikle hukuka aykırı bir durumun varlığı söz konusu olduğuunda yaptırım gücü oluşur.

Araştırma Etik Kurulu, insan üzerinde yapılacak biyomedikal araştırmaların hasta ve denek hakları açısından etik ilkelere uygun olup olmadığını inceleyerek bir karara varmak, araştırmaları izlemek ve görüş bildirmek amacıyla oluşturulan kurullardır. Klinik araştırma yapacak olan hekim etik konularda etik kurullardan görüş istemelidir. Zira bu kurulların görevi insan üzerindeki klinik araştırmaların değerlendirilmesidir<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> ÇOBANOĞLU N., Kuramsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Ankara 2009, s. 93.

<sup>8</sup> TAUPITZ J., Biomedizinische Forschung zwischen Freiheit und Verantwortung, Berlin-Heidelberg 2002, s.75-76; DEUTSCH E., Ethik Kommissionen: Probandenschutz in der medizinischen Forschung, Forschung ağ Menschen (Editör: H. D. Lippert, W. Eisenmenger) München 1999, s. 33.

<sup>9</sup> EBERBACH W., Die Zivilrechtliche Beurteilung der Humanforschung, Frankfurt am Main, 1999, s. 31-33.

<sup>10</sup> ÖZGÜL, s. 296.

<sup>11</sup> PICH J./CARNE X./ARNAIZ J.A./GOMEZ B. Et.a., “Role of the Research Ethics Committee in Follow-Up and Publications of Results”, The Lancet, London 2003, 361 (9362), s.1015-1017.

<sup>12</sup> ATICI E., Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Üzerine, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 35 (3) 147-152, 2009.

<sup>13</sup> HAKERİ, s. 191.

Etik kurullar klinik araştırmalarda etik değerlendirmeyi iki yönden yaparlar<sup>14</sup>:

- Araştırılan ürün ya da yöntemin insan üzerinde denenmesi nedeniyle, denek haklarının korunduğundan emin olmak,
- Klinik araştırmaların planlama, yürütme, analiz ve duyurulma süreçlerinin bilim etiğine uygunluğunu denetlemek.

Bu nedenle **etik kurulların en önemli işlevi hastaların, gönüllülerin, araştırmacıların ve araştırma kurumlarının korunması; özellikle gönüllülerin veya hastaların etik olmayan, beklenmeyen veya tehlikeli araştırmalardan uzak tutulmasının sağlanmasıdır. Bu kurullar araştırmayı hem etik yönden hem de araştırmanın amacını, gerekçesini yaklaşım ve yöntemini göz önünde tutarak bilimsel yönden inceler**<sup>15</sup>. Bilimsel açıdan geçerliliği olmayan bir araştırmanın aynı zamanda etiğe de aykırı olacağını belirtmeye dahi gerek yoktur. Araştırma ile ilgili incelemeler esnasında pek çok bilgiye vakıf olmaları nedeniyle Etik Kurul üyelerinin gizlilik ilkesine uymaları zorunludur; nitekim üyeler göreve başlarken Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanmış gizlilik belgesi imzalar.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik md. 12 (5), f bendi gereği Klinik Araştırmalar Etik Kurulu *araştırma başvurusu hakkında görüş oluştururken*;

- 1) Araştırmadan beklenen yarar, zarar ve risklerin analizini,
- 2) Araştırmanın bilimsel verilere ve yeni bir hipoteze dayanıp dayanmadığını,
- 3) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması zaruretini,
- 4) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından araştırmanın insan üzerinde yapılabilecek olgunluğa erişip erişmediği ve bunun insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması hususunu,
- 5) Araştırma broşürünün içeriğinin değerlendirilmesini ve usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediğini,
- 6) Araştırma ile ilgili olarak verilen yazılı bilgileri, gönüllü olurlarının alınması amacıyla izlenen yöntemi, olur veremeyen kısıtlılar, çocuklar, gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar üzerinde yapılacak araştırmalara ait gerekçenin yeterliliğini,
- 7) Araştırma sebebiyle ortaya çıkması muhtemel kalıcı sağlık problemleri de dahil olmak üzere yaralanma veya ölüm hallerinde, araştırmacı veya destekleyicinin sorumluluğunu ve gönüllüler için yapılan sigorta sertifikası veya poliçesinin kapsamını,

<sup>14</sup> ATICI E., Etik Kurullar, Çağdaş Tıp Etiği (ed. AD. Erdemir/Ö.Öncel/Ş.Aksoy), İstanbul 2003, s.409-436.

<sup>15</sup> DEMİR M. / ÖRNEK BÜKEN N., İlaç Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin Karşılaştırılması, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2009; 17 (3).

8) Araştırmada görev alan tüm araştırma ekibinin uygunluğunu,

9) Araştırmacı ve gönüllü için uygun bulunan telafi düzenlemelerine dair destekleyici ile araştırmanın yapılacağı yer arasında akdedilmiş herhangi bir anlaşma mevcutsa anlaşmanın etik olup olmadığını,

10) Faz I ilaç klinik araştırmalarında sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybindan doğacak gelir azalmasının araştırma bütçesinde belirtildiğini ve bunun bütçeden karşılandığını,

11) Araştırma yapılacak yerlerin 16 ncı maddede belirtilen standartlara uygun olup olmadığını,

12) Gözlemsel ilaç araştırmalarını ilgili kılavuzlar doğrultusunda, değerlendirir.

Yönetmelikte benzer ilkeler İlaç Klinik Araştırmaları Etik Kurulu, Biyoyararlanım-Biyoeşdeğerlik Araştırmaları Etik Kurulu ve İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik bakımından bir kez daha tekrarlanmıştır.

### III. TÜRKİYE'DE ETİK KURULLAR

#### A. 2008 TARİHLİ KLİNİK ARAŞTIRMALAR HAKKINDA YÖNETMELİK

Etik kurullar ilk olarak ABD'de insan üzerinde yapılacak incelemelere ilişkin değerlendirme yapmak üzere 1960'lı yılların başında kurulmuşlardır<sup>16</sup>.

Türkiye'de klinik araştırmalarda karşılaşılan etik konulara ilişkin ilk tartışmalar 1980'li yılların ikinci yarısında başlamıştır. İlk araştırma etik kurulları, sadece biyomedikal araştırmalarda karşılaşılan etik konuları incelemek amacıyla 1986 yılında Hacettepe Üniversitesi ve Gülhane Askeri Tıp Akademisi bünyesinde kurulmuştur<sup>17</sup>.

Dr. H. Ziya Özel'in kanser tedavisinde zakkum bitkisinin kullanılmasına yönelik çalışmalarından ve tartışmalardan sonra Sağlık Bakanlığı bünyesinde etik kurul kurma çalışmaları başlatılmış; konunun Türkiye'deki yasal temelleri 1993 yılında yayınlanan "İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik"<sup>18</sup> ile atılmıştır. Bu yönetmeliğin asıl amacı, bir merkezi etik kurulun ve yerel etik kurulların oluşturulması ve aynı zamanda idari kontrolün sağlanmasıydı. Ayrıca Sağlık Bakanlığı tarafından 1995 yılı sonunda "İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu" ve "İyi Laboratuvar Uygulamaları Kılavuzu" uygulamaya konulmuştur. Bu yönetmelik ve kılavuzlarla, araştırmalarda yer alacak olan araştırmacıların ve deneklerin yasal hakları güvence altına alınmış, standartlar ve etik ilkeler belirlenmiştir. Yürürlükten kalkan

<sup>16</sup> HAKERİ, s. 111.

<sup>17</sup> DEMİR / ÖRNEK BÜKEN, agm.

<sup>18</sup> 29 Ocak 1993 tarihli 21480 sayılı Resmi Gazete.

bu düzenlemelerde etik kurullar araştırmanın yapılacağı eğitim hastanelerinde kurulan “**Yerel Etik kurullar**” ve Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan “**Merkezi Etik Kurullar**” olarak ikiye ayrılmaktaydı.

Klinik araştırmalardaki çeşitlilik ve hasta haklarındaki gelişmeler neticesi ihtiyaçları karşılamaya yetmeyen İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliği yerine klinik araştırmaları ele alacak başka bir yönetmelik hazırlama çabasına girişilmiştir.

Türkiye’de ilk olarak “**Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik**” (KAHY) 2008 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>19</sup>. Eski yönetmelik, ilaçlarla yapılacak çalışmaların çerçevesini belirlerken yeni yönetmelik AB standartlarına uyum sağlamak ve klinik araştırmalara katılan insanların haklarını da korumaya yönelik bir işleve sahiptir. Ayrıca yeni yönetmelikle birlikte ilaç ve tedavi ilişkisi de kurulmuştur. 2008 tarihli bu yönetmeliğin geçici maddesiyle yukarıda bahsettiğimiz Merkezi Etik Kurullar kaldırılmış, Yerel Etik Kurulların ise yönetmelik şartlarına uygun şekilde yenilenmesi öngörülmüştür. Yönetmeliğe göre etik kurullarda bölgeler esas alınacak ve gerekirse bir bölgede daha fazla etik kurul kurulabilecekti. Ayrıca yönetmelik Genel Müdürlüğün gerek görmesi halinde, klinik araştırmalarda etik açıdan görüş bildirmek üzere Klinik Araştırmalar Danışma Kurulunun kurulmasını da öngörmektedir.

2008 tarihli bu ilk Yönetmelik:

- İnsanlar üzerinde yapılacak ilaç klinik araştırmalarına,
- İlaç dışı klinik araştırmalara,
- Tıbbi cihazlarla yapılan araştırmalara,

**- Yeni bir cerrahi yöntem kullanılarak yapılacak klinik araştırmalara yönelik olmak üzere, her türlü klinik araştırmayı, araştırma yerlerini, bu araştırmaları gerçekleştirecek gerçek veya tüzel kişilerle biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları ile tedavi amaçlı denemeleri kapsamaktadır.**

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, amacı ve kapsamı itibariyle bir yandan Avrupa Birliği uygulamalarına paralel düzenlemeler getirirken, diğer yandan önemli bir eksikliği de gidermekteydi. Bununla birlikte yeni çıkarılan yönetmelikte mevcut eksikliklerden dolayı bazı yasal ve etik sorunların yaşanması olasılığı nedeniyle bu yönetmelik eleştirildi<sup>20</sup>; zira Türkiye’deki pek çok benzeri düzenlemelerde olduğu gibi, tercüme edilerek alınan maddeler arasında boşluklar bulunmaktaydı:

**2008 tarihli KAHY, biyomedikal araştırmaların bilimsel standartlar ve etik ilkelere uygun olarak yürütülmesi ve izlenmesi bağlamında, ulusal düzeyde tek bir yasal düzenlemenin oluşturulması açısından olumlu bir aşamayıdır.**

<sup>19</sup> 23 Aralık 2008 tarihli, 27089 sayılı Resmi Gazete.

<sup>20</sup> ARICI, Klinik Araştırma, s. 149 vd.; Yönetmeliğin Eleştirisi için bkz: SOMER/ VATANOĞLU, agm, s.149 vd.



**Ancak içeriği ve temel paradigması, içerdiği çelişkiler, eksiklikler, evrensel geçerliliği olan yazılı düzenlemelere uygunluk açısından taşıdığı kimi keyfilikler (etik kurul üye bileşimi konusunda evrensel ilkelere uyma ancak üye ve kurulun bağımsızlığını göz ardı etme vb) yönünden büyük eleştirilere de hedef oldu.**

Bu kapsamda Yönetmeliğe ilişkin eleştirilerin odak noktalarından birisini de etik kurullar oluşturdu: Yönetmelik Etik Kurulları “**araştırma protokolü, araştırmacıların uygunluğu, araştırma yapılacak yerlerin yeterliliği, gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak yöntem ve belgelerle bu kişilerden alınacak olurlar hakkında ve araştırmalarla ilgili diğer konularda bilimsel ve etik yönden görüş vermeye, gönüllü güvenliğini, araştırmanın mevzuata uygun şekilde yapılmasını ve takip edilmesini sağlamakla**” görevli kurullar olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelikte Etik Kurulların yapısının düzenlendiği 10. madde etik kurul üyelerinin hiçbirisinin bilginin merkezi olarak yapılandırılan üniversitelerden seçilme zorunluluğunun olmaması ironik bir ikilem yaratmaktadır. Birkaç etik kurul üyesi için doktora düzeyi yeterli görülmuş, diğerleri için akademik herhangi bir koşul aranmamıştır ki böylesi yapılanmaların bilginin piyasalaştırılmasına hız katacağı açıktır.

Etik ikilemlerin çözümlenmesi için yapılacak olan etik değerlendirme ve etik temellendirme bağımsız düşünme ile oluşturulabilir. Etik usulamada değer hiyerarşisinin olmaması bunun en temel göstergelerindedir. Özgür düşüncenin oluşturulabilmesi ancak bağımsızlığını koruyabilen kurullar ile mümkün olabilir. Yönetmelik incelendiğinde ‘Etik Kurullar’ başlıklı üçüncü bölümünün ‘Etik kurulların yapısı’ olarak adlandırılan 10. maddesinde etik kurul üyelerinin ve etik kurulların işleyişinin tamamen siyasi erkin icracı organı olan Sağlık Bakanlığı tarafından belirlendiği görülmektedir. Bu durum etik kurulların bağımsızlığının korunmasında olumsuzluk yaratacağı. Ayrıca 11.maddenin i bendindeki ‘Etik Kurullar Bakanlık talimatlarını derhal yerine getirmekle yükümlüdür’ ifadesi de bu bağımlılığın önemli bir göstergesidir. Yönetmeliğin tümü ele alındığında, etik kurulları bakanlığın şubesi olarak görme anlayışının yönetmeliğin genel ruhuna yansdığı görülmektedir.

Ayrıca Yönetmeliğin 10. maddesi 2. fıkrasında etik kurulların “en az on bir ve en çok on beş üyeden oluşacağı” belirtilmesine karşın aynı maddenin 3. fıkrasında asgari olarak bulunması gereken on bir üye sayılmıştır. Geri kalan dört üyenin hangi niteliklere göre belirleneceği konusunda açıklık bulunmaması ve tüm üyelerin bakanlık tarafından belirleneceğinin ifade edilmesi nedeniyle bu dört üyenin de bakanlıkça ve bakanlığın istemi doğrultusunda seçilebilme yolunun açık olması, bağımsızlığın örselenebileceği düşüncesini hakim kılmaktadır.

2008 tarihli Yönetmelikte etik kurulların düzenlenmesiyle ilgili bir başka çelişki şu şekilde göze çarpmaktadır:

KAHY. 11. maddesine göre Etik Kurulların görev ve yetkileri şunlardır:

“Etik Kurul gönüllüler üzerinde yapılacak her türlü klinik araştırma hakkında bilimsel ve etik yönden görüş bildirir. Buna göre Etik Kurul Faz I, Faz II, Faz III ve Faz IV ilaç araştırmaları, biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları ile ilaç dışı ürünler, genetik materyal, tıbbi cihaz, cerrahi bir metod gibi diğer tüm klinik araştırmalar hakkında **bilimsel ve etik yönden** görüş belirtir. **Bu görüşlere uyulması ve yerine getirilmesi zorunludur**”.

KAHY md 17/5 e göre, “Başvuru sahibi Etik Kurul kararına itiraz edebilir. Bu durumda başvuru sahibi itiraz dilekçesi ile Bakanlığa başvurur. Bakanlığın uygun görmesi durumunda Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu başvuru dosyasını **etik yönden** inceler ve kararını verir.”

Bu maddede Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu’nun itirazı etik açıdan inceleyeceği belirtilmektedir. Oysa Yönetmeliğin 11. maddesinde Etik Kurulların tüm klinik araştırmalar hakkında **bilimsel ve etik yönden görüş belirtecekleri ve bu görüşe uyulmasının zorunlu olduğu** ifade edilmiştir:

Bu noktada bir başka dikkat çekici konu KAHY md 17/6 ya göre “aynı bölgede birden fazla Etik Kurul varsa destekleyici veya araştırmacıların bu etik kurullardan dilediğine başvurabilme” imkanının sağlanmış olmasıdır. Bu düzenleme çerçevesinde olumlu karar çıkması olasılığı yüksek kurullara projenin götürülmesinin yolu da açılmaktadır.

**2008 tarihli bu Yönetmeliğin bazı maddeleri Danıştay 10. Dairesi tarafından yürütmesi durduruldu, iptal edildi<sup>21</sup> ve değiştirilen maddeler Şubat 2010 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdi<sup>22</sup>. Ancak Yönetmelikte yapılan bu değişiklik, önceki eleştirilen başlıkların çoğunu düzeltmediği gibi yönetmeliği yeni eleştirilere de maruz bıraktı.**

Değişiklik öncesinde etik kurul üyeleri arasında “sağlık mesleği mensubu olmayan, sağlıkla ilgili bir kurum veya kuruluşta çalışmayan ve klinik araştırmalarla ilgisi bulunmayan herhangi üniversite mezunu üye” de yer almaktaydı. Ancak bu üyenin yerine yeni düzenlemede hem **İlaç Klinik Araştırmaları Etik Danışma Kurulu hem de İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik Danışma Kurulunda** yer alacak üyenin İlahiyat Fakültesi mezunu olması şartı getirildi. Etik kurullarla ilgili çok fazla tartışma ve eksik varken bunların düzeltilmesi yerine başlı başına sorun yaratacak ilahiyat fakültesi mezunu üye nitelemesi dikkat çekicidir. Bizatihi dogmaya dayanan din öğretisi formasyonu almış bir kişinin her türlü dogmadan uzak olması gereken bilimsel araştırmalarda hangi anlamda katkıda bulunabileceği de

<sup>21</sup> Danıştay 10. D. 13.11.2009, 2009/3991.

<sup>22</sup> 11 Mart 2010, Resmi Gazete: “23.12.2008 Tarihli ve 27089 Sayılı Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklikler Yapılmasına Dair Yönetmelik”.

tartışmaya açıktır. Özellikle Türkiye gibi çoğunluğun Müslüman olduğu bir ülkede bu durum ciddi engeller oluşturabilirdi. Ve yeni yönetmelik değişikliğiyle getirilen bu yapı bir kez daha eleştirilerin hedefi oldu.

Yönetmelik değişikliğiyle ortaya çıkan yeni hükümler çerçevesinde etik kurullar açısından yapılan diğer eleştirileri şu şekilde özetlemek mümkündür:

KAHY değişikliği ile **Klinik Araştırmalar Danışma Kurulları kaldırıldığından Etik kurulun bilimsel yönden geri çevirdiği dosya için itirazın kime yapılacağı sorunu ortaya çıktı.** Bu durumda başvuru sahibi, İlaç Klinik Araştırmaları Etik Danışma Kurulunun ya da İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik Danışma Kurulunun etik ve/veya bilimsel açıdan ret ettiği projeyle ilgili itirazını kime yapacaktır? Yeni düzenleme çerçevesinde itirazın kime yapılacağı ve kim veya kimler tarafından sonuca bağlanacağı konusunda yönetmelikte boşluk oluştu.

**Yönetmelikte yapılan değişiklikle mevcut etik kurullar kaldırılmış, yeniden düzenlenmiş ve Yüksek Sağlık Şurasının içine alınmıştır.** Ancak belirttiğimiz gibi bu değişiklik yeni eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi Yönetmelik bu yeni şekliyle incelendiğinde etik kurul üyelerinin ve etik kurulların işleyişinin tamamen siyasi erkin icracı organı olan Sağlık Bakanlığı tarafından belirlendiği görülmektedir. Şüphesiz bu durum etik kurulların bağımsızlığının korunmasında olumsuzluk yaratır. Ayrıca değişiklikten önce 11.maddenin i bendinde yer alan **'Etik Kurullar Bakanlık talimatlarını derhal yerine getirmekle yükümlüdür'** ifadesi de bağımlılığın önemli bir göstergesiydi; bu düzenleme, değişiklikle yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte kurul üyelerinin Sağlık Bakanlığı ile organik ilişkisinin devam ettiği gözükmektedir.

Yönetmeliğin tümü ele alındığında; İlaç Klinik Araştırmaları Etik Danışma Kurulunun ya da İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik Danışma Kurulunun, Yüksek Sağlık Şurası üzerinden bakanlığın bir birimi olarak görme anlayışının yönetmeliğin genel ruhuna yansıdığı hissedilmektedir. Bu anlayış etik kurulların etkilerden bağımsız olma ilkesine aykırılık taşıdığından bağımsız üst kurullar oluşturulması önem taşımaktadır.

## **B. YASAL BOŞLUK DÖNEMİ VE SAĞLIK HİZMETLERİ TEMEL KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİK**

Yukarıda sadece etik kurullara ilişkin düzenlemeler yönüyle bahsettiğimiz bu yönetmelik de Danıştay tarafından iptal edildikten sonra ortaya çıkan yasal boşluk ve belirsizlik nedeniyle, kapanan ve toplanamayan etik kurullar yerine, bazı tıp fakültelerinde, en azından asistan tezlerinin aksamaması gayesiyle **'Klinik Araştırmalar Değerlendirme Komitesi'** adı altında komiteler oluşturuldu.

Ardından, 2011 yılının Nisan ayında çıkartılan kanunun<sup>23</sup> 8. maddesi ile “**Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu**”na “**EK MADDE 10**” ilavesiyle şu genel düzenleme yapılmıştır:

*“Sağlık Bakanlığınca, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırmalara katılacak gönüllülerin hakları, sağlık güvenliği ve esenliğinin korunmasını sağlamak ve klinik araştırmaları etik yönden değerlendirmek amacıyla etik kurullar; klinik araştırmalarla ilgili konularda Bakanlığa görüş bildirmek üzere Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu teşkil olunur.*

*Etik kurullar, en az biri sağlık mesleği mensubu olmayan kişi ve biri de hukukçu olmak kaydıyla ve üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitilmiş sağlık mensubu olacak şekilde, en az yedi ve en çok on beş üyeden oluşturulur. Etik kurul üyelerinin görev süresi iki yıldır. Mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği düşer.*

*Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu, Sağlık Bakanlığı Müsteşarı veya uygun göreceği bir müsteşar yardımcısının başkanlığında tıbbın cerrahi, dahili ve temel bilimlerinden Bakanlıkça seçilen uzmanlığını almış veya doktorasını yapmış üçer kişi, birer klinik psikolog ve ilahiyatçı ile Bakanlık 1. Hukuk Müşaviri veya görevlendireceği bir hukuk müşavirinden oluşur. Kurul ilk toplantısında kendi üyeleri arasından bir başkan vekili seçer. İhtiyaç duyulması halinde Kurul ilgili uzmanlardan görüş alabilir veya Kurula davet ederek dinleyebilir. Seçilen üyelerin görev süresi iki yıl olup, görev süresi dolan üyeler yeniden seçilebilir. Mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği düşer.*

*Etik kurullar ve Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir.”*

**Böylelikle yasal alt yapı da hazırlanmak suretiyle Kanunda yapılan bu değerikliği takiben 2011 yılında yeni bir “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik” daha yayınlanmış oldu.**

### **C. 2011 TARİHLİ KLİNİK ARAşTIRMALAR HAKKINDA YÖNETMELİKTE ETİK KURULLAR VE YAPISI**

*“İnsanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına dair usul ve esaslar, Klinik Araştırmalar Danışma Kurulunun ve klinik araştırma alanlarına göre etik kurulların teşkili, görevleri, çalışma usul ve esasları Sağlık Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikle tespit olunur.”*

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na eklenen 10. maddenin son paragrafındaki yetkiye dayanılarak Ağustos 2011’de “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönet-

<sup>23</sup> Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değeriklik Yapılmasına Dair (6225 sayılı) Kanun, 26 Nisan 2011, 27926 sayılı Resmî Gazete.

melik” çıkartılmıştır<sup>24</sup>. Yeni Yönetmelik önekilere oranla daha özenle hazırlanmış gözükmektedir. Eleştirilen bazı hususlar giderilmiş; etik kurullarda ilahiyatçı üye zorunluluğundan vazgeçilmiştir. Biraz önce belirtildiği gibi sadece Klinik Araştırmalar Danışma Kurulunda İlahiyatçı üyeye yer verilmiştir.

KAHY.md.10 (2) *Etik kurul üyeleri, bu maddenin dördüncü fıkrasında anılan etik kurullardan yalnızca birinde görev alabilir iken; tıp etiği (deontoloji) alanında doktora, uzmanlık veya yüksek lisansını tamamlamış kişiler bu kurullardan birden fazlasında görev alabilirler.*

(3) *Etik kurul üyelerinden en az üçü etik kurul sekreteryasının bulunduğu kurumun dışından olmalıdır.*

...

(7) *Etik kurullar üniversitelerde rektörün, Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi'nde Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi Başkanının ve eğitim araştırma hastanelerinde başhekimin teklifi ve Bakanlığın onayıyla kurulur ve Bakanlık onayı tarihi itibarıyla faaliyetlerine başlar.*

...

(13): *Klinik Araştırmalar Etik Kurulu'nda asgari olarak aşağıda belirtilen nitelikteki üyeler bulunur:*

a) *En az biri, iyi klinik uygulamaları kurallarına göre düzenlenmiş klinik araştırmalara araştırmacı olarak katılmış olan, doktora veya tıpta uzmanlık eğitimini tamamlamış kişiler,*

b) *Farmakoloji alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış tıp doktoru veya eczacı,*

c) *Biyostatistikçi veya halk sağlığı alanında doktora yapmış veya uzmanlığını almış hekim,*

ç) *Biyomedikal alanında çalışan bir mühendis veya uzman; bulunmaması halinde, tercihen tıp fakültesi mezunu bir biyofizikçi veya fizyolog,*

d) *Varsa, tıp etiği (deontoloji) alanında doktora, uzmanlık veya yüksek lisansını tamamlamış kişi,*

e) *Hukukçu,*

f) *Sağlık meslek mensubu olmayan kişi.*

Yönetmelikte benzer ilkeler İlaç Klinik Araştırmaları Etik Kurulu, Biyoyararlanım-Biyoeşdeğerlik Araştırmaları Etik Kurulu ve İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik bakımından bir kez daha tekrarlanmıştır.

<sup>24</sup> 19 Ağustos 2011, 28030 sayılı Resmi Gazete.

**Sağlık mensubu olmayan üyenin görevi ‘Bilgilendirilmiş Gönüllü Onam Formu’ adı verilen ve klinik araştırma esnasında gönüllüye ne yapılacağının açık ve anlaşılır bir şekilde yazıldığı formu incelemektir. Bu formun sağlık mensubu olmayan bir kişi tarafından incelenmesinin amacı ise, gönüllünün anlayamayacağı bir bilgilendirme formu yerine, eğitim seviyesi ne olursa olsun herkesin rahatça anlayabileceği bir bilgilendirme formunun hazırlanmasını sağlamaktır.**

Yönetmeliğe göre diğer Etik Kurul üyeleri, etik kurullardan yalnızca birinde görev alabilirken sadece tıp etiği alanında doktora, uzmanlık veya yüksek lisansını tamamlamış kişiler bu kurulların birden fazlasında görev yapabilmektedir.

Etik Kurul üyelerinin en az üçünün etik kurul sekreteryasının bulunduğu kurumun dışından olacağı şartı ile kuruluş içinde birbirini destekleme ve arkadaşlık, meslektaşlık bağlantısının kararları etkilemesi olasılığının önüne geçilmesi amacını güttüğü söylenebilir. Böylelikle etik duruşun bozulmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır<sup>25</sup>.

**Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu**, etik kurul kararlarına yapılacak itirazları ve etik kurullarla ilgili şikayetleri değerlendirerek Bakanlığa görüş bildirmek üzere tasarlanmıştır.

Yönetmelik klinik araştırmalar üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri, üniversitelere bağlı onaylanmış araştırma-geliştirme merkezleri, Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi ve Bakanlık eğitim ve araştırma hastanelerinde yapılabilmesini öngörmektedir. Ancak, “gerektiğinde bu merkezlerin koordinatörlüğünde olması kaydıyla, istenen şartlara sahip diğer sağlık kurum ve kuruluşlarında da araştırma yapılabilecektir” ibaresi dikkat çekicidir. Önceki Yönetmelik bu noktada da eleştiriliyordu. Her türlü özel hastanede klinik araştırma yapılabilmesinin önü açılmıştı. Bu durum da klinik araştırmalara katılacak gönüllü denekler açısından araştırmanın piyasalaşması ve ticarileşmesi riskini getireceği için eleştirilmışti.

Klinik araştırmaların yoğun olarak yapıldığı merkezlerde İlaç Klinik araştırmaları Etik Kurulu, Biyoyararlanım-Biyoeşdeğerlik Araştırmaları Etik Kurulu ve İlaç Dışı Klinik Araştırmalar Etik Kurullu şeklinde ayrıştırılmış etik kurullar da oluşturulabilecektir. İnsana doğrudan müdahalenin yapılmadığı girişimsel olmayan çalışmaların, yeni yönetmeliğin kapsamı dışına alındığı, bu tür çalışmalar için ilgili kurumların ‘**Girişimsel Olmayan Klinik Araştırmalar Etik Kurulu**’ adı altında ayrı bir etik kurul kurabilmesinin sağlandığı ve bu sayede klinik araştırma etik kurullarının yükü ve ilgilenecekleri konuların çeşitliliğinin azaltıldığı görölmektedir.

Yönetmelik ile araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması zorunlu tutularak Kanun ve Yönetmeliğe aykırı yapıla-

<sup>25</sup> Sur H./Taçalan F., Klinik Araştırmalarla İlgili Etik Kurulların Sıkıntıları, SD (Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Şubat, 2012-2013, S. 25, s. 64-65.

cak bir klinik araştırmada, sorumlulara 1-3 yıl arası hapis cezası verilmesi yanında, kişilere verilecek zararın derecesine göre kasten yaralama veya öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir.

**Yönetmeliğe göre etik kurul onayı almıyan hiçbir araştırma insanlar üzerinde yapılamaz.** Bazı klinik araştırmaların ise etik kurul onayı olsa bile Bakanlık izni olmadan yapılması mümkün değildir. Örneğin; ilaç araştırmalarının tümü, yeni bir ameliyat yöntemi ve genetik tedavi yöntemleri gibi araştırmalar için etik kurul onayı ile birlikte Sağlık Bakanlığının izni de şart koşulmakta ve her iki şartın bir arada yerine getirilmesi gerekmektedir.

Yine yeni yönetmeliğe göre gönüllünün, kendi sağlığı ve araştırmanın gidişatı hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi ve bu amaçla irtibat kurabilmesi için araştırma ekibinden en az bir kişinin görevlendirilmesi gerekiyor. nceki düzenlemede olmayan bu değişiklik yerindedir. Bunun için araştırma ekibinden bir kişinin 24 saat ulaşılabilecek telefonunun gönüllüye verilmesi ve gönüllünün istediği zaman bu kişiye arayarak araştırmayla ilgili merak ettiği her şeyi sorabilmesi amaçlanmaktadır.

Ayrıca klinik araştırmanın her aşamasında ve hatta araştırma bittiğinde, gönüllünün kimliğini belirtecek en küçük bir bilginin bile yayınlanması yasaklanmakta, sadece bilimsel verilerin sonuçlarının yayınlanmasına izin verilmektedir.

Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek olası bir zarara karşı güvence altına alınması amacıyla, bu Yönetmelik kapsamındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için sigorta yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Ancak tüm gözlemsel çalışmalar ve girişimsel olmayan tüm klinik araştırmalar sigorta kapsamı dışında sayılmaktadır.

Yine düzenlemeye göre, çocuklar, gebeler, loğusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar (askerler de dahil) zerinde araştırma yapılamıyor. Ancak ocuklarda, gebelik, lohusalık ve emzirme dönemlerinde ve kısıtlılık durumunda bir istisna da yer alıyor. şöyle ki, bu gruba giren gönüllülerin araştırmadan doğrudan fayda sağlanacağı umuluyor ve araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşımıyor ise, usulüne uygun bir şekilde alınmış bilgilendirilmif gönüllü olur formu ile birlikte ilgili etik kurulun onayı ve Bakanlık izni alınmak suretiyle araştırmaya izin verilebiliyor.

Yönetmeliğin 11. maddesine göre, Etik Kurula başvuru yapan destekleyicinin kurul kararına şikayet veya itiraz yolu açıktır. Bu şikâyet veya itirazlar İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'ne yapılır ve Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu'nda değerlendirilir.

Araştırmanın destekleyicisi ile ilişkisi olan veya incelenen araştırmada görevi bulunan etik kurul yesi/yeleri, bu araştırmanın etik kuruldaki tartışmalarına ve oylamasına katılamaz, kurul kararını imzalayamaz.

Etik kurul üyeleri üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir.

Etik kurul üyelerinin görev süresi iki yıldır. Üyeliği süresince mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği kendiliğinden düşer. Görev süresi dolan üyeler tekrar seçilebilir. Görev süresi dolan veya üyeliği düşen üye/üyeler eğer sağlık meslek mensubu olmayan üye veya hukukçu üyeden biri ise bunun yerine aynı niteliklere sahip bir üye seçilir. Bunların dışındaki üyelerden herhangi birinin üyeliğinin düşmesi durumunda yerine doktora veya tıpta uzmanlık unvanına sahip bir üye seçilir.

Etik kurullar ihtiyaç durumunda konu ile ilgili daldan veya yan daldan uzman kişilerin yazılı görüşünü alır ve bu kişileri danışman olarak toplantıya davet edebilir.

Yönetmeliğin 12. maddesi ise Etik Kurulun, onay verdiği herhangi bir klinik araştırmayı, önceden haber vererek veya haber vermeden izleyebileceğini düzenlemiştir. Hükme göre ayrıca Bakanlık da etik kuruldan bir klinik araştırmayı izlemesini isteyebilir. Bu durumda Etik Kurul, izleme raporunu değerlendirilmek üzere ilgili genel müdürlüğe en geç on gün içerisinde gönderecektir.

Tüm bu açıklamalarla birlikte yönetmeliğe göre etik kurullarda deontolog üyelerin zorunlu olmaması dikkat çekicidir. Biraz önce belirttiğimiz gibi deontolog üyelerin birden fazla etik kurullarda görev alabilmesi imkanı da getirilmiştir; ancak zorunlu tutulmamıştır. Şüphesiz yönetmeliğin bu şekilde düzenlenmesinde Türkiye'deki deontolog sayısının azlığının etkisi büyüktür. Zaten ileri sürülen gerekçe de budur. Buna karşın deontolog sayısının yeterli olduğu şehirler bakımından özel bir geçici düzenleme yapılabilirdi. Benzer şekilde deontolog sayısının yeterli olduğu merkezlerde yer alan etik kurullara (içinde deontolog üyenin bulunduğu) etik ikilem olan konulara ilişkin dosyaların gönderilmesi veya yazılı görüş alınması gibi bir orta çözüm yolu getirilebilirdi.

Yeni yönetmeliğin yayınlandığı 2011 yılından günümüze uygulamaya bakıldığında: getirilen teorik düzenleme etik kurullar ve işleyişleri bakımından uygulamadaki sorunları tümüyle ortadan kaldırmadığı gibi farklı yönden sıkıntıları da beraberinde getirdiği söylenebilir<sup>26</sup>.

## SONUÇ

**Klinik araştırmalar, yeni bir tıbbi yöntemin hekim tarafından ilaçlarla, tıbbi cihazlarla veya bunlar olmaksızın insan üzerinde denenmesini gerektiren, henüz standart hale gelmemiş tıbbi uygulamalar ve bu uygulamalara yönelik araştırmalardır.** Bu araştırmaların yasal, etik ve tıp açısından uygun olduğuna karar verecek olan kurullar, etik kurullardır. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetme-

<sup>26</sup> Geniş bilgi için bkz: Sur/Taçalan, agm.



lik ile düzenlenen etik kurulların uygulamada işlevini gereği gibi yapabilmesi bu kurullarda yer alan üyelerin etik ilkeleri bireysel olarak içselleştirmiş olmalarıyla doğru orantılıdır. Bununla birlikte bu kurulların görev kapsamında dosyaları ince-ler ve değerlendirirken bir çok sorunla karşılaşmakta oldukları bilinmektedir. Sağ-lık Bakanlığı tarafından etik kurul üyelerinden uygulama sorunları hakkında belli aralıklarla rapor talep edilmesi ve bu sorunları çözmeye yönelik somut adımların atılması zorunluluğu vardır.

## YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI

(E.2008/1-286, K. 2009/147, T. 02.06.2009)

Doğan SOYASLAN\*

### OLAY

Sanık H.S. tabanca ile ateş ederek maktulü karın üst kısmından giren kurşunlar ile iç organları ve yedi yerinden ince bağırsaklarından yaralamış, bağırsakların bir yerinde kopma olmuş, acil ameliyata alınmış, 7 ünite kan verilmiş, 10.09.1999 tarihinde şifa bulduğu gerekçesiyle taburcu edilmiş, olay nedeniyle 25.10.1999 tarihinde duruşmaya gelmiş, rahat bir şekilde ifade vermiş, rahatsız olması nedeniyle 02.11.1999 tarihinde yoğun bakıma alınmış, 06.11.1999 tarihinde vefat etmiştir.

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 26.07.2000 tarih ve 1169 sayılı raporunda "öldürme kasdı ile ika edilen eylemin direk sonucunda kişinin ölmediği tedavi ve ameliyat sonucu kurtarıldığı" ancak ölümün ameliyat dolayısıyla verilen hepatit virüslü kan nedeniyle meydana geldiği, bu durumun failin iradesi haricinde eklenen sebep nedeniyle ölümü oluşturacağı kanaatini ifade etmiştir.

### MAHKEME KARARLARI

#### *a) Ağır Ceza Mahkemesi Kararı*

T.1. Ağır Ceza Mahkemesi sanığı 765 Sayılı TCK. 451 ve 59. maddeleri uyarınca 16 yıl 8 ay ağır hapis cezasına mahkûm etmiştir. (27.11.2000 gün ve 233-302 sayı). Söz konusu hüküm Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nce onanarak kesinleşmiştir. (26.09.2001, 2526-3374)

#### *b) Uyarılama Yargılaması*

5237 Sayılı TCK yürürlüğe girmesinden sonra T. 1 Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapılan uyarılama yargılaması sonunda hükümlü H'nin eyleminin yeni kanunun 7/2 ile 23. maddesi aracılığı ile 81. maddesinde yaptırımılandırıldığı, suçta konu olayda kasıtlı hareket edildiği, taksirin söz konusu olamayacağı, eylemin kalkışma

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

aşamasında kaldığı, sonradan ölümü meydana getiren sebepte hükümlünün kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle önceki kararının adam öldürmeye teşebbüs bölümünü değiştirerek hükümlü H'yi, yeni kanuna göre öldürmeye teşebbüsten 81, 35, 62. maddeler uyarınca 12 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm etmiştir.

### ***c) 1. Ceza Dairesinin Kararı***

Katılan vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 1. Ceza Dairesi 25.08.1999 günü meydana gelen olayda hükümlü H'nin mağdura karşı öldürme kastıyla ateş ettiği, mağdurun ince bağırsağında 7 yerde perforasyon ve bir yerde kopma meydana geldiği, acilen ameliyata alındığı, 7 ünite kan verildiği, durumunun düzelmesi üzerine 10.09.1999 günü taburcu edildiği, 26.10.1999 günü Akut Hepatit tanısı ile hastaneye yatırıldığı, 06.11.1999 günü öldüğü, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun verdiği raporda ateşli silah yarasının tek başına ölümü meydana getirecek düzeyde olduğu, ancak gerekli cerrahi onarımın gerçekleştirildiği, tedavi sırasında Hepatit virüslü kan verildiği, mağdurun ölümünün Akut Hepatit'ten ileri geldiği, ateşli silah yaralaması ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, Hepatit virüslü kan verilmesinin failin iradesinden bağımsız eklenen sebep olduğu, 765 Sayılı Kanun'un 451. maddesinin 5237 Sayılı Kanun'da doğrudan karşılığının bulunmadığı, ancak sanığın mağduru öldürme kastıyla hareket ettiği, hareket ile netice arasında nedensel bağ olduğu, olayın kasden adam öldürme suçunu oluşturacağı, 81. madde uyarınca verilecek cezanın 765 Sayılı Kanun uyarınca verilmiş olan cezadan az olamayacağı gerekçesiyle uyarılama isteminin reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hükümü bozmuştur. (1.CD. 13.3.2007-2006/1802 E, 2007/1384 K.)

### ***d) Ağır Ceza Mahkemesinin Direnme Kararı***

Ölüm neticesinin hükümlü H'nin doğrudan failinin sonucu olmadığı, bunu onama kararında 1. Ceza Dairesi'nin de kabul ettiği, ölümün failin iradesinden bağımsız eklenen sebep nedeniyle meydana geldiği, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin bozma kararına uyulması durumunda neticeye yönelik illi değer taşıyan hareketlerin başka hareketlerle birleşmesi halinde birinci hareketin failinin sorumlu tutulmasının adil olmayacağı, eklenen sebebin neticeye etkisinin olmayacağını kabul edileceği, olayda mağdura hepatitli kan verilmesinde hükümlü H'nin taksirinin bulunmadığı, eklenen sebebin failin tabii sonucu olması halinde (zatürre gelişmesi, kan kaybı ameliyatın geç yapılması gibi) ilk hareketi yapan hükümlünün olaydan sorumlu olacağı, eklenen sebep olayın tabii sonucu değilse, neticeden sorumlu tutulamayacağı, böyle bir sorumluluğun kusursuz yargılama olmaz ilkesine aykırı olacağı, hükümlünün TCK 81 ve 35. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gerekçesiyle kararında ısrar etmiştir.

### **e) Genel Kurul Kararı**

Direnme hükmü Yerel Savcılık tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemi ile Yargıtay Birinci Başkanlığı'ndan Yargıtay Genel Kurulu önüne gelmiştir.

Genel kurul olayda çözülmesi gereken sorunun öldürmeye teşebbüs mü yoksa öldürme mi, olduğu, 451. madde benzeri bir hükmün yeni kanunda yer almadığı, hükümlünün sorumlu olması için hareketin neticeyi doğurması, eklenen sebebin fiilin olağan sonucu olmaması gerektiğine işaret ettikten sonra;

Sanığın maktule ateş ederek karın bölgesinden yaraladığı, maktulün ameliyat edilerek kurtarıldığı, ameliyat dolayısıyla verilen kanda hepatit virüsünün bulunması nedeniyle ölümün akut hepatit sonucunda meydana geldiğinden kuşkunun bulunmadığı, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 26.07.2000 tarihli raporunda yaralamanın tek başına ölümü meydana getirilebilecek nitelikte olduğu, cerrahi müdahale anında mağdura hepatit virüslü kan verildiği, ölümün Akut Hepatit'ten ileri geldiği, yaralama ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu, hepatit virüslü kan verilmesinin failin iradesi dışında eklenen sebep olduğu, netice olarak failin öldürme kastı ile hareket ettiği, Adli Tıp Raporu'nda da belirtildiği gibi failin fiiline bağlı olarak ölümün gerçekleştiği, ölümün failin eyleminin doğal sonucu olduğu, sanığın eylemi ile netice arasında nedensel bağın kesilmediği, bu nedenle sanığın fiilinin kasten adam öldürme olduğu,

“Yerel Mahkemece yapılan uyarılama yargılamasında, dosya kapsamına girmeyen gerekçelerle, sanığın öldürme suçu yerine, adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi ve hatalı olarak belirlenen suç niteliği nazara alınarak lehe yasanın saptanması, yasaya aykırıdır” kanaatine vararak T. 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.12.2007 gün ve 167-329 sayılı direnme hükmünü bozmuştur.

### **Tartışılması Gereken Kararlar**

1- T. 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.11.2000 gün ve 233-302 Sayılı Kararı; Buna göre olayda failin iradesinden bağımsız nedenlerle eklenen sebep vardır. TCK. 451. maddesi uygulanmalıdır.

2- 5237 Sayılı TCK. nın yürürlüğe girmesinden sonra T.1. Ağır Ceza Mahkemesine göre olayda sadece adam öldürmeye teşebbüs vardır.

3- Yargıtay 1. Ceza Dairesine göre yeni kanunda 451. maddenin karşılığı bulunmasa bile olayın öldürme olduğu, adam öldürmeye teşebbüs olsa bile yeni kanuna göre verilecek ceza daha az olmayacağından lehe yasa söz konusu olmayacaktır.

4- 1. Ağır Ceza Mahkemesi olayda adam öldürmeye teşebbüs olduğu gerekçeyle kararında direnmiş, Ceza Genel Kurulu olayda adam öldürme suçu gerçekleştiği kanaatiyle kararı bozmuştur.

### 1- T. 1 Ağır Ceza Mahkemesi Kararı

Sanık H. Öldürme kasdıyla mağduru karın üst bölgesinden yaralamış, mağdurda vena mazenterika inferior yırtığı, 7 yerden ince bağırsak parçalanması meydana gelmiş, tedavi amaçlı cerrahi müdahale dolayısıyla hepatit virüslü kan verilmesine bağlı olarak hasta olmuş ve ölüm gerçekleşmiştir.

Mahkemeye göre H. Mağduru öldürmek amacıyla ateş etmiştir. Gerçekten failin hedefi, kullandığı araç, yaralama derecesi gözönüne alındığında öldürmek amacıyla ateş ettiği anlaşılmaktadır.

Adli Tıp Raporu ve Mahkeme'ye göre yaralama tek başına ölüme sebep olabilecek nitelikte olup, mağdur cerrahi müdahaleden sonra tedavi olarak ayağa kalkmış, ancak ameliyat dolayısıyla hepatit virüslü kan verilmesi sonucu dokuz ay sonra akut hepatit nedeniyle ölmüştür.

Mahkeme failin öldürme kasdı ile mağduru yaralaması ve daha sonra hepatit virüsü alan mağdurun ölmesini, failin iradesinden bağımsız nedenlerin eklenmesi sonucu ölümün gerçekleşmesi olarak kabul etmiş ve faili 765 Sayılı Kanun'un 451. maddesi uyarınca cezalandırmıştır.

Mahkeme eklenen sebep ile cezalandırmadan önce Adli Tıp Raporu ile yetinmemeli, bilirkişi aracılığı ile olayda gerçekten eklenen sebep olup olmadığını bir kez daha araştırmalı ve rapora göre karar vermeliydi. Çünkü eklenen sebepten söz etmek için yaralama durumu ile hepatit virüslü kanın birlikte ölüm neticesini doğurması gerekir. Başka bir ifade ile iki olgunun birleşerek ölüme sebebiyet vermesi gerekir. Somut olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Yaralama olgusu ile hepatit virüslü mikrobun birleşmesi söz konusu değildir. En azından bu durumun net bir şekilde aydınlatılması gerekirdi.

Mahkemenin araştırması gereken hususlardan birisi de yara olgusundan bağımsız olarak hepatit virüsünün tek başına ölümü meydana getirip getiremeyeceğidir. Mahkeme bu konuyu araştırmamıştır.

Yaralama olgusu ile hepatit virüsünün birleşmesi sonucu ölüm gerçekleşmemiş ise fail H. adam öldürmeye teşebbüsten, doktor ve diğer görevliler taksirle insan öldürme veya görevi ihmal nedeniyle cezalandırılacaklardır. Çünkü silahla öldürmek amacıyla ateş etmek ölümü meydana getirememiş, Hepatit virüslü kanın verilmesi ölümü doğuran yeni bir hareket teşkil edecektir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi eklenen sebeple öldürmeye ilişkin mahkûmiyet kararını onaylamıştır.

Aslında 765 Sayılı TCK 451. maddesi iki farklı failin birbirlerinden bağımsız olarak iştirak iradesi olmaksızın yaptıkları hareketlerin neticelerinin birleşmesi sonucu meydana gelen olayı cezalandırmakta idi. Bunun anlamı kişilerin başkalarının

yaptığı fiilden de sorumlu olmalarıydı. Bu durum Anayasanın 38. maddesinde ifadesini bulan suç ve cezaların şahsiliği ilkelerine aykırı idi. Yeni kanun bu durumu ortadan kaldırmıştır.

### **2) T. 1 Ağır Ceza Mahkemesi'nin Uyarlama Kararı**

5237 Sayılı TCK. 451. madde karşılığı bir madde koymamış, böylelikle eklenen sebep ile ölümlerde ilk hareketi yapan failin sorumlu olmasını kabul etmemiştir.

Hal böyle olunca lehe kanun ilkesi gereği mahkemenin uyarlama yargılaması yapması, kaçınılmaz olmuştur. Eski kanunda da öldürmeye teşebbüs düzenlendiğine göre, eklenen sebeple ayrı bir öldürme düzenlenmesinin farklı bir anlamı olmalıydı.

Yeniden yargılama yapan Mahkeme haklı olarak eklenen sebebi gözönüne almamış hükümlüye 12 yıl 6 ay hapis cezası vermiştir. Hükümlünün cezasını 4 yıl 2 ay indirmiştir.

Kanaatimizce mahkemenin kararı isabetlidir.

### **3) 1. Ceza Dairesinin kararı**

Yargıtay 1. Ceza Dairesi Adli Tıp Raporu'nda yer alan sanığın fiilin tek başına ölümü meydana getirilebilecek nitelikte olduğu ifadesine dayanarak olayın adam öldürme olduğunu, teşebbüs olsa bile yeni kanuna göre verilecek cezanın eski kanuna göre verilecek cezadan az olamayacağını, bu nedenle uyarlama isteminin reddedilmesi gerektiği gerekçesiyle T. 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

Adli Tıp Kurumu Raporu'nda failin fiilinin tek başına ölüm neticesini doğurabilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Ancak ölüm sebebinin cerrahi müdahale yapıldığında hepatit virüslü kan verilmesine bağlı Akut Hepatit ve eklenen sebebin olduğu da ifade edilmiştir.

Mağdur, artık hastanede tedaviye devam ihtiyacı görülmediği için 10.09.1999 günü taburcu edilmiş, 25.10.1999 tarihinde duruşmada dinlenmiştir. O halde iyileşmiştir. En azından yaralamanın sonucu olarak ölmeyecek kadar iyileşmiştir. Belli ki hepatit virüslü kan ile verilen mikrop zaman içinde güçlenerek mağduru altalamış ve öldürmüştür.

Açıkça görülmektedir ki hepatit virüslü kan verilmesi silah kullanan diğer failin hareketinden bağımsızdır. O halde yeni bir hareket ve nedensel bağ söz konusudur. Farklı failer farklı suçlar işlemişlerdir.

Belirtilen nedenlerle doğru olanı yeni bir bilirkişi tayin ederek kesin ölüm sebebinin belirlemek, hepatit virüslü kanın tek başına somut olayda ölümü meydana getirip getiremeyeceğini ortaya çıkarmaktır.

Burada izah edilemeyen sorunlardan birisi de birinci kararında eklenen sebep ile ölümü kabul eden 1. Ceza Dairesi'nin ikinci kararında eklenen sebep kalktıktan sonra ceza indirimini kabul etmemesi ve aynı cezada ısrar etmesidir.

#### 4) Genel Kurul Kararı

Ceza Genel Kurulu, Adli Tıp Kurumu Raporu'nda ölüm ile ateşli silah yaralaması arasında nedensel bağ bulunduğu, hepatit virüslü kan verilmesinin eklenen sebep teşkil edeceği, yaralamadan sonra hepatit virüslü kan verilmesi ve arkadan ölümün meydana gelmesinin yaralamanın doğal, olası sonucu olduğu yaralama ile ölüm arasında nedensel bağın kesilmediği, bu nedenlerle hükümlünün fiilinin adam öldürmeye teşebbüs olmayıp doğrudan öldürme olduğu, lehe yasa saptamasının hukuka aykırı olması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Ceza Genel Kurulu'nun kararını da isabetli olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü hepatit virüslü kanın verilmesi dolayısıyla akut hepatit nedeniyle ölümü gözönüne almamış, ölüm ile hükümlü H'nin fiili arasında doğrudan nedensel bağ kurmuştur.

Hepatit virüslü kan verilmesine bağlı ölümü, yaralamanın doğal sonucu saymıştır. Bu görüşü paylaşmak mümkün değildir. Çünkü günlük hayat tecrübelerine göre ameliyatlarda hepatitli kan verilmesi sıkça yaşanan, olağan sayılabilecek bir olay değildir. Tamamen istisnaen yaşanan bir olaydır. O halde yaralama ile ölüm neticesi arasında doğrudan nedensel bağ kurmak isabetli olamaz.

Hepatit virüslü kan verilmesi ve ölümün Akut Hepatit'ten meydana gelmesi yeni bir nedensel bağ oluşturmaktadır.

Kanaatimizce hükümlü H. Adam öldürmeye teşebbüsten yeni kanun hükümleri uyarınca, virüslü kan veren hastane görevlileri ya taksirle öldürme veya görevi ihmalden cezalandırılmalıdır.

Bu nedenlerle T. 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin uyarılama kararı isabetlidir.

# İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNDA YAPILAN DEĐİŐIKLİKLER

*(Changes Affected in the Crime “Bid rigging”)*

Doğan SOYASLAN\*

Kamuoyunda 4. paket olarak bilinen İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarısıyla TCK 235. maddesi de değiştirilmiştir.

Görünüşte değişiklik önemsiz gibi gözükse de aslında çok önemlidir. Madde metinde açıkça yer almasa da gerekçe ile de maddenin daha doğru uygulanması yönünde telkinde bulunulmuştur.

## *a) İhaleye Fesat Kariőtirma*

“Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat kariőtiran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (md. 235/1)

## *b) Edimin İfasına Fesat Kariőtirma*

“Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunları iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karői taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat kariőtiran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (md. 236/1)

Bu iki hüküm birbirini tamamlayan hükümlerdir. İhaleye fesat kariőtirma suçu ihalenin rekabet içinde yapılarak kaliteli mal ve hizmetin kamu kurumları tarafından en uygun, ucuz fiyata alınmasına ilişkin kamu menfaatini korumaktadır.

Edimin ifasına fesat kariőtirma da rekabet şartları içinde yapılmış ihalenin sonucu imzalanmış olan sözleşmenin gereği olarak devlet için en kaliteli en ucuza mal olacak edimi, yükümlülüğü, kamunun menfaatini korumaktadır.

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



Ancak ikisi de aynı menfaati, korumalarına rağmen hatta belki edimin ifasına fesat karıştırılmasında devlete verilen zarar, ihaleye fesat karıştırılmasından daha ağır olmasına rağmen iki suçun cezaları arasında önemli fark bulunmaktaydı. **Yeni düzenleme iki hüküm arasındaki ceza farkını kaldırmış ve her iki suçun temel şeklinin cezasını eşit hale getirmiştir.**

**İhaleye fesat karıştırılması halinde de failin cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis olacaktır.**

**İhaleye fesat ne zaman karıştırılmış sayılacaktır?**

**a) Hileli Davranışlarla;**

1. İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak,

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

**3. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun;**

a) **“Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi halinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasden yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.”**

Cebir, şiddet, tehdit kullanarak başkalarını ihaleye sokmamak ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Mesela rakip şirketin temsilcisini ölümle tehdit ederek ihale dosyasını idareye vermesini engellemek veya verilen dosyayı geri almaya mecbur etmek halinde olduğu gibi.

Bu durumda verilecek cezanın alt sınırı beş yıldan az, üst sınır yedi yıldan fazla olmayacaktır.

Kanunun cebir şiddeti, tehdidi ağırlatıcı sebep saymasının nedeni, fiilin ihaleye sokmamanın yanında kişinin girişim özgürlüğünü de sınırlamasıdır.

Eğer cebir, şiddet kullanma sonucu yaralamanın temel şeklinden (md. 86/1) daha ağır olan nitelikli halleri (md. 87) (çehrede sabit eser, kol kırılması, hayati tehlike doğması gibi) gerçekleşir ise faile ayrıca yaralamadan dolayı da ceza verilecektir.

Keza tehdit nitelikli (md. 106/2) halleriyle gerçekleştirilir ise (silahla, birden fazla kişi tarafından, örgüt adına) faile hem ihaleye fesat karıştırmaktan ve hem de tehdit suçundan ceza verilecektir.

**b)** “İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluş açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen haller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

İhaleye Fesat karıştırma sonucu kamu zararının olmaması hafifletici sebep sayılmıştır. Bunun anlamı ihaleye fesat karıştırma suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi için kamunun zarar görmesinin gerekli olmasıdır.

Başka bir ifadeyle ihaleye fesat da karıştırılmış olsa kamu zararı yoksa ihaleye fesat karıştırma suçu da yok olacaktır.

Değişiklikten önceki düzenlemeye göre rekabetin gerçekleşmemesi zarar görme tehlikesi doğması veya zarar görmesi halinde ihaleye fesat karıştırma suçu gerçekleşmekteydi. Kamunun zarar görmesi ağırlatıcı sebepti. Kamu zararı ağırlatıcı sebep olmaktan çıkarılmıştır.

Kamu zararı 5018 Sayılı Kanunun 71/1-2,d maddesinde tarif edilmiştir. Söz konusu maddeye göre yaklaşık maliyetin üstünde alımlar ile yaklaşık bedelin altında satımlar kamu zararını oluşturur. Ancak bu tarif ihale suçlarında uygulanamamaktadır. Mesela tehdit ile ihale dosyasını geri alan kişinin verdiği teklif yaklaşık maliyetin ve aynı zamanda rakip firmanın verdiği bedelin altında ise kamu zararının varlığını kabul etmek gerekecektir.

Ayrıca kamu zararının varlığı ancak belirlenememesi halinde maddenin temel şeklinin (md. 235/1) uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Çünkü hüküm ortadan kaldırılmış ancak yerine bir şey konmamıştır.

Önceki madde tehlike suçuydu. Yeni hüküm zarar suçu haline getirmiştir.

Ancak ihaleye fesat karıştırma fiili, cebir, şiddet, tehdit, yaralama ile işlenmiş ise kamu zararı olmasa bile failin cezası beş yıldan az yedi yıldan fazla olamayacaktır.

Kanunun böyle bir istisna getirmesinin nedeni cebir şiddet tehditle kişinin maddi ve manevi özgürlüğünün de sınırlanmasıdır.

4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

5) “Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kuramı veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu ..... kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.”

Maddenin 4. ve 5. fıkralarında değişiklik yapılmamıştır.

**NOT:** Madde metnine konulmamış ama değişiklik gerekçesinde uygulayıcılara yol gösterici telkinde bulunulmuştur. Gerçekten gerekçede TCK 43. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin gözönüne alınarak ihaleye fesat karıştırma suçlarında tüm kamu kurumlarının aynı mağdur sayılmasına işaret edilmektedir. Uygulama, devlet kurumlarını bütçelerinin kaynağına göre (Belediyeler, Üniversiteler, Bakanlıklar) farklı mağdurlar saymakta idi.

**TÜRKİYE’DE CEZA HUKUKUNDA  
AVRUPA HUKUKUNA UYUM ÇALIŞMALARI  
BAĞLAMINDA ÜÇÜNCÜ YARGI PAKETİNİN GENEL  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(Examining the Third Judicial Package within the  
context of harmonization studies of Turkish Criminal  
Law with European Union Law)*

**Yener ÜNVER\***

**ÖZET**

Türk kanunkoyucusu 2001 yılından itibaren hızlanmakla birlikte, esasen onlarca yıldır mevzuatımızı AB Kazanımlarına uygun hale getirmek için ciddi mesai sarf etmiş ve mevzuatta çok sayıda değişikliğe ve iyileştirmelere gitmiştir. Türkiye’nin gerçekleşmesi olanaksız derecede güç görünümüne AB üyelik statüsünden bağımsız olarak, bu alandaki çalışmalar Türk hukukunun gelişimine önemli katkı sağlamıştır. Bu çalışmalar, demokrasi, çağdaş hukuk ve hukuk kültürü açısından çok yararlı olmuştur. Ancak, bu çalışmalar çok sınırlı kişilerce, konunun uzmanlarından yararlanmadan, çok acele biçimde, yeterince ilgili çevrelerce bilimsel açıdan incelenip tartışılmaksızın tepki kanunları biçiminde ve ciddi hatalarla yapılmıştır. Birçok kanun daha yürürlüğe girmeden veya sonrasında, aradan çok kısa süreler geçmesine karşılık, çok sayıda değişikliği tekrar yaşamak zorunda kalmıştır. Bunlar ise, ülkede hukuka duyulan güveni azaltmış, uygulama itibarıyla gizli af etkisi göstermiş ve günü kurtaran kişilere özgü kanun değişiklikleri görüntüsü yaratarak, AB Hukukuna uyum adı altında dahi olsa, kanun ile hukuk farkını ortadan kaldıran, bilimsel konularda bilimin değil siyasi çoğunluğun isteğinin hukuk gibi algılanmasına yol açan ve gerçekte AB Kazanımlarından uzaklaşan bir hukuk kültürünün iyice yerleşmesine neden olmuştur. Kanuni düzenlemeler kadar ve belki de bu geçiş süreçlerinde onlardan daha da önemli olan adli kişi veya makamların hukuk uygulamaları ve hukuk kültürüdür. Bu konuda, son on yıl içindeki bazı kanunu düzenlemelerdeki olumlu gelişmeler bir yana, genelde kanuni düzenlemeler özelde ise yargı uygulamasında ilerleme değil, ciddi geriye gidişin olduğu ve hızla AB Hukuku kazanımlarından uzaklaştığımız gözlemlenmektedir. Bu alandaki başarı, çok zaman

---

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

kaybetsek de, yeniden modern ve bilimsel hukuk kültürü ve yargı uygulamasını tesis etmekle olabilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Üçüncü yargı paketi, Özel yetkili mahkemeler, AB kazanımlarına uyum, Zimmet, Rüşvet, İrtikap, Görevin kötüye kullanılması, Elektronik tebligat, Özel yaşam, Kişilik hakları, karşılıksız yararlanma, Suçu ihbar etmeme.

### *Abstract*

Even tough it seems like Turkish lawmaker speeds up its efforts on harmonizing our legislations into EU law, in fact, it has been actually for decades that it has done a lot of changes in regulations.

Apart from the Turkey's EU membership status which seems quite impossible, this studying on this field contributes Turkish law system and also helps on improvement of democracy, modern law and legal culture. However, due to preparing this studying impetuously and without referring to any expert opinion, lots of changes has to be done in codes before it went into effect. Thus, it reduces confidence to legal system. Also in practice, it creates a view that shows law has made for certain people, so even tough it has done under harmonization of EU law, it removes the difference between "law" and "code". Therefore, in reality, it creates a legal culture that is isolated from EU law and it causes a sensation that law is based on only the desire of the political majority, rather than scientific opinions.

As important as regulations and maybe more important thing is legal practice and legal culture of judicial authority. Apart from few regulations than have positive improvement, it has seen that there is an isolation from EU law, especially in legal practice.

Therefore, to become successful on this field, it is only possible by constituting a modern and scientific legal culture and practice.

**Keywords:** Third judicial package, The courts that have original jurisdiction, Harmonization of EU law, Embezzlement, Bribery, abuse of authority, Electronic notice, Privacy, personal rights, Gratuitous benefit, Not reporting a crime.

## **I - GİRİŞ**

Türkiye daha önceki yıllardan beridir mevzuatını AB Kazanımlarına uygun hale getirmeye çalışmakta idi ise de, bu çalışmalar özellikle 2001 yılından itibaren hız kazanmış ve paketler halinde mevzuatın çeşitli alanlarında önemli kanun değişikliklerine gidilmiş veya yeni kanunlar yürürlüğe sokulmuştur.

Bu sunumumun konusunu, uygulama ve kamuoyunda **Üçüncü Yargı Paketi** olarak adlandırılan geniş kapsamlı bir kanun oluşturmaktadır. Bu kanun, 02. 07. 2012 tarih ve 6352 sayılı "*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Ka-*

*nunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*”dur.

Her ne kadar kamuoyunda bu kanunun AB Hukukuna uyum çalışmaları kapsamında yapıldığı belirtilmiş ise de, bu yanıltıcı ve gerçek olmayan bir değerlendirmedir. Türkiye AB müzakerelerine gün aldıktan sonra, bu yöndeki çalışmalarını önce yavaşlatmış ve son zamanlarda ise adeta sonlandırmıştır. Bazı küçük hamleler yapılmakta ise de, bunlar esasa ilişkin olmayan ve küçük değişikliklerdir. Belirtilen kanun açısından, AB Hukuku Kazanımları, yalnızca aşağıdaki değerlendirmelerimizde etkili olabilir.

Gerçekte bu kanunun çıkarılması nedenleri, yargı kurumlarının işleyişindeki ciddi sorunlar ve AB Hukukuna uyum amacıyla 2004 sonrası yürürlüğe sokulan kanuni düzenlemelerdeki önemli hatalardır. Bunların başında, çok sayıdaki gazetecinin tutuklu veya hükümlü olarak cezaevinde bulunması, tutuklamanın yargı uygulamasında bir cezaya dönüştürülmesi, tutuklama nedeni olmadan ve çok uzun süreli tutuklamalar nedeniyle yıllardır yargılamayı bekleyen tutuklu sanıkların sayısının cezaevlerindeki kişilerin yaklaşık %80’ine kadar ulaşarak cezaevi koşullarını olumsuz etkilemesi, örgütlü suçluluk kavramının çok keyfi ve geniş biçimde uygulanması, suçlamalarda ve ceza muhakemesi önlemlerinde delil ve gerekçe eksikliğinin hak ihlallerine yol açması, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerindeki uygulamaların keyfiliğe kaçması ve kamuoyunda ciddi tepki oluşturması, bu mahkemelerde farklı Hukuk kurallarının uygulanması, bazı yeni düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, yargılamaların **aşırı derecede uzun sürmesi ve bu nedenle hem makul sürede yargılanma hakkının ihlaline hem de davaların zaman aşımına uğramasına neden olunması, özel hukuk alanındaki davaların uzun sürmesi** nedeniyle hak arama özgürlüğünün çok güç kullanılabilir hale gelmesinin yeni bazı kurumların kabulüne zorlaması, Türkiye’nin yasadışı göç alımındaki artış, insan ticareti fiillerindeki artışa bağlı uygulamalar, kamu görevlilerinin yargı organı önüne çıkarılmalarındaki güçlükler, rüşvet suçunun basit türünün 2005 tarihli TCK’nuyla **yürürlükten kaldırılmasının yarattığı sorunlar, adli haberlerde kişisel verilerin ve özel yaşamın sık sık ihlali, kişilerin teknik cihazlarla veya telekomünikasyon** yoluyla iletişimlerinin illegal biçimde izlenip kayda alınarak medyada yayını, adil yargılanmayı etkileyen müdahalelerin sıklığı ve yeni bilişim sisteminin adli mekanizmada uygulanma ihtiyacı ve isteği bu nedenlerden önemlileridir.

Her ne kadar bu düzenlemeler, AB Hukukuna uyum amacıyla 2005 yılından beridir yapılan kanunlardaki AB Hukukuna aykırılıkları gidermek için yapılmış ve olumlu yönleri var ise de, kanunkoyucunun ve yargı organlarının Hukuk uygulamasındaki haksızlıkları gidermek amaçlı bu yeni düzenlemenin bizatihi kendisi de sorunlu hükümler içermektedir.

Aşağıdaki sunumumda, kamuoyu ve siyasi baskılarla gerçekleştirilen bu kanun düzenlemelerden yalnızca ceza hukukuna ilişkin olan önemli düzenlemeler ele alınacaktır.

## II - SUÇLULUK VE ÖZELLİKLE TERÖRLE MÜCADELE KANUNU ALANINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Kamuoyunda ceza muhakemesi önlemleri konusundaki uygulamaları ve normal mahkemelere oranla farklı kanun hükümleri uygulamaları nedeniyle çok eleştirilen, 2005 yılına kadar görev yapan ve AİHM tarafından mahkemenin yapısı ve uyguladıkları normlar AİHS'ne aykırı bulunan Devlet Güvenlik Mahkemeleri yerine kurulan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri bu Kanun'un 75. maddesiyle kaldırılmıştır. Bunun yerine ağırlıklı olarak Terör suçları ile örgütlü suçların yargılamasını yapacak, görev alanı birden fazla ili kapsayacak (Bölge) Ağır Ceza Mahkemeleri kurulması hüküm altına alınmıştır. Buna göre, bu mahkemeler Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilir. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Önemle belirtelim ki, sınırlı hallerde birer özel ceza mahkemesi gibi görev yapan Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır, bu fiiller yeni kurulan bu Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanına girmezler.

Diğer yandan, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturmalar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez. Ayrıca, Türk Ceza Kanununun 302 (Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak), 309 (Anayasayı ihlâl), 311 (Yasama organına karşı suç), 312 (Hükûmete karşı suç), 313 (Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan), 314 (Silâhlı örgüt), 315 (Silâh sağlama ) ve 316 (Suç için anlaşma) maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, **görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.** Bu Kanun'un 75. maddesinde ayrıca ve ayrıntılı olarak bu mahkemelerin hangi suçları yargılayacağı ve bu burada hangi hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı çok ayrıntılı olarak gösterilmiştir.

Ancak, **01. 11. 1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26. maddesi hükmü saklıdır.** Bu değişiklik, 2012 yılında Türk Milli İstihbarat Teşkilatı başkanının terör örgütü PKK temsilcileriyle *Oslo*'da illegal görüşme yaptığı ve başkan ve bu teşkilatın bazı üyelerinin suç işlediği iddiasıyla bir soruşturma başlatılması ve MİT başkanın Özel

Yetkili Mahkeme Başsavcılığı tarafından ifade vermeye çağırılması üzerine, çok acele gerçekleştirilmiş bir değişikliktir. MİT Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle bu gibi kişilerin soruşturulması için Başbakan'dan izin alınması gerekmektedir. Bu Kanun'daki değişiklik o özel kanun değişikliğine paralel getirilmiştir.

Bu mahkemelerin yargılama konusu suçlardaki gözaltı ceza muhakemesi önleimiyle ilgili özel düzenlemeler vardır: Ceza muhakemesi hukukundaki gözaltı süresine ilişkin kural düzenlemeye göre (CMK. m. 90/1), bu süre 24 saat iken, bu süre belirtilen yeni Ağır Ceza Mahkemelerinde yapılacak yargılamalarla ilgili olarak, 48 saat olarak uygulanacaktır. Soruşturmanın amacı **tehlikeye düşebilecek ise** yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle **sadece bir yakınına** bilgi verecektir. **Gözetimdeki şüphelinin müdafii ile görüşme** hakkı, **Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir**; bu zaman zarfında ifade alınamaz.

Kolluk görevlilerinin örgütlü suçluluğa karşı korunması için de bazı önlemlere yer verilmiştir. Buna göre, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.

Bu mahkemelerdeki yargılamada güvenliğin sağlanması bakımından **duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verilebilir**. Mülga CMK'nda da benzeri bir hüküm vardı ve son yıllarda çok sanıklı davalar İstanbul'un Silivri ilçesinde inşa edilen Ceza ve Tevkif Evinde düzenlenen duruşma salonunda görülmektedir.

Bu mahkemelerde açılan davalara adli tatilde de bakılır. Yani, bu davaların konusu adli yargı açısından acil iş sayılmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki **istisnalar uygulanmaz**. Daha önceki düzenlemede, suç örgütleri arasında silahlı-silahsız suç örgütü ayırımı yapılmakta ve şüpheli veya sanıkların telekomünikasyon yoluyla iletişimlerinin izlenip kayda alınması, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı önlemleri bazı suç şüphelisi veya sanıkları hakkında (örgüt türü veya faillik statüsü farklı olduğu için) uygulanamamaktaydı. Bu sorunlu bir düzenlemeydi ve örgütlü suçlulukla mücadelede hukuk kurallarından sapılmaksızın uygulanacak gizli ceza muhakemesi önlemleri açısından bu tür ayırımların yapılmaması gerekirdi. Ortada bir suç örgütü varsa ve ilgili önlemin hukuka uygunluk koşulları mevcut ise, artık her şüpheli veya sanık hakkında bu



önlemlerin uygulanması gerekirdi<sup>1</sup>. 2005 yılında yapılan bu düzenlemelerdeki ciddi hatadan kısmen geri dönülmesi ve haksızlığın kısmen giderilmesi yerinde olmakla birlikte, bunun yalnızca Terörle Mücadele Kanunu'nun uygulanma alanıyla ilgili yapılması hatalı olmuştur. Bu hatanın tüm mevzuattaki örgütlü suçluluk açısından giderilmesi gerekirdi.

Bu Kanun'un 75. maddesinde belirtilen bazı suçlar (Türk Ceza Kanunu'nun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeleri) hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, **Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanacaktır.**

**Önemli ve Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun bulduğumuz bir husus ise, çocukların,** bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamayacağıdır. 2005 yılındaki mevzuat çocukların da, ilgili suçun mahkemenin görev alınana girmek koşuluyla, özel yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanmasını öngörmekteydi. Birkaç yıl sonra, güvenlik kuvvetlerine taşla saldırarak Terör örgütüne destek veren, izinsiz gösteri ve Terör propagandası yapan ve diğer bazı suçları işleyen çocukların bu mahkemelerce yargılanmaması ve Çocuk Mahkemeleri tarafından yargılanması düzenlemesi getirildi. Bu yeni Kanun, bu aradaki kanunun düzenlemesini devam ettirmektedir. Dolayısıyla, bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmayacaktır.

### III - CEZA KANUNU ALANINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Üçüncü yargı paketi kanunuyla (m. 79 vd.) özellikle TCK'nda çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Aşağıda, bunlardan önemlilerine değinilecektir.

Öncelikle, **haberleşmenin gizliliğini ihlal** suçlarının (TCK. m. 132) cezalarında artırılma gidilmiştir. Bunun nedeni, özellikle son yıllarda hem çeşitli davalarındaki sanıklara hem de genel olarak siyasi kimlikli bazı kişilerin haberleşmesine hukuka aykırı müdahalelerin artması, adli makamların bununla ciddi mücadelede bulunmaması, medyanın her organının bu ihlalleri tekrar etmesi ve bu eylemlerin toplumda yarattığı tepkidir.

Bu yargı paketi hazırlanırken, bu suç işlenerek haberleşmenin gizliliğini ihlal eden eylemlerin, herhangi bir medya organında yayımı sonrasında başka kişi veya kuruluşların bu haberleşme içeriklerini tekrar yayınlaması legal hale getirilmesi planlanmıştı. Buradaki amaçlardan birisi, bu hukuka aykırı eylemlerin adli takibini engellemek, siyasi kişilikler üzerinde hukuka aykırı baskı aracı olarak kullanılan bu

<sup>1</sup> Karş. ÜNVER, Yener-**HAKERİ**, Hakan. Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, sh: 470.

yöntemi yasalaştırmak ve diğer yandan da bu surette elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilerek bazı davalarda kullanılması yolunu açmaktı. Ancak, hukukçular ve basının ciddi eleştirel tepkisi üzerine bundan vazgeçilmiştir.

Gerçekte ayırık bir hükme gerek olmadığı halde, haberleşmenin ihlali suçlarını düzenleyen TCK.nun 132/3. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “İfşa edilen bu verilerin *basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükümlenir*”. Dolayısıyla, bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması cezayı ağırlatıcı bir neden sayılmayacağı gibi, bu durum basın ve yayın organları açısından hukuka uygun bir eylem de sayılmayacaktır. Gerçekte bu hükme gerek yoktu. Çünkü, suç teşkil eden eylem, basın ve yayın organları açısından da suçtur: yeter ki, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmasın. Diğer yandan, bu verilerin basın ve yayın organları aracılığıyla yayınlanması, veri içeriğini diğer ifşa biçimlerinden daha çok kişiye ulaştırdığı ve mağduru çok daha fazla zarara uğrattığı için, yeni getirilen düzenlemenin tam aksine, bu bir cezayı ağırlatıcı neden sayılmalıydı.

Özel yaşamın ihlali suçu açısından da, aynı neden ve gerekçelerle, suçun ceza yaptırımını biraz ağırlaştırılmış ve bu ihlalin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde de aynı cezaya hükmedileceği hükmü getirilmiştir. Bu değişiklik açısından da, yukarıda belirtilen eleştiriler geçerlidir.

Yeni değişikliklerdeki ciddi biçimde eleştirilmesi gereken bir suç politikası değişikliği, **elektrik hırsızlığı suçunda** yaşanmıştır. Öncelikle hırsızlık suçunun konusunun elektrik enerjisi olması cezayı ağırlatıcı neden olmaktan çıkarılmıştır (Üçüncü yargı paketi kanunu m. 82; TCK. m. 142/1). Buna karşılık, diğer hırsızlık suçları açısından ise ceza miktarı dikkat çekici biçimde artırılmıştır.

Türk yargı uygulaması, uzun süredir ve özellikle elektrik enerjisi alanındaki özelleştirmelerden sonra, hukuka aykırı bir biçimde, elektrik hırsızlığı suçu oluşturan fiillerin çoğunda suçun varlığını kabulden kaçınmış, kanun metniyle bağdaşmayan yorumlarla, hırsızlığın konusunun miktarının tespit edilebildiği hallerde konuyu bir özel hukuk (tazminat) sorunu, bu miktarın saptanamaması durumlarında ise bunu suç olarak nitelendirmiştir. Ülkenin doğu ve güneydoğu bölgesinde büyük miktarlarda kaçak elektrik kullanımı suretiyle bu suçlar çok işlenmekte, bu elektrik kullanımının faturası ülkenin diğer bölgelerinde yaşayan insanlardan tahsil edilmekte ve elektrik enerjisi hırsızlığı yapan vatandaşların cezaya mahkum edilmemesi için de, kanuna karşı hile yapılarak hatalı kararlar uzun süredir verilmekteydi.

Yargının bu hukuka mutlak aykırı tutumu halen sürmektedir. Özellikle yargı bu surette, önemli bir iş yükünden kendisini kurtarmakta, adaleti gerçekleştirmek yerine dava sayısını suç işlenmesine göz yumarak ve mülkiyet hakkını koruyan hükümlerin geçerliliğini askıya alarak sürdürmektedir. Bu hatalı uygulamalarda, bazen işlenen suçun verdiği maddi zararın miktarı ve fiyatının tespit edilebilirliği, bazen

suç işlenmekle birlikte elektrik sayacına zarar verilmemesi<sup>2</sup>, bazen ise failin işlediği suça konu enerji bedelini ileride ödemek istemesi<sup>3</sup> gibi hukuksal yorum ve mantıkla da suçun kanuni tipiyle de ilgisiz, ancak yargı organlarını birçok davaya bakmaktan kurtaran ve günlük siyasi tutumlarla paralellik arzeden sun'i gerekçelere dayanılarak, suçun oluşmadığı iddia edilmektedir.

Bu hukuk devleti ilkesine aykırı ve Devlet olmanın gerekleriyle çelişir durumla mücadele etmek yerine, hatalı suç politikası ve siyasi amaçlarla, elektrik hırsızlığı suçunun uygulanma alanı oldukça daraltılmış ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gaz hakkında bu suçun işlenebilmesi için, bunların “tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi” koşulu getirilmiştir.

**Bu kanuni düzenlemenin kendisi, suçu ustalıkla ve kurnazca arkasında delil bırakmayarak işleyen eylemini suç saymayıp, diğer işleniş şekillerini cezalandırmak gibi, ne korunan hukuksal değer kuramı<sup>4</sup> ne mülkiyet hakkı ne hukuk devleti ne de mantıkla bağdaşmayan bir tutum izlenmiştir. Birçok alanda olduğu gibi, Devlet burada da, insanlara hak ve adaleti kendisinin gerçekleştirmesini isteyerek, asli alanını terk etmiş, kendi varlık nedeniyle çelişmiştir.**

**2005 tarihli TCK'nda, mülga TCK'ndan (m. 521/a ve 521/b) farklı olarak, 1991-2005 yılları arasında suç olan bazı karşılıksız yararlanma fiillerinin (Örneğin, ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde; ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalmak veya ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmek ya da taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşımak ve ödemedede bulunmamak eylemlerini) suç olarak düzenlenmesi unutuldu.**

Üçüncü yargı paketinde bu eksikliğin giderilmesi ve AB ülkeleri mevzuatıyla paralellik sağlanması beklenirken, bu yapılmamıştır. Bunun yerine, yalnızca bu pakete ilişkin kanununun 84. maddesiyle, otomatlardan ve telefon hatlarından karşılıksız yararlanma eylemlerine (TCK.nun 163) ilişkin sınırlı bir etkin pişmanlık maddesi getirildi.

Üçüncü yargı paketininin 85. maddesiyle, **suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna** ilişkin olarak, hakime/mahkemeye, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen fail ile örgüt içindeki hiyerarşik yapıya **dahil olmamakla birlikte** örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kimsenin cezasının yarısına kadar indiril-

<sup>2</sup> Bu hatalı uygulamalar için bkz. CGK. 10.02.1998., E:1997/6-348, K:1998/22; 10. CD.. 28.11.2005., E:2005/13512, K:2005/17022; 2. CD. 27.06.2007., E:2007/6143, K:2007/9610; . Ceza Dairesi., 27.01.2009, E:2008/18600, K:2009/1870; 6. CD. 15. 11. 2005., E. 2004/17550, K. 2005/15755 ve 6. CD. 11. 04. 2002., E. 4617, K. 4929 ve 11. CD. 27. 01. 2000., E. 8084, K. 164.

<sup>3</sup> CGK. 04.07.2006., E:2006/7-187, K:2006/179.

<sup>4</sup> Bkz. ÜNVER, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, sh: 601 vd.

lebilmesi takdir yetkisi tanınmıştır. Bu ceza indirim olanaklarını neden getirildiği pek anlaşılammaktadır. Esasen cezanın tayin ve tespiti ile ilgili genel bir hüküm (m. 61) de bu işlevi görürken, neden ayrıca bu türde ve oranı da belirtilerek özel bir hüküm konulduğu anlaşılammaktadır. Açıkça bilinmemekle birlikte, Türkiye'deki siyasal karmaşa nedeniyle politik amaçla yapılmış olabilir.

Üçüncü yargı paketi Kanunu'nun 86. maddesi uyarınca, **zorlama yoluyla irtikâp suçu** açısından ilave bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, '*kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir*'. Burada bir cebir karinesi yaratılmıştır. Ancak bu suç tipinin, bu şekilde işlenişi açısından varsayıma dayalı ve mağdurdan kaynaklanan subjektif nedenlere, sanki fail bir zorlamada bulunmuş gibi hukuksal sonuç bağlanmıştır ki, kabul edilemez. Kamu görevlisinin haksız tutum veya davranışları varsa, bu suç ve/veya disiplin suçu teşkil eder. Ancak, kamu görevlisi bir zorlamada bulunmamış ve fakat haksız davranışları mağdur işini haksız yarar sağlamadan yaptıramayacağı şeklinde yorumlamışsa, bunu kanuni cebir karinesi saymak hatalı olmuştur. Kamu görevlisi açıkça böyle bir şeyi istememiş, keyfi davranıyor olabilir. Bunu karşılayan ceza ve diğer hukuk normları vardır. Buna rağmen, mağdurun (aksini ispat zor) algı ve yorumunu failin bir hareketi gibi yorumlayıp irtikâp suçundan cezalandırmak, yerinde bir düzenleme olmayıp, haksızdır.

Yine bu suçun, kamu idaresine karşı bir suç olduğunu unutan Türk kanunkoyucusu, hatalı bir düzenlemeyle, irtikâp konusu menfaatin değerini ve mağdurun ekonomik durumunu dikkate alarak failin cezasının indirilebileceğini yeni bir fıkra düzenlemiştir. Kamu idaresine karşı suçlarda, kişiye karşı suçlardan farklı olarak ve TCK.nun 61. maddesindeki kıstaslardan fazla ve ayrıık olarak, bunu bir ceza indirim nedeni saymanın hukuksal mantık ve gerekçesi bulunmamaktadır; düzenleme hatalıdır. Diğer yandan, bu suçun mağduru kişiler olmayıp, Kamu/Toplumdaki Tüm Bireyler/Devlet'tir. Suçtan zarar gören ile mağduru birbirine karıştıran bu düzenleme kabul edilemez. Madde mevcut haliyle hukuka uygun uygulanırsa, mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurulurken ceza indirimine gitmez, hiçbir şekilde uygulanması mümkün olmayan bir kanun hükmü olarak karşımıza çıkar. Madde değiştirilir ve mağdur kavramı yerine suçtan zarar gören kavramı kullanılırsa, yine hatalı bir düzenleme olacaktır. Çünkü kamuya karşı işlenen suçlarda suçtan zarar gören bireyin uğradığı zarar, bu suç açısından özel bir indirim nedeni olamaz; yalnızca suçun basit hali düzenlenirken korunan birden fazla hukuksal değer birlikte göz önünde tutularak, ceza yaptırımını baştan bu dengeye paralel oluşturulur.

Üçüncü yargı paketi Kanunu'yla (m. 87), yapılan değişikliklerden birisi de **rüşvet suçu** alanında olmuştur. TCK 2005 yılında yürürlüğe girdiğinde, hukuka aykırı ve hatalı bir suç politikası uyarınca basit rüşvet suçu suç olmaktan çıkarılmış

ve yalnızca nitelikli rüşvet suçu (görevin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması veya yapılmaması için rüşvet almak) suç olarak düzenlenmişti. Basit rüşvet suçunun yürürlükten kaldırılmasının yaratacağı boşluktan korkularak da, rüşvet ve irtikap suçu karması, garip, uygulanma alanı son derece sorunlu ve son zamanlarda adeta yargı organlarının irtikap suçundan mahkum etmek istemediği hakkında uyguladığı bir hüküm (TCK. m. 257/3) yaratılmıştı. Bu yeni değişiklikle, uygulamada eleştirilen hu hatalı hüküm (TCK. m. 357/3) yürürlükten kaldırılmıştır (Üçüncü yargı paketi Kanunu m. 105/5-b).

Öncelikle hatadan 7 yıl sonra dönülerek, basit rüşvetin tekrar suç olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur. Çünkü, önceki düzenlemede bunun yerine getirilen karma suç (TCK. m. 257/3) hem basit rüşvet alanındaki her eylemi kapsamadığı ve ceza miktarı oldukça hafif olduğu hem de uygulamada suiistimal edilen ve kovuşturulabilmesi için de 4483 sayılı Kanun uyarınca idareden izin alınması gereken bir suçtu.

Yeni düzenlemedeki yeniliklerden birisi, kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilmesinin düzenlenmesidir. Diğer bir yenilik, rüşvete aracılık yapan failer açısından getirilmiştir. Buna göre, rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, **kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın**, müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

***Ciddi biçimde eleştirilebilecek ve AB normlarıyla bağdaşmayan düzenlemeler de yapılmıştır.*** Örneğin yeni düzenlemeye göre, rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan **üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi**, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, *müşterek fail olarak cezalandırılacaktır*. Tüzel kişi yetkilisi açısından getirilen düzenleme yerinde olmakla birlikte, kendisine menfaat sağlanan kişinin müşterek fail sayılması hukuken hatalı bir düzenlemedir ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. Suça iştirak etmeyen ve bazen haberi dahi olmayan, suç işleme iradesi ve kararı gibi bilgisi de olmayan veya bunlar olsa dahi bir eylemde bulunmayan bir kimseyi, üçüncü kişinin eyleminden sorumlu tutmak, objektif ceza sorumluluğu anlamına gelir ve çağdaş hukukta yeri yoktur. Bu hükmün TCK'ndan çıkarılması gerekir.

Yeni ve olumlu karşılanabilecek bir yenilik, uluslar arası rüşvet suçunun uygulanma alanının, oluşturulup kovuşturulması olanaklarının ve suçun işlenme modellerinin genişletilmesidir.

Aynı şekilde, genellikle gizli işlenmesi ve delil toplamanın güç olduğu rüşvet suçları açısından etkin pişmanlık maddesinin uygulanma alanının genişletilmesi de olumlu karşılanmalıdır.

Üçüncü yargı paketi Kanunu'nun 89. maddesiyle yapılan başka bir değişiklikle ise, TCK.nun 255. maddesinde düzenlenen '**kamu görevlisinin nüfuz ticareti**' suçunda yapılan değişikliktir. Bu suçun uygulanma alanı genişletilmiş, yalnızca anlaşmaya varılması bile suçun oluşumu için yeterli kabul edilmiş, rüşvet suçuna benzer şekilde, suç ortakları ile aracılık edenlerin sorumlulukları ayrıca belirtilmiş ve soruşturulup kovuşturulması kolaylaştırılmıştır. Rüşvete benzer yeni bir suç tipi oluşturulduğu için de, ceza yaptırımı ve suçun yurtdışında işlenmesi halinde re'sen kovuşturulmasına yönelik getirilen değişiklikler, yerinde olmuştur.

Üçüncü yargı paketi Kanunu'nun 90. maddesiyle, TCK.nun 277. maddesindeki "**yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu**"nda da bir değişikliğe gidilmiştir. 2005 tarihli düzenlemede, yargı görevini yapan kişileri etkilemeye çalışmak suç iken, yeni düzenlemede bu kişilerden 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 etmek suç haline getirilmiştir. Yeni düzenlemede, failer arasına şüpheli kimse de katılmıştır.

Yeni düzenlemeyi bu belirtilen yönleriyle de, son fıkraya yeni etkilenen 'bu suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde **fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır**' şeklindeki **fikri içtima kurumuna uygun ve olması gereken bir hüküm içermesi nedeniyle de olumlu buluyoruz.**

**Ancak, bu suçun işlenmesi için etkilenmesi gereken kişilerin yargı görevi yapan, bilirkişi ve tanıkla sınırlı düzenlenmesi, bu kişiler arasında tercümanın belirtilmemesi eleştirilmesi gereken bir kanunlaştırma örneğidir.**

2005 tarihli TCK, kamu görevlileri (TCK. m. 279) ile sağlık mensubu kişilere (TCK. m. 280) ilişkin suç tiplerinden farklı olarak, çok geniş ve tartışmalı bir içeriğe sahip bir düzenlemesiyle (TCK. m. 278), herkes için suçu ihbar etmeme suçunu düzenlemektedir.

Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun bu 278. maddesini (**suçu ihbar etmemek suçu**), bu maddede suç işleyen yakın akrabaların da ihbar edilmesi zorunluluğunun düzenlenmesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu hüküm *nemo tenatur* ilkesine aykırı olup, kanunkoyucu hiç kimseye kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz<sup>5</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra, üçüncü yargı paketinin 91. maddesiyle, TCK.nun 278. maddesi yeniden düzenlenmiştir<sup>6</sup>. Bu düzenlemede, suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durum-

<sup>5</sup> AY. Mah. 30. 06. 2011., E. 2010/52, K. 2011/113. (RG: 15. 10. 2011, Sy: 28085).

<sup>6</sup> Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı öncesinde bu suç tipinin düzenlenişine ilişkin eleştirilerimiz için özellikle bkz. Ayrıca bkz. ÜNVER, Yener. Adliyyeye Karşı Suçlar (TCK. m. 267-298)., 2. Bası, Ankara 2010, sh: 227 – 247.

da bulunan kimse olması halinde, suçun cezasının yarı oranında artırılması kabul edilmiştir.

Ayrıca, yeni düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından bir ders çıkararak, bu suç uyarınca ihbar edilmesi gereken suçu tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerin işlemesi halinde cezaya hükümlenmez<sup>7</sup>. **Ancak, burada polisler ve diğer kamu görevlilerine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur: Bu nedenle, suç önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğu doğabilecektir.**

Türkiye'de çok sık işlenen, faillerinin sıklıkla önemli devlet adamları olduğu ve fakat adli makamların göz ardı ettiği diğer bir suç ise, *soruşturma evresinin gizliliğini ihlal ve adil yargılanmayı etkileme* suçlarıdır. Nadiren ve siyasal açıdan güçsüz veya sıradan kişilerin zaman zaman soruşturulduğu bu eylemler, yargı pratiğinde, adeta bu eylemler TCK'nda suç olarak düzenlenmiş gibi her gün kamuoyunun önünde alenen işlenmekte ve fakat ne adli makamlar ne hukukçular, çeşitli nedenlerle buna ses çıkarmamaktadırlar. Üçüncü yargı paketi Kanunu'nun 92. ve 93. maddeleriyle bu suçlara ilişkin değişiklik yapılmıştır.

Yeni yapılan düzenlemeyle, çağdaş ülkelerdeki gelişimin aksine, *soruşturma evresinin gizliliğini ihlal* suç tipinin<sup>8</sup> işlenebilmesi olasılıkları güçleştirilmiş ve önceki kanun metninde bulunmayan ilave koşullar getirilmiştir. Buna göre, **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.**

Hem bu koşulların getirilmesi, işlenen ve adil yargılanma hakkına zarar veren eylemlerin cezalandırılabilirlik alanını çok daralttığı için hem de (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerden, yalnızca bir tek bentteki olasılığın bulunmasının yeterli sayılmayarak her iki bendin birlikte gerçekleşmesinin koşul olarak aranması hatalı ve hukuka aykırı olmuştur. Diğer yandan, bu eylemlerin basın ve yayın yoluyla işlenmesinin cezayı ağırlatıcı neden olmaktan çıkarılması da aynı derecede hukuka aykırı ve hatalı bir suç politikası eserdir. Bu madde metnine hem gereksiz hem de TCK.nun 26/1. maddesinde hakkın icrasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu unutulmuş bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, "*soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz*". Bir şeyin basın organları tarafından 'haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapıl-

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi'nin kararı sonrasında yapılan kanuni düzenlemedeki iyileştirmeler çok sınırlı da olsa, bu yöndeki eleştirilerimizin Anayasa Mahkemesi ve Kanunkoyucu tarafından dikkate alınması, olumlu bir gelişme olmuştur (Eleştiriler için bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, sh: 233).

<sup>8</sup> Ayrıca bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, sh: 343 vd.

ması' zaten hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni içinde meşru bir eylemdir ve suç oluşturmaz. Suç oluşturmayan bir şeyin ifadesi için, kanun metnine bunun suç oluşturmadığının yazılması hem kanun yapma tekniğine aykırıdır hem de yorum ve algılama hatalarına yol açacak bir düzenleme biçimidir. Bu hükme gerek yoktur ve madde metninden çıkarılmalıdır. Kaldı ki, bu tür bir yayının suç oluşturmaya-çağının sadece bu suça ilişkin maddeye konulması, sanki düzenleme bulunmayan suçlarda aynı sonuca ulaşılamayacak hatalı uygulamasına da yol açacağından, sakıncalıdır; madde metninden çıkarılarak, konu uygulamada TCK.nun 26/1. maddesi kapsamına terk edilmelidir. TCK.nun 285. maddesindeki bu hal, hakkın icrası açısından özel bir koşul da içermediğine göre, genel bir hüküm var iken genel hükmü aynen tekrar eden ve basının haber verme, yorum ve eleştiri hakkının bir hukuka uygunluk nedenini, yani herkesçe bilinen, öğreti ve yargı uygulamasının 90 yıldır kabul ettiği ve kanunda açıkça düzenlenen bir şeyi ifade etmek için bir suça özgü tekrar maddesi konulmamalıdır.

*Adil yargılanmayı etkileme suçu* açısından<sup>9</sup> da, üçüncü yargı paketi Kanun'unun 93. maddesiyle, TCK.nun 288. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Burada, şaşırtıcı biçimde, genel eğilimin aksine hem suç tipinin uygulanma alanında bir daraltmaya gidilmiş hem de cezası hafifletilmiştir. Son zamanlardaki moda Türk tipi kanunlaştırma hareketlerinden birisiyle karşı karşıyayız: mücadele edemediğimiz suç tipi yürürlükten kaldırılmakta veya gerektirdiği ceza yaptırımını varlığı tartışılır biçimde basitleştirilmektedir. Kendisi üzerinden adil yargılanmanın etkilendiği kişiler arasında, önceki metinde 'savcı' da sayılmışken, 'yargı görevi yapan' genel bir ifade kullanılarak belirsizliğe yol açılmıştır. Maddenin uygulanmasında geniş yorumla savcı da bu kavram içinde kabul edilebilir veya dar bir yorumla, avukatlara benzetilerek, bu kavramın dışında tutulabilir. Bu tür bir değişiklik yerinde olmamıştı; eski ifade biçimi daha yerindeydi ve savcının açıkça burada zikredilmesi gerekirdi. Suçun işlenme şeklinin 'sözlü veya yazılı beyan' ile sınırlandırılması yerinde olmamıştır. Somut bir vakada bu yapılmayarak, tanık veya bilirkişi, sadece vücut davranışlarıyla veya silah gösterilerek de korkutulup etkilenebilir. Bunlar sözlü veya yazılı beyan sayılamayacağı için, suç tipinin dışında kalacaktır. Yine, değişiklik öncesine kadar bu fiil 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasını gerektirirken, yeni düzenleme bu suçun varlığını tartışmalı hale getirir biçimde, 50 günden az olmamak üzere adli para cezasıyla sınırlandırmıştır. Oysa, çok önemli hukuksal değerleri koruyan ve hukuk devletinin en önemli gereklerinden adil yargılamayı engelleyen bir eylem, basit bir para cezasıyla geçiştirilmekte ve adeta bireyler önemli vakalarda bu suçu işlemeye teşvik edilmekte, örgütlü suçluluk alanı yaratılmaktadır. Bu düzenlemede başka hatalı iki nokta daha vardır: *bir taraftan* bu suçun işlenebilmesi için soruşturmanın başlatılmış veya davanın görülmesine başlanılmış olması aranmakta, *diğer yandan* ise suç teşkil eden hareketlerin yargılanmanın kesin hükümlerle sonuçlanması

<sup>9</sup> Ayrıca bkz. ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, sh: 373 vd.



öncesine kadar yapılmış olması aranmaktadır. Oysa, bu eylemlerin suç haline getirilmesindeki ihtiyaç, mantık ve amaçlara bakıldığında, soruşturmayı önleyici aynı nitelikli eylemlerin de, kesin hüküm sonrasındaki (örneğin yargılanmanın yenilenmesine elverişli tanık v.s. gibi bir delili karartmaya yönelik) eylemlerin de bu maddeyle cezalandırılması gerekirdi. Bu madde metninin yeniden revize edilmesi ve hem belirtilen hatalı ifade biçimlerini giderilmesi hem de ceza yaptırımının artırılması gerekmektedir.

#### IV - CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ALANINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Üçüncü yargı paketinin 95. maddesiyle, uzun süredir hazırlığı yapılan yargı uygulamasında *e-Devlet uygulaması* alanında değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliklerle CMK'na 38A maddesi eklenmiş ve her türlü ceza muhakemesi işleminde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)'ın kullanılması kabul edilmiştir. Yargı uygulamasındaki her türlü veri, bilgi, belge ve karar, bu sistem aracılığıyla işlenecek, kaydedilecek ve saklanacaktır. Kanuni istisnalar hariç, dosyalar elektronik imza kullanılarak bu ağ sistemi üzerinden incelenebilir ve her tür işlem yapılabilir. Yine, fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez.

İlginç bir düzenleme, elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle **çelişmesi halinde** UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilmesidir. Kanunkoyucu bu düzenlemeyle, fiziki belge ile elektronik belgenin çelişmesi halinde, Devlet tarafından tutulan elektronik kayıtların üstünlüğü ve geçerliliği kabul edilmiştir.

İlke olarak bu tür bilişim sistemine geçiş yerinde ve ekonomik ve işlem hızlılığı açısından çok yararlı olmakla birlikte, bu sistemin güvenliği için alınan önlemler açısından, en azından şimdilik ciddi endişelerimiz vardır. Gerek bazı davalarda bu veriler üzerinde manipülasyonlar yapılması, bu manipülasyonları yargıda görevli kamu görevlilerinin yapması ve bunların bilirkişi raporlarıyla tespiti, gerekse sisteme dışarıdan yapılacak her tür saldırıyı engelleyici yeterli güvenlik önleminin alındığına emin olamayışımız, bizi tereddüde sevk etmektedir. Hem adil bir yargılama için hem bireylerin kişisel verilerinin korunması için, bu verilerin bilişim sistemine işlenmesinden daha önemli ve öncelikli olanı, öncelikle çok güvenli bir sistemin oluşturulmasıdır. Güvenliğini sağlayıcı ve verilerin karartılmasını önleyici bir sistem kurulmadıkça, bu verilerin bilişim sisteminde depolanmaması, fiziki belgeler halinde muhafazası gerekir. Belirtmek istediğimiz şey, bu yenilikten vazgeçme değil, elektronik/bilişim sisteminin güvenliğini azami derecede sağlamaktır.

Yeni düzenlemeye göre, zorunlu nedenlerle fiziki olarak düzenlenmiş belge veya kararlar, yetkili kişilerce taranarak UYAP'a aktarılır ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderilir. Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hallerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim, Cumhuriyet savcısı veya görevlendirilen yetkili kişi tarafından imzalanır ve mühürlenir. Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre **gün sonunda biter**. Yargı birimlerinin ihtiyaç duyduğu nüfus, tapu, adli sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtlar, **zorunlu olmadıkça ayrıca fiziki olarak istenilmez**. UYAP'tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler ayrıca zorunlu olmadıkça fiziki ortamda gönderilmez.

Üçüncü yargı paketinin 96. maddesiyle tutuklama yasağı konusunda yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. 2005 tarihli CMK.nun 100/4. maddesine göre yalnızca adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemezdi. Bu hüküm, bazı suçların kamuoyunu çok meşgul ettiği ve tutuklama yapılamaması nedeniyle sorunlar yaşandığı eleştirileri üzerine kanunun yürürlüğünden çok kısa bir süre sonra aynı yıl (2005) 5353 sayılı Kanun değişikliğinin 11. maddesiyle hapis cezasındaki bu süre sınırı 1 yıl olarak değiştirilmiş ve bir yılın üzerindeki suçlarda tutuklama olanaklı hale getirilmiştir. Ancak hem tutuklamanın Türkiye'de adeta her suçta her davada başvuru, tutukluluk sürelerinin uzun tutulması suretiyle adeta ileride mahkum olunması düşünülen cezanın önceden infazı, delil olmaksızın veya tutuklama nedeni bulunmaksızın tutuklamaya gidilmesi gibi bir uygulamalar olması ve bazen de çok basit suçlardan uzun süre tutukluluğun kamuoyunda çok tepki çekmesi nedeniyle, bu üçüncü yargı paketiyle tekrar Kanunun ilk iptidai şekline geri dönülerek, **sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği** düzenlenmiştir.

Her ne kadar, bir suçun hem adli para cezasını hem de hapis cezasını veya bu iki cezayı seçenekli gerektirmesi durumunda ne yapılacağı kanunda düzenlenmemiş ise de, bu gibi durumlarda da, eğer hapis cezasının miktarı iki yıldan fazla değilse tutuklamaya gidilemeyeceği kabul edilmelidir.

Bu alandaki başka bir değişiklik, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlar konusunda olmuştur. Üçüncü yargı paketinin 97. maddesine göre, mahkeme bu kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu **gösteren delilleri somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça** göstermek zorundadır. Bu düzenleme yerinde ve ilerici bir adımmış gibi görünmekle birlikte, gerçekte hatalı bir düzenlemedir. Çünkü, zaten Anayasa'nın 141/3. maddesine göre, bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılmak zorundadır. Yine CMK.nun 34/1. maddesine göre, hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230. madde göz önünde

bulundurulur ve kararların örneklerinde karşı oylar da gösterileceği gibi, CMK.nun 289/1-g maddesine göre de bir hükmün gerekçesinin bulunmaması o hükmün temyiz kanun yolunda bozulması açısından mutlak bozma nedenidir. Bu konudaki gereklilik açısından mevzuatta bir boşluk bulunmamaktaydı. Bir kanun hükmünün uygulanması için, bunu belirten ayrı bir kanun hükmüne gerek yoktur. Bu, kabul edilebilir bir husus değildir. Yürürlükte olan kanun hükmünün gereğini hakim veya savcılar yapmak zorundadır. Bunun için yeni bir kanun değişikliği yapılmaz. Sorun uygulamada bu kanun hükümlerinin ilgili kişi ve makamlarca uygulanmaması ve yüksek mahkemelerle üst (yerel) mahkemelerin/hakimliklerin bu hukuka aykırılığa göz yumması, gerekçe denetimi yapmamasıdır. Uygulamada gerekçe kabul edilemeyecek hususların gerekçe olarak yazılması, genel soyut kavramların gerekçe gibi yazılması, hüküm veya kararın kendisinin gerekçe olarak tekrarlanması veya bir kanun hükmünün gerekçe diye tekrarlanmasının, denetim yollarından sorunsuz geçmesidir<sup>10</sup>. Sağlıklı bir hukuk devleti uygulamasında, gerekçe denetimi yeterince yapılsaydı, bu kanun değişikliğine gerek kalmazdı. Uygulamada keyfi ve gerekçesiz verilen tutuklama kararlarıyla, tutuklamanın denetimi mekanizmalarının olması gerektiği şekilde yapılması için yapılan bu kanun değişikliği, uygulamada alışıl-gelmiş keyfilikle uygulanırsa, yapılan bu kanun değişikliğinin bir önemi bulunmayacaktır.

Her ne kadar belirtilen bu kanun değişikliğinde yalnızca mahkemelerin gerekçe göstereceğinden söz edilmiş ise de, bu düzenleme hatalı olup, esasında hem mahkemelerin hem de hakimlerin ve başta savcılık olmak üzere tüm soruşturma ve kovuşturma kişi ve makamlarının karar ve hükümlerinin gerekçeli olması ve gerekçenin de yukarıda belirtilen noktalarda kanunun aradığı içerikte bulunması Anayasa ve CMK'nun hükümleri gereğidir.

Ceza muhakemesi Kanunu açısından yıllardır yaptığımız bir eleştiri, adli kontrol kurumunun uygulanması için, güvenceyle salıverme ve yurtdışına çıkarma yasağı kararları dışında, suçun cezasının üst sınırının 3 yılı geçmemesi gerektiğinin CMK.nun 109. maddesinde düzenlenmesiydi. Bu sınırlama, tutuklama kararına alternatif getirilen bu kurumun gerektiği şekilde uygulanmasını ve beklenen faydayı sağlamasını engellemekteydi. Önerimiz, bu suç cezası süre sınırının tamamen kalkması ve her somut olayda tutukluluk, adli kontrol veya serbest bırakmaya ilgili hakim veya mahkemenin eldeki somut verilere göre karar vermesiydi. Üçüncü Yargı paketi kanununun 98. maddesiyle bu teklifimiz kabul edilerek, bu süre koşulu kaldırıldığı gibi, adli kontrolün uygulanmasıyla ilgili olarak yeni seçeneklerin kabul edilmesi yönündeki teklifimiz de kabul edilmiştir. Her ne kadar adli kontrolle ilgili olmayan ve suçsuzluk karinesiyle bağdaşmayan bazı yükümlülükler hala madde metninde muhafaza edildiği için bu yeni değişikliğin de eleştirilmesi gerekmekte ise de; yeni getirilen bazı yeni yükümlülük türlerinin (örneğin şüpheli veya sanığın

<sup>10</sup> Eleştiriler için bkz. ÜNVER-HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, sh: 734-742.

konutunu terk etmemek, belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek ve belirlenen yer veya bölgelere gitmemek) kabul edilmesi yerinde olmuştur. Bu yeni değişikliğin olumlu başka bir yönü de olmuştur. Çünkü, uygulamada bunun bir ceza muhakemesi önlemi olduğu ve kanunilik ilkesine tabi olduğu unutulmuş veya görmezden gelinerek, yasak olduğu halde, kanunda bulunmayan bu yeni yükümlülük türleri kıyasen karar altına alınmaktaydı. Bundan sonraki uygulama sürecinde, en azından bu hukuka aykırı uygulama kanunla düzenlenerek ve adli kontrol kurumu içine alınarak kanuni dayanağa kavuşturulmuştur. Bu yönüyle ve bu yeni yükümlülüklerle sınırlı olarak, hakim ve mahkemelerin kanuna aykırı uygulamalarına son verilmiştir.

## V - YAN CEZA HUKUKU ALANINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Belirtilen Kanun'un 41. maddesiyle, 15. 07. 1950 tarih ve 5683 sayılı **Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun**'un 25. maddesinin 1. fıkrasında bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre, önceki düzenlemedeki yer alan “bir aydan iki seneye kadar hapis cezası” ibaresi yerine, “mülki amir tarafından beşyüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla” ibaresi getirilmiştir. Burada Türkiye'deki yabancıların oturmaya mecbur oldukları yerlerden kaçanların bu eylemi adli suç olmaktan çıkarılmış ve idari bir suç, yani kabahat haline getirilmiştir. Eylemin cezası da hafifletilmiştir. Bunda son yıllarda Türkiye'nin komşu ülkelerindeki siyasi rejim sorunları, Türkiye'ye ekonomik nedenlerle göç eden veya Türkiye üzerinden Avrupa ülkelerine gitmek isteyen insan sayısında artışın olması, insan ticareti eylemlerinde artış olması, mülteci kamplarının ortaya çıkışı ve komşu ülkelerden gelerek Türkiye'de kaçak biçimde yaşayan ve kayıt dışı çalışan kişilere yönelik göz yumma politikası etkili olmuştur.

Nitekim üçüncü yargı paketi Kanunu'nun 42. maddesiyle, bu 5683 sayılı Kanun'un 26. maddesi de değiştirilmiştir. Bu değişiklikle, sınır dışı edildikleri veya Türkiye'yi terke davet olundukları hâlde müsaadesiz gelmeye mütecasir olan yabancıların bu eylemleri de bir kabahat eylemi sayılmıştır. Bu şekilde davranan yabancıların bu eylemleri de bir kabahat eylemi sayılmıştır. Bu şekilde davranan yabancıların bu eylemleri de bir kabahat eylemi sayılmıştır. Bu şekilde davranan yabancıların bu eylemleri de bir kabahat eylemi sayılmıştır. Bu şekilde davranan yabancıların bu eylemleri de bir kabahat eylemi sayılmıştır. Bu şekilde davranan yabancıların bu eylemleri de bir kabahat eylemi sayılmıştır.

Üçüncü yargı paketi Kanunu'nun 77. maddesiyle **Basın Kanunu**'nun 26. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle, bir muhakeme şartı olan günlük dönemsel ve diğer yayınlardaki sürelerde değişikliğe gidilmiştir. Dönemsel yayınlarla işlenen suçlardaki dava açma süreleri olan 2 ve 4 aylık süreler 4 ve 6 ay ve dönemsel olmayan yayınlarla işlenen suçlardaki 2 aylık süre ise 4 ay olarak belirlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, 2004 yılı öncesi mer'i 5680 sayılı Basın Kanunu'nda (m. 35) bu süreler daha uzundu (6 ay ve 1 yıl). 2004 yılında yürürlüğe giren Basın Kanunu bu süreleri kısaltmıştı (m. 26/1) (2 ve 4 ay). Uygulamada soruşturmaların uzun sürmesi, birçok eylem açısından zamanında kamu davası açılmaması nedeniyle hak arama özgürlüğü ihlal edilmekteydi. Bu nedenlerle bu sürelerin tekrar artırılması

yoluna gidilmiş ve davanın günlük süreli yayınlarda 4 ve diğer basılı eserlerde ise 6 ay içinde açılması gerekliliği düzenlenmiştir (m. 26/1).

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi Kanun'un ilk şeklinde 2 ayı geçemez iken, yeni değişiklikle bu süre dört ayı geçemeyecektir (m. 26/son).

Ayrıca, bir kavram değişikliğine gidilmiş ve daha önce öğretide '*dava süresi*' olarak adlandırılan bu sürelerin, bir '*muhakeme şartı*' olduğu kanun metninde açıkça belirtilmiştir.

Yeni değişiklik Kanunuyla (m. 78), **Basın Kanunu**'na geçici 3. madde eklenmiştir. Buna göre, 31. 12. 2011 tarihine kadar mahkemeler, yetkili mülki idari amirlikleri ve diğer makamlarca basılı yayınlara ilgili olarak verilmiş toplatma, yasaklama, dağıtım ve satışın engellenmesi kararları, ***bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde, yetkili ve görevli mahkemeden bu yasaklığın devamı niteliğinde bir karar alınmamış olması durumunda kendiliğinden hükümsüz hale gelir***. Burada amaç, bir kez verilmiş bu kararlar bu Kanun'un yürürlüğü sonrasındaki altı ay içinde yeni bir kararla devam ettirilmez iseler, hükümsüz kalmalarıdır. Çünkü, bu yönde birçok karar bulunup, bu Kanun değişikliğinden sonra AB Hukuku ve AİHM içtihatları nazarında ilgili makamların bu kararları sıklıkla vermeyecekleri ve dolayısıyla da bu yasakların kendiliğinden ortadan kalkacağı hesaplanmıştır. Düzenleme bir anlamda bir yasama yoluyla yargı uygulamasına müdahale niteliğindedir. Nitekim bu aradaki süreçte, ilgili hakim ve savcılar AİHS ve ek protokolleri açısından eğitime tabi tutulmuş ve hakim ve savcılar kurulunun yapısı da değiştirilmiştir. Yargı uygulamalarına yönelik hukuksal ve politik eleştirileri karşılamak için getirilen bu düzenleme, bir anlamıyla bir af kanunu etkisi gösterecek ve bu yöndeki kararlar aradaki 6 ay içinde tekrar verilmediği için, verilmiş ve sürdürülüş koşulları değişmediği halde, yargı veya idari makamların bu kararları ortadan kalkmış olacaktır. Her ne kadar ileride aynı konuda aynı kararın tekrar verilmesini engelleyen bir düzenlemeye yer verilmemişse de, şu andaki politik atmosfer bu tür kararların verilemeyeceği kanısını uyandırmaktadır. Bu belirtilen yeniden değerlendirme süreci için de, yeni düzenlemeye göre, bu tür kararlarla ilgili mevcut bilgi ve deliller **kolluk tarafından iki ay içinde yetkili Cumhuriyet başsavcılığına iletilecektir**. Mahkemelerce, bu yönde alınmış olan kararların bir örneği gereği yapılmak üzere, İçişleri Bakanlığına gönderilecektir.

**Başka bir değişiklik ise, Kabahatler Kanunu**'nun 43/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 43/B maddesi eklenmek suretiyle yapılmıştır. Bu değişiklik, tüzel kişilere suç şüphesini bildirim yükümlülüğü getirilmiş ve bunun yapılmaması halinde bu madde metninde sayılan tüzel kişilere (5411 sayılı Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan; bankalara, finansal kuruluşlara veya paranın sayım ve

incelemesini yaparak bankalara destek hizmeti veren kuruluşlar ile mevzuat çerçevesinde dövizle ilişkin işlemler yapmasına izin verilen şirketlere) Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verileceği hükmü getirilmiştir.

Ayrıca bu Kanun'un 105. maddesiyle, bu yeni düzenlemelerle çelişen ve Terörle Mücadele Kanunu, Petrol Piyasası Kanunu, Basın Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun bazı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

**Bu Kanun'un geçici 1. maddesiyle,** belli bir tarihe (31. 12. 2011) kadar basın ve yayın yoluyla ya da düşünce açıklamak suretiyle işlenen ve temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçun bulunması durumunda, özel nitelikli erteleme kurumlarının uygulanması kararlaştırılmıştır. Buna göre, soruşturma evresinde, CMK. m. 171'deki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün ise infazının ertelenmesine karar verilecektir. Hakkında bu tür kararlardan birisi verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur. Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur. Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur. Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu madde de belirtilen amaç için kullanılabilir.

Bu düzenlemenin de, gizli bir af kanunu olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Belirli ağırlığı geçmeyen miktarda cezayı gerektiren fiillerin yargılanmayarak, çeşitli erteleme kurumları aracılığıyla yargı dışında tutulduğu ve deneme süresinde yeni bir suç işlenmemesi halinde olayın üzerinin örtüldüğü görülmektedir. Hukuk devletinin, yargı fonksiyonunu yerine getirmediği, hapishanelerin doluluğu veya suçlu sayısındaki artış veya diğer hukuk dışı ve politik amaçlarla suçun soruşturulup kovuşturulmasından bu şekilde vazgeçme kabul edilebilir bir hukuk devleti tutumu değildir.

Bu bağlamda diğer bir düzenleme ise, Kanun'un geçici 2. maddesiyle getirilmiştir. Buna göre, abonelik esasına göre yararlanılabilen **elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla** bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu düzenleme, Devletin gerek ceza infaz kurumlarındaki doluluk ve dava sayısındaki artış gerek ekonomik sıkıntı nedeniyle suç işleyen kişilerin soruşturulup kovuşturulmayarak politik mesajlar verilmesi ve enerji alanındaki özelleştirmeler sonrası Devletin özel mülkiyeti koruma görevini getirmemesine birer tipik örnektir. Enerji hırsızlığını tamamen bir özel hukuk sorunu gören bu tutumun arkasında, Türkiye'nin belirli bölgelerinde kullanılan elektriğin %65 oranında kaçak kullanılması ve tüketicinin bir bedel ödememesi karşısında, bu giderin diğer vatandaşlara fatura edilmesi gerçeği yatmaktadır. Devlet enerji hırsızını cezalandırmadığı gibi, elektrik dağıtan özel şirketlerin hukuksal yararlarını korumadığı ve suç teşkil eden bir eylemi özel hukuk anlamında zararın giderilmesi olanağı nedeniyle cezalandırmaktan vazgeçmesi, modern ve Avrupalı anlamda bir Devlet anlayışıyla bağdaşmaz. Belirtelim ki, bu kanun değişikliğinin ilk zeminini, yukarıda değinilen hukuka aykırı kararlarıyla Yargıtay oluşturmuştur. Yargıtay'ın bu kararlarındaki mantık da, yeni düzenlemelerin içeriği de ceza hukuku ilke ve amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Benzer bir düzenlemeyi, aynı maddede ve **koşullu salıverme kurumu** açısından görmekteyiz. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan ve açık ceza infaz kurumunda bulunan iyi hallî hükümlülerin talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebilecektir. Bu karar zorunlu olmayıp, takdire dayalıdır ve açık cezaevlerinde bulunan suçlulara infaz tertmanı uygulamadan salıverilmeleri olanağı getirilmektedir. Cezanın etkinliği ve uygulanırlığı ile toplumun cezanın infazına duyduğu güveni suiistimal eden düzenleme de, yalnızca cezanın infazından vazgeçilmesi açısından dahi vahim bir düzenlemedir ve özel nitelikte bir aftan farksız bir etki yaratmıştır.

Bu yeni düzenlemede, **ceza muhakemesi ilkeleriyle bağdaşmayan başka hususlar** da vardır. Bunlardan iki örnek verirek: Bilindiği üzere, ceza muhakemesi hukukunda temel ilke '*derhal uygulanma ilkesi*' olduğu ve bu üçüncü yargı paketiyle özel yetkili ağır ceza mahkemeleri yürürlükten kaldırılıp yerlerine yeni mahkemeler getirildiği halde, yürürlükten kaldırılan bir kanun maddesine göre (CMK. m. 250) açılan davaların kesin hükümle sonuçlanmasına kadar mülga mahkemelerde görülmesine devam edileceği düzenlenmiştir. Doğal olanı, bu Kanun değişikliği ile birlikte görülen davalara yeni mahkemelerin bakmasıydı. İkinci bir örnek ise, ko-

vuşturma şartları açısından. Bir kovuştura şartının gereği yerine getirilmeksizin dava açılmışsa, yapılması gereken şey, bunun farkına varıldığında, koşulun gerçekleşme ihtimalinin bulunup bulunmamasına göre durma veya düşme kararı verilmesidir. Oysa, üçüncü yargı paketi ile getirilen değişiklikte, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki (m. 10 dahilindeki) bazı suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla açılmış olan davalarda, sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin veya karar alınması gerektiğinden bahisle durma veya düşme kararı verilemeyecektir. Oysa, suçun hangi kanunda düzenlendiği önemsiz olup, bir kovuşturma koşulu gerçekleşmediğinde, yapılması gereken durma veya düşme kararı verilmesiydi.

Sırası gelmişken, yeni düzenlemedeki birkaç *kanun yapma tekniği hatasına* da değinmek gerekir. Örneğin, bu Kanun'un geçici 2. maddesinin son fıkrasına göre, “*mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan (özel yetkili) ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır*”. Belirtelim ki, bu ifade biçimi sorunlu olup, birçok açıdan eksiklikler içermektedir. **Bir örnek verelim:** Ceza İnfaz Kanunu (CGTİK 92/2)'nda CMK.nun yürürlükten kaldırılan 250. maddesi kapsamındaki suçlarla ilgili olarak hakim kararı ile ceza infaz kurumundan çıkarma düzenlenmiş. Bazen başka suçların araştırılması için, polis bir tutuklu veya hükümlüyü infaz kurumu dışına çıkarıp, onun bilgilerinden yararlanır. TMK m. 10/g ise, bu hüküm terör suçlarında da uygulanır diyor. Oysa yeni TMK m. 10'nda benzer bir hüküm yoktur. Bu durumda, artık istemeden ve farkında olmadan ceza infaz kurumundan çıkarma usulünün kanunda düzenlenmediği ve bunun yapılamayacağı sonucuna varmak gerekir. CMK. m. 250 yürürlükten kaldırılmıştır. Ceza İnfaz Kanunu yeni bir atıf hükmü içermemektedir. Ceza muhakemesi önlemlerinin ‘kanuniliği’ ilkesi uyarınca, polisin eskiden olduğu gibi, infaz kurumundan hükümlü veya sanığı geçici olarak çıkarabilmesi için, yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü yeni düzenleme sadece yeni mahkemelere atıf yapmakla birlikte, infaz kurumundan çıkarma usulüne atıf yapmamaktadır.

## VI – SONUÇ

İnceleme konusu yeni kanun değişiklikleriyle ilgili değerlendirmelerimi yukarıda ilgili yerlerde belirttiğim için, burada tekrar özetlemekten, zaman sınırlaması nedeniyle kaçınıyorum.

Ancak üç hususu, sonuç yerine geçmek üzere, burada belirtmekte yarar görmekteyim:

- 1) Türk kanunkoyucusu 2001 yılından itibaren hızlanmakla birlikte, esasen onlarca yıldır mevzuatımızı AB Kazanımlarına uygun hale getirmek için



ciddi mesai sarf etmiş ve mevzuatta çok sayıda değişikliğe ve iyileştirmelere gitmiştir. Türkiye'nin gerçekleşmesi olanaksız derecede güç görünüm AB üyelik statüsünden bağımsız olarak, bu alandaki çalışmalar Türk hukukunun gelişimine önemli katkı sağlamıştır. Bu çalışmalar, demokrasi, çağdaş hukuk ve hukuk kültürü açısından çok yararlı olmuştur.

- 2) Ancak, bu çalışmalar çok sınırlı kişilerce, konunun uzmanlarından yararlanmadan, çok acele biçimde, yeterince ilgili çevrelerce bilimsel açıdan incelenip tartışılmaksızın tepki kanunları biçiminde ve ciddi hatalarla yapılmıştır. Birçok kanun daha yürürlüğe girmeden veya sonrasında, aradan çok kısa süreler geçmesine karşılık, çok sayıda değişikliği tekrar yaşamak zorunda kalmıştır. Bunlar ise, ülkede hukuka duyulan güveni azaltmış, uygulama itibarıyla gizli af etkisi göstermiş ve günü kurtaran kişilere özgü kanun değişiklikleri görüntüsü yaratarak, AB Hukukuna uyum adı altında dahi olsa, kanun ile hukuk farkını ortadan kaldıran, bilimsel konularda bilimin değil siyasi çoğunluğun isteğinin hukuk gibi algılanmasına yol açan ve gerçekte AB Kazanımlarından uzaklaşan bir hukuk kültürünün iyice yerleşmesine neden olmuştur.
- 3) Kanuni düzenlemeler kadar ve belki de bu geçiş süreçlerinde onlardan daha da önemli olan adli kişi veya makamların hukuk uygulamaları ve hukuk kültürüdür. Bu konuda, son on yıl içindeki bazı kanunu düzenlemelerdeki olumlu gelişmeler bir yana, genelde kanuni düzenlemeler özelde ise yargı uygulamasında ilerleme değil, ciddi geriye gidişin olduğu ve hızla AB Hukuku kazanımlarından uzaklaştığımız gözlemlenmektedir. Bu alandaki başarı, çok zaman kaybetsek de, yeniden modern ve bilimsel hukuk kültürü ve yargı uygulamasını tesis etmekle olabilecektir.

# İBADETHANE BAĞIŞLARININ VERGİ MATRAHINDAN İNDİRİMİ: VERGİDE EŞİTSİZLİK ÖRNEĞİ

*(The tax deduction of charitable religious gifts:  
An example of inequality)*

Billur YALTI\*

## ÖZET

Bu makalede, gelir vergisi ve kurumlar vergisi mükelleflerinin yaptığı ibadethane bağışlarının vergi matrahından indirimini öngören düzenleme, Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Makalede, hukuk düzeni içinde ibadethane kavramının tanım ve kapsamına bağlı olarak, ilgili düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı sonuçları değerlendirilmektedir. Makalede, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, vergilendirme alanında din esasına dayalı düzenlemelerle ilgili verdiği kararlar esas alınmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** İbadethane bağışı, Vergi indirimi, Eşitlik ilkesi, Ayrımcılık yasağı, İnsan hakları.

## Abstract

In this article, the legislation which categorizes the donations made by individual and corporate income taxpayers to worship places as a deductible expense is analyzed under the Constitution and the European Convention on Human Rights. This article examines the national definition and the scope of the concept of worship places and considers the relevant provision as incompatible with the equality principle. In the article, the decisions of the European Court of Human Rights on tax provisions based on religion are also evaluated.

**Keywords:** Religious donations, Tax deduction, Equality principle, Non-discrimination, Human rights.

## I- Başlarken: Ezeli Eşitsizliği Vergilendirme Alanına Taşıyan Yeni Düzenleme: İbadethane Bağışı

Vergi mükelleflerinin insani ve sosyal amaçlarla yaptığı bağışların vergi matrahından indirilmesi yeni bir konu değildir. Gelir Vergisi Kanunu (m.89/4-5) ve Kurumlar Vergisi Kanunu (m.10/1-c-ç), eskiden beri, matrahın %5'i (veya %10'u) ile sınırlı olmak kaydıyla, bağışların vergi matrahından indirilmesini kabul etmiş-

\* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

tir. Bu konuda genel kural, hem bağışın yapıldığı muhatabın hem de miktarın sınırlandırılması şeklinde olmuştur. Buna karşılık, kanun koyucu, bu ana kuralın istisnasını da hükme bağlamıştır. Bu istisna uyarınca, konusu ve muhatabı sınırlı olmak üzere, bağışın tamamının vergi matrahından indirilmesi kabul edilmiş; hastane, okul, yurt, yetiştirme yurdu, huzurevi, bakım ve rehabilitasyon merkezlerinin inşası için yapılan masraflar ve bunlara yapılan yardımlar tam indirim olanağından yararlandırılmıştır<sup>1</sup>. Söz konusu düzenlemelerde bağışın muhatabı, genel ve özel bütçeli kamu idareleri, il özel idareleri, belediyeler, köyler ile kamu yararına çalışan dernekler ve Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflardır. Bağışçı kişi ve kurumlara vergi desteği verilmesinin sebebi, yapılan bağışın, devletin görev alanına giren ve/veya kamu hizmeti mahiyeti taşıyan alanlarda, devletin kamu hizmeti yükünü azaltacağı, bunun sonucu olarak da devletin kamu giderinin azalacağı, devlet hazinesine olan bu katkının bir kısmının bağışçı ile paylaşılması fikridir<sup>2</sup>. Kanunda önceden beri uygulanan bağış indirimleri, bu bağlamda, özellikle sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak devletin üstlendiği görevler bakımından anayasal bir temele (Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması- m.56, Gençliğin korunması -m.58, Sporun geliştirilmesi- m.59, Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler -m.61, Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması -m.63 gibi) sahiptir.

Yakın tarihte yapılan kanun değişikliği<sup>3</sup> ile tamamının vergi matrahından indirilmesi kabul edilen bağışlara bir yenisi eklenmiştir: İbadethane bağış ve yardımları<sup>4</sup>. Buna göre, ibadethaneler için yapılacak her türlü bağış ve yardım, %100 oranında indirimle konu edilebilecek masraflar arasına dâhil edilmiştir. Kanun koyucu, ibadethane bağışı yapan vergi mükellefleri bakımından, verginin bir bölümünden vazgeçme<sup>5</sup> iradesini göstermiştir. Kanunun gerekçesine bakıldığında,

<sup>1</sup> Avrupa ülkelerinin çoğunda, bağış indirimi yıllık gelirin belirli bir yüzdesi ile sınırlıdır. Bazı ülkelerde bu mahiyette bir vergi avantajı dahi tanınmamıştır. Örneğin Malta, Macaristan, Litvanya gibi. Bilgi için bkz., Comparative Highlights of Foundation Laws, The Operating Environment For Foundations in Europe, European Foundation Center, 2011, s.55-59. [http://www.efc.be/programmes\\_services/resources/Documents/ComparativeHighlightsOffFoundationsLaws\\_2011.pdf](http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/ComparativeHighlightsOffFoundationsLaws_2011.pdf)

<sup>2</sup> Karş., European Court of Justice, Hein Persche v. Finanzamt Lüdenscheld, Case C318/07, Grand Chamber, 27.1.2009, para.45 (AB Mahkemesinin, yurt içi ve yurt dışı bağışların indirim uygulamasındaki farklılığı ayrımcı bulan bu kararı hakkında bilgi için bkz., Koele, Ineke A., "How Will International Philanthropy Be Freed from Landlocked Tax Barriers?", European Taxation, September 2010, s.411).

<sup>3</sup> 6322 Sayılı Kanun, RG.15.6.2012.

<sup>4</sup> GVK, 89/5- Genel ve özel bütçeli kamu idarelerine, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere bağışlanan okul, sağlık tesisi ve yüz yatak (kalkınmada öncelikli yörelerde elli yatak) kapasitesinden az olmamak üzere öğrenci yurdu ile çocuk yuvası, yetiştirme yurdu, huzurevi, bakım ve rehabilitasyon merkezi ile mülki idare amirlerinin izni ve denetimine tabi olarak yaptırılacak ibadethaneler ve Diyanet İşleri Başkanlığı denetiminde yaygın din eğitimi verilen tesislerin inşası dolayısıyla yapılan harcamalar veya bu tesislerin inşası için bu kuruluşlara yapılan her türlü bağış ve yardımlar ile mevcut tesislerin faaliyetlerini devam ettirebilmeleri için yapılan her türlü nakdi ve aynı bağış ve yardımların tamamı.

<sup>5</sup> "İndirim, vergi matrahından veya doğrudan vergiden belirli tutarda indirim yapılması suretiyle verginin bir bölümünden vazgeçilmesi veya bir bölümünün geri verilmesi sonucunu doğurmaktadır", Anayasa Mahkemesi, E.2003/33, K.2004/101, 15.7.2004, RG. 2.3.2005.

düzenlemenin hangi gerekçeyle getirildiğine ilişkin soru yanıtsız kalmaktadır; çünkü gerekçe, bir gerekçe içermemektedir<sup>6</sup>. TBMM görüşmeleri sırasında, bugüne kadar indirimden yararlanamayan bir gider kaleminin bundan böyle indirimden yararlanacağına ilişkin açıklamadan başkaca bir açıklama da bulunamamaktadır<sup>7</sup>. Bu durumda, içinde bulunduğumuz zaman diliminde ne gibi bir sosyal ve zaruri ihtiyacın doğduğu, bu ihtiyacın nasıl analiz edildiği ve temellendirildiği anlaşılamamaktadır<sup>8</sup>. Bu vergi avantajı, bağışlara yapılan lehte muamelenin temelinde yatan kamu hizmeti-kamu gideri fikrine uygun değildir; çünkü ibadethane yapımı devletin görevi değildir<sup>9</sup>. Buna ilaveten, Avrupa Birliği Vakıf Statüsü Hakkında Konsey Yönergesi Tasarısında<sup>10</sup>, kamu yararı amacıyla yapılan faaliyetler (public benefit purpose) listesinin saymaca yoluyla belirlendiğine, dini amacın kamu yararı amacı olarak bu listede yer almadığına (m.5/2) dikkat çekmek gerekir<sup>11</sup>. Bununla beraber, en son 6360 sayılı Kanunla<sup>12</sup>, Büyükşehir Belediyesi Kanunu<sup>13</sup> ve Belediye

<sup>6</sup> TBMM, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İstanbul Milletvekili Ferit Mevlüt Aslanoğlu'nun; Hatay Milletvekili Şefik Çirkin ve Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili İzmir Milletvekili Oktay Vural'ın; Ankara Milletvekili Cevdet Erdöl'ün Benzer Mahiyetteki Kanun Teklifleri ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/611, 2/207, 2/397, 2/565) Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 258, s.16.

<sup>7</sup> “Okul, hastane vesaire yaptığı zaman bir vatandaş onu gelir ve kurumlar vergisinden düşebiliyordu ama ibadethane yaptığı zaman bunu “gider” yazamıyordu, düşemiyordu vergi matrahından. Burada şimdi tabii mülki idare amirlerinin izin ve denetimine tabi olarak yapılacak ibadethaneler bu kapsama alınmış oldu”. Recai Berber'in konuşması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem 2. Yasama Yılı, 114. Birleşim, 31/Mayıs /2012, s.23.

<sup>8</sup> Bu düzenlemenin hemen ertesinde İstanbul Çamlıca tepesine cami yapımına ilişkin açıklamanın gelmesi ilgi çekicidir. Örn., <http://gundem.milliyet.com.tr/camlica-tepesi-ne-en-az-6-minareli-cami/gundem/gundemdetay/04.07.2012/1562415/default.htm>

<sup>9</sup> İbadethane yapım izni mülki idare amirlerinin yetkisindedir (İmar Kanunu, ek.m.2). İbadethanelerin yapı ruhsatı için yetkili merci belediyeler veya valiliklerdir (İmar Kanunu, m.21). Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun (RG.2.7.1965) 35 inci maddesi uyarınca, Başkanlık, camilerin ibadete açılışında, yönetiminde ve bunlara kadro tahsisinde yetkilidir.

<sup>10</sup> European Commission, Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE), (Text with EEA relevance) {SWD(2012) 1 final} {SWD(2012) 2 final}, COM(2012) 35 final, 2012/0022 (APP) Brussels, 8.2.2012.

<sup>11</sup> Bkz., Hemels, Sigrid J.C. “The European Foundation Proposal: an effective, efficient and feasible solution for tax issues related to cross border charitable giving and fundraising?”, Paper for the 2012 EATLP Conference ‘Taxation of Charities’, June 2012, s.12-13, [http://www.eatlp.org/uploads/public/Reports%20Rotterdam/Thematic%20report%20Hemels%20\(section%206b\).pdf](http://www.eatlp.org/uploads/public/Reports%20Rotterdam/Thematic%20report%20Hemels%20(section%206b).pdf)

<sup>12</sup> On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, No.6360, RG.T.6.12.2012.

<sup>13</sup> Büyükşehir Belediyesi Kanunu, No.5216 (RG.23.7.2004), Madde 7- Büyükşehir Belediyesinin Görev ve Sorumlulukları- n) Gerektiğinde **mabetler** ile sağlık, eğitim ve kültür hizmetleri için bina ve tesisler yapmak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bu hizmetlerle ilgili bina ve tesislerin her türlü bakımını, onarımını yapmak ve gerekli malzeme desteğini sağlamak.

(...)

İlçe ve ilk kademe belediyelerinin görev ve yetkileri şunlardır:

(...)

d) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerden; 775 sayılı Gecekondu Kanununda belediyelere verilen yetkileri kullanmak, otopark, spor, dinlenme ve eğlence yerleri ile parkları yapmak; yaşlılar, özür-

Kanununda<sup>14</sup> yapılan değişikliklerle, “*mabet*” yapım, bakım ve onarımının belediye görev ve sorumlulukları arasına dahil edilmiş olması ayrı bir ilginç gelişmedir.

Vergi kanunlarında, dini ölçüt esas alınarak yapılmış ilk bağış indirimi düzenlemesi bu değildir. 3239 sayılı Kanunla<sup>15</sup> daha önce yine aynı maddelerde yapılan değişikliklerle, “*cami*” yapım ve yardımları indirim konusu edilebilecek bağış kategorisinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme 4369 sayılı Kanuna<sup>16</sup> kadar uygulanmış ve sadece İslam dinine özgü bir ibadethane biçimini kapsadığı için dinler ve inançlar arasında tarafsız olmayan, eşitsiz - ayrımcı mahiyette anayasaya aykırı bir düzenleme olarak mevzuatta yerini almıştır<sup>17</sup>. İlgili dönem TBMM görüşmeleri sırasında, 4369 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda, sınırsız vergi indiriminin bütün olarak kaldırıldığı, cami bağışlarının genel kural kapsamına girdiği, dolayısıyla ayrıca sayılmasına gerek olmaksızın matrahın %5’i ile sınırlı indirim imkânına dönüştürüldüğü açıklaması yapılmıştır<sup>18</sup>.

Bugüne gelindiğinde, yapılan değişikliklerle aynı mahiyette eşitsiz-ayrımcı düzenleme yeniden inşa edilmiştir. Şöyle ki düzenlemenin uygulanmasında, kanunun kapsamını belirleyen temel kavram, “*ibadethane*”dir. Eğer hukuk düzeni bütün inanç ve ibadet mekânlarına “*ibadethane*” olarak muamele ediyor ise bu düzenlemenin vergide eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez; ancak eğer ibadethane kavramı belirsiz, sınırlı ve tartışmalı ise, ayrımcı ve eşitsiz muamele üreten hukuk düzenlemelerine bir yenisi eklenmiş demektir<sup>19</sup>.

lüler, kadınlar, gençler ve çocuklara yönelik sosyal ve kültürel hizmetler sunmak; mesleki eğitim ve beceri kursları açmak; **mabetler** ile sağlık, eğitim, kültür tesis ve binalarının yapım, bakım ve onarımı ile kültür ve tabiat varlıkları ve tarihî dokuyu korumak; kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin geliştirilmesine ilişkin hizmetler yapmak.

<sup>14</sup> Belediye Kanunu, No.5393(RG.13.7.2005), Belediyenin görev ve sorumlulukları Madde 14- Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla;

...

b) (...) (1) Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; **mabetlerin yapımı, bakımı, onarımını yapabilir**; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. (...).

Belediyenin yetkileri ve imtiyazları

Madde 15- Belediyenin yetkileri ve imtiyazları şunlardır:

(...)

Belediye ve bağlı idareler, meclis kararıyla **mabetlere indirimli bedelle ya da ücretsiz olarak içme ve kullanma suyu verebilirler.** (...)

<sup>15</sup> RG.11.12.1985.

<sup>16</sup> RG. 29.7.1998.

<sup>17</sup> Bkz., Furtun, İdris Hakan, “Türk Vergi Sisteminin Laiklik Açısından İrdelenmesi Türk Vergi Sistemi İçinde Yer Alan Çeşitli Yasalarda Farklı Din ve İnançlara Yaklaşım”, Mualla Öncel’e Armağan, C.2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No:243, Ankara, 2009, s.1006-1007.

<sup>18</sup> Maliye Bakanlığı, Bir Reformun Anatomisi- Vergi Reformu Nasıl Gerçekleşti, Ankara, 1998, s.332.

<sup>19</sup> Örneğin, Emlak Vergisi Kanunu, m.4(g) çerçevesinde, dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma

Ülkemizde ibadethane tartışması cami, cemevi ve diğerleri açısından ezeli ve bir o kadar da güncel bir tartışmadır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2012 İlerleme Raporuna bakıldığında konuya ilişkin tespitler şöyledir<sup>20</sup>:

*“Ankara’da bir ilk derece mahkemesi, Alevi ibadet yerleri olan cem evlerinin kurulmasına yardımcı olan bir derneğin yasaklanması talebini reddetmiştir. Bununla birlikte söz konusu karar, Haziran ayında Yargıtay tarafından bozulmuştur. Dava, İçişleri Bakanlığı tarafından yargıya taşınmıştır. ... 2009’da Alevilere yönelik olarak yapılan açılım somut bir şekilde devam ettirilmemiştir. Cem evleri resmen tanınmamıştır ve Aleviler, yeni ibadet yerleri açılmasında zorluklarla karşılaşmaktadırlar. ... Mecliste cem evi açılması talebi, Alevi milletvekillerinin camiye gidebilecekleri gerekçesiyle reddedilmiştir. ... Gayrimüslim cemaatler, ibadethane açmada veya mevcut ibadet yerlerini kullanmaya devam etmede ayrımcılık, idari belirsizlik ve birçok engelle karşılaştıklarını sıklıkla bildirmişlerdir. İmar mevzuatının yerel otoriterler tarafından uygulanması tutarsızdır ve bu durum, ibadethaneler için inşa ve renovasyon izni alınması için yapılan başvuruların keyfi olarak reddedilmesine neden olmaktadır. Kasım ayında Vakıflar Genel Müdürlüğü, İznik Aya Sofya Müzesinin cami olduğunu beyan etmiştir. ... Camilerin bu tür masrafları devlet tarafından karşılandığı halde, Aleviler ve gayrimüslim cemaatler, elektrik ve su faturalarını ödemek zorundadır. ... Sonuç olarak, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü konusunda sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. ... Tüm gayrimüslim cemaatlerin ve Alevilerin, yersiz kısıtlamalar olmaksızın faaliyet gösterebilmelerine yönelik olarak AİHS ile uyumlu bir hukuki çerçeve henüz oluşturulmamıştır”.*

Bu durumda, yeni kanunla, ibadethane kavramına bağlı tartışmaların bir yesininin vergi hukukuna taşındığı belirlenebilir. Nitekim cem evlerinin ibadethane sayılmaması dolayısıyla, cemevi yapım ve yardımlarının vergi matrahından indirilemeyecek olması nedeniyle, kanun görüşmeleri sırasında verilen önerelerde, maddeye “kadın sığınma evleri” ve “cemevleri”nin de eklenmesi istenmiş, fakat bu önereler kabul görmemiştir<sup>21</sup>. İbadethane tartışması bir yana, kadın sığınma evlerine ilişkin önerenin kabul görmemesi ayrıca düşündürücüdür; hâlbuki bu mahiyetteki

açık bulunan ibadethaneler ve bunların müstemilatı emlak vergisinden muafır. Belediye Gelirleri Kanunu, m.36(2) uyarınca, dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan cami, mescit, kilise ve havra gibi ibadethanelerde tüketilen elektrik ve havagazı, elektrik ve havagazı tüketim vergisinden istisnadır. Yine Belediye Gelirleri Kanunu, ek m.2(f)’e göre, dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan ibadethaneler, bunların müstemilatı, bina inşaat harcından istisnadır. Belediye Gelirleri Kanunu, mük.m.44’e göre, umuma açık ibadet yerleri çevre temizlik vergisine tabi değildir. Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, m.3a ve 3b’ye göre, kamuya yararlı dernek statüsüne göre, veya bu mahiyette olmasa dahi hükmü şahıslara ait olan ve din maksadıyla kurulan teşekküller bu vergiden muafır.

<sup>20</sup> Avrupa Komisyonu, Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu, SEC (2012) 336, Brüksel, 10 Ekim 2012, s. 29-31, [http://www.abgs.gov.tr/files/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf). Aynı mahiyette olmak üzere, 2011 raporundaki ilgili bölümler için bkz., Avrupa Komisyonu, Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu, SEC (2011) 1201, Brüksel, 12 Ekim 2011, s.30-31, [http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf)

<sup>21</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanacağı, s.47-48, 91-94.

bir düzenleme, yakın tarihte imzalanan ve taraf olduğumuz “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin<sup>22</sup> kadın sığınma evlerine ilişkin 23 üncü maddesi<sup>23</sup> çerçevesinde çok olumlu ve dolaylı ama inandırıcı bir düzenleme olurdu.

Kanun, ibadethane demek suretiyle tarafsız terminoloji kullanmıştır, ama hukuk düzeninde bütün mevzuat ve uygulama burada sadece camileri işaret etmektedir; dolayısıyla bu hüküm ayrımcı bir düzenlemedir. Hâlbuki Diyanet İşleri Başkanlığı bütçesinden, cami ve müstemilatı yapımı ve onarımı için dernek ve vakıflara nakdi yardımda bulunulabilmektedir<sup>24</sup>. Diğer yandan, Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesinden, faaliyetleri arasında cami yapımı veya onarımı bulunan dernekler ile camilerini yaptıracak veya onaracak köylere, yeni cami yapımı veya mevcut camilerin onarımı için ödenek dağıtımı yapılabilmektedir<sup>25</sup>. Bunlara ilaveten bir de bağış indirimi verilmesi, aslında bir ibadethane biçiminin, inanan-inanmayan bütün vatandaşlardan toplanan vergilerle finanse edilmesinin gizli ve dolaylı bir biçiminden ibarettir. Bu durumda akla, sadece ilgili olanlardan toplanması esasına dayalı, Batı ülkelerinde çokça görüldüğü şekliyle kilise vergisi benzeri gönüllü bir vergi konulması önerisinin<sup>26</sup> daha doğru olabileceği gelmektedir. Fakat bu değerlendirmenin ötesinde, ibadethanelere bağış indirimi düzenlemesi pozitif hukukta yerini almış; bu düzenleme ile Anayasaya aykırı vergi düzenlemeleri arasına bir yenisi eklenmiştir<sup>27</sup>. Sünni inancının ibadet mekânı olan cami ile Alevi inancının ibadet mekânı

<sup>22</sup> Bakanlar Kurulu Kararı, No. 2012/2816, RG. 8.3.2012.

<sup>23</sup> Madde 23- Sığınma evleri

Taraflar, kadınlar ve çocuklar başta olmak üzere, mağdurlara güvenli barınma imkanı sunmak ve onlara ilişkin önceden önlem almak amacıyla yeterli sayıda, kolay erişilebilir ve uygun sığınma evleri kurmak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır.

<sup>24</sup> Dernek, Vakıf, Birlik, Kurum, Kuruluş, Sandık ve Benzeri Teşekküllere Diyanet İşleri Başkanlığı Bütçesinden Yardım Yapılması Hakkında Yönerge, 3.6.2011, Onay No. 47 (www.diyaret.gov.tr).

<sup>25</sup> Cami Yapılacak veya Onaracak Derneklere ve Köylere Yapılacak Yardımlar Hakkında Yönetmelik (RG.11.7.2001).

<sup>26</sup> TUSİAD, Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantılar Dizisi: Yeni Anayasanın 5 Temel Boyutu, Yayın No: TUSİAD-T/2011/03/513, Mart 2011, s.25. Bu konuya dikkatimi çeken, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sevgili dostum, Prof.Dr.Sibel İnceoğlu'na teşekkür borçluyum.

<sup>27</sup> a) Bu konu TBMM görüşmelerinde de gündeme gelmiştir: “... düzenleme Anayasa'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10'uncu maddesine aykırı, ayrımcı ve adaletsiz bir düzenlemedir. Bu düzenlemeyle Sünni yurttaşların camilere yapacakları bağış ve yardımlar gelir vergisi matrahından indirilirken Alevi yurttaşların cemevlerine yapacakları bağış ve yardımlar benzeri bir indirimden faydalanmayacaktır....”, Aykan Erdemir'in konuşması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, s.27.

b) TBMM görüşmelerinde, konunun laiklik ilkesi açısından da eleştirildiği görülmektedir: “... Türkiye Cumhuriyeti tarihinde yapılan bütün camiler vatandaşların katkısıyla yapılmıştır yani bir hayır işidir bu, bir sevaptır. Vatandaş her yerde bu yardımı yapar, bu yardımlarla camiler inşa edilir. Bugüne kadar bu konuda herhangi bir sıkıntı yaşanmamıştır yani bir hayır işlerken “Bu hayrın bir bölümünü devlete fatura edeyim.” anlayışı dinimize de uygun değildir, vatandaşın hayır ve sevap anlayışına da uygun değildir. İkincisi: Laik bir devlette devlet, bütçesinden ibadethane yapımı için kaynak ayırmaz. Ha vergileri toplayıp bunu bir ibadethane yapımı için tahsis etmişsiniz ha da

olan cemevleri arasındaki hukuki statü farkının yarattığı vergisel eşitsizlik İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne de (İHAS) aykırıdır. İnceleyelim.

## **II- İbadethane Kavramının Açılımı: İmar Kanunundan Diyanet İşleri Başkanlığı Kararına Kabul Gören İbadet Yerleri**

Kanunda, ibadethane yapım ve yardımlarının vergi matrahından indirilmesi kabul edilmektedir. O halde, maddenin uygulanması bakımından ibadethane kavramı hukuk düzeninde açıkça tanımlanmış olmalıdır. Konu ile ilgili yegâne kanuni düzenleme, İmar Kanunu'nda<sup>28</sup> geçmektedir. Kanun'un ek 2. maddesindeki düzenleme şöyledir<sup>29</sup>:

“İmar planlarının tanziminde, planlanan beldenin ve bölgenin şartları ile müstakbel ihtiyaçları göz önünde tutularak lüzumlu ibadet yerleri ayrılır.

İl, ilçe ve kasabalarda mülkî idare amirinin izni alınmak ve imar mevzuatına uygun olmak şartıyla ibadethane yapılabilir.

İbadet yeri, imar mevzuatına aykırı olarak başka maksatlara tahsis edilemez”.

İmar Kanunu'nda yapılan değişiklik uyarınca, daha önce kanunda geçen cami tabiri ibadet yeri olarak değiştirildiğine göre, ibadethanenin sadece camiye içermediği açıktır; fakat hangi inanç mekânlarını içerdiği ya da içermediği konusunda mevzuatı incelemeye devam etmek gerekmektedir. Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği<sup>30</sup> m.16(21)'de<sup>31</sup>, “Umumi bina: Kamu hizmeti için kullanılan resmi binalarla ibadet yerleri,...” düzenlemesi mevcuttur. Plansız Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nde de benzer düzenleme mevcuttur<sup>32</sup>. Dolayısıyla, ibadethane kavramı açısından bir tanım bu mevzuatta bulunmamaktadır.

Belediye İmar Yönetmeliklerine bakıldığında, yeknesak bir tanım olmadığı belirlenebilmektedir. Örneğin, İzmir Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği'nde<sup>33</sup>, “Dini Tesis Alanları: Cami, kilise, sinagog, havra, cemevi gibi ibadete açık dini tesisler ile bunların zorunlu müştemilatlarının bulunduğu alanlar” olarak tanımlanmıştır (m.14/d). Aynı mahiyette bir düzenleme Mersin İmar Yönetmeliği'nde

---

bu vergilerin bir bölümünü mükellefe, vatandaşa bırakarak “Bu ibadethaneyi sen yap.” demişsin. Bunun ikisi de doğru değil arkadaşlar. İkisi de doğru değil yani her iki açıdan da bu düzenlemenin sakıncalı olduğunu ifade etmek istiyorum”. Mehmet Akif Hamzaçebi'nin konuşması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, s.73. Aynı zamanda bkz., Bülent Kuşoğlu'nun konuşması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, s.48.; İhsan Özkes'in konuşması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, s.93.

<sup>28</sup> 3194 Sayılı Kanun, RG.9.5.1985.

<sup>29</sup> 4928 Sayılı Kanunla Değişik: RG. 19.7.2003.

<sup>30</sup> RG. 2.11.1985.

<sup>31</sup> Değişik: RG.2.9.1999.

<sup>32</sup> Madde 4 (RG. 2.11.1985) (Değişik: RG.2.9.1999).

<sup>33</sup> <http://www.izmir.bel.tr/UploadedPics/documents/Yonetmelikler/imar.pdf>



de vardır(m.29/d)<sup>34</sup>. Fakat İstanbul Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği'ne<sup>35</sup> bakıldığında, “Dini Tesisler Alanı: Dini hizmet yerleri ve müştemilatlarına ayrılan alanlardır” tanımlaması yapılmıştır(m.2). Yine, Ankara Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği'nde, “Dini Tesisler Alanı imar planlarında dini tesis amaçlı ayrılmış alanlardır. Cami, mescid, vb. ibadet tesisleri yapılabilir” (m.16/d) denmektedir<sup>36</sup>. Bu durumda, imar mevzuatı, ibadethanenin içeriği hakkında açık bir düzenleme içermemektedir.

Belediye yönetmelikleri arasındaki tanım farklılıkları, kanun tasarısında yapılan değişikliği açıklamaktadır. Şöyle ki, kanun tasarısının ilk şeklinde, bağış indirimi hakkı verilen ibadethaneye ilişkin nitelendirmenin, “*imar planında dini tesis alanı olarak ayrılan yerlere yapılan ibadethane*” olduğu, metnin daha sonra “*mülki idare amirlerinin izni ve denetimine tabi olarak yaptırılacak ibadethaneler*” şeklinde değiştirildiği, bu değişikliğin “*uygulamada yaşanabilecek sıkıntıların önlenmesi amacıyla*” yapıldığı görülmektedir<sup>37</sup>. Buradaki uygulama sıkıntısı, herhalde farklı belediyelerde farklı sonuçların çıkabilmesi olasılığıdır<sup>38</sup>.

İbadethane kavramının içeriğine ilişkin dolaylı bir düzenleme, elektrikte indirimli tarife ile ilgili Bakanlar Kurulu kararında<sup>39</sup> bulunmaktadır. Kararda, ibadethane (cami, mescid, kilise, havra ve sinagog) şeklinde açıklanmıştır (m.2/f). Ama herhalde ibadethane uygulaması için elektrik kararnamesinin ötesinde bir tanıma ihtiyaç vardır<sup>40</sup>. Nitekim daha önce, ana muhalefet partisi tarafından, İbadet Yer-

<sup>34</sup> [http://www.toroslar-bld.gov.tr/dokumanlar/dokumanlar\\_imar\\_yonetmeli.pdf](http://www.toroslar-bld.gov.tr/dokumanlar/dokumanlar_imar_yonetmeli.pdf)

<sup>35</sup> İstanbul İmar Yönetmeliği, Meclis Kararı Tarihi ve Sayısı: 15.06.2007-1512, Yürürlük Tarihi: 23.06.2007, (Değişik: 14.10.2011-2354 sayılı Meclis Kararı ile), (Değişik: 12.5.2011-1113 sayılı Meclis Kararı ile), (İptal: 28.12.2011-2011/2089 sayılı İstanbul 10. İdare Mahkemesi Kararı ile ) (Değişik: 18.5.2012-1110 sayılı Meclis Kararı ile); [http://www.ibb.gov.tr/tr-TR/kurumsal/Birimler/ImarMd/Documents/imar\\_yonetmelik.pdf](http://www.ibb.gov.tr/tr-TR/kurumsal/Birimler/ImarMd/Documents/imar_yonetmelik.pdf)

<sup>36</sup> [http://www.ankara.bel.tr/AbbSayfaları/hizmet\\_birimleri/Imar/Imar\\_yonetmelik/imar.pdf](http://www.ankara.bel.tr/AbbSayfaları/hizmet_birimleri/Imar/Imar_yonetmelik/imar.pdf)

<sup>37</sup> Söz konusu değişiklik Plan ve Bütçe Komisyonunun Alt komisyonunda yapılmıştır. Bkz., Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/611, 2/207, 2/397, 2/565) Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 258, s.29.

<sup>38</sup> Örneğin Mersin ve İzmir İl Genel Meclislerinin, cem evlerinin ibadethane olarak kabul edilerek, bakım, onarım, elektrik, su, çöp ve atık su giderlerinin İl Özel İdaresi bütçesinden karşılanmasına ilişkin kararları İl Valiliklerince onaylanmamıştır. ([http://www.alevifederasyonu.org.tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=956:bir-yarg-ve-iki-ayr-meclis-karar&catid=37:ma-kaleler&Itemid=265](http://www.alevifederasyonu.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=956:bir-yarg-ve-iki-ayr-meclis-karar&catid=37:ma-kaleler&Itemid=265)). Ayrıca bkz., <http://www.cnnturk.com/2012/turkiye/01/12/merlin.valiligi.cemevi.ibadethane.degil/644492.0/index.html>. Buna karşılık, İstanbul Büyükşehir Belediyesinin, Sultanbeyli cem evini ibadethane olarak tanıdığı ve ücretsiz su verilmesine karar verdiği de görülebilmektedir (<http://www.haber34.com/sultanbeyli-cemevi-ibadethane-olarak-tanindi-3920-haberi.html>). Ama aynı cemevi, elektrik ücreti açısından ticarethane olarak nitelendirilmiştir. “İSKİ'ye göre ibadethane AYEDAŞ'a göre ticarethane”, 1.1.2011, [http://www.sabah.com.tr/Yasam/2011/01/01/iskiye\\_gore\\_ibadethane\\_ayedasa\\_gore\\_ticaretane](http://www.sabah.com.tr/Yasam/2011/01/01/iskiye_gore_ibadethane_ayedasa_gore_ticaretane)

<sup>39</sup> Bakanlar Kurulu Kararı, No.2002/4100 (RG.23.5.2002).

<sup>40</sup> Diğer yandan, Protestan kilisesinin ibadet yeri olarak nitelendirildiği Danıştay kararından da bahsetmeksizin geçilmemelidir. Bu kararda, “Dosya içinde bulunan Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 24.11.1994 gün ve 505 sayılı kararıyla, camii, mescid, Kur'an kursu gibi dini yerlerdeki su ücretleri ile ücretsiz öğrenci barındıran yurtlardan su ücreti alınmaması ve bu ücretin Büyükşehir

lerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun başlığıyla bir teklif TBMM'ne sunulmuştur<sup>41</sup>. Teklifin 1/1 inci maddesinde, “Geçmişten beri ülkemizde yaşayan Semavi dinlere mensup olanların inançları doğrultusunda ibadetlerini yerine getirdikleri mekânlar olan Cami, Mescit, Cemevi, Kilise ve Sinagoglar ibadethane olarak adlandırılır” şeklinde bir düzenleme önerisi mevcuttur<sup>42</sup>.

Yukarıdaki mevzuat, uygulama ve kanun teklifi, ülkemizde cemevlerinin hukuki statüsü (zlüğü)ne ilişkin tespitite bulunulması için yeterli ise de bu konudaki en önemli dayanağın Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kararı olduğu da bilinmektedir<sup>43</sup>. Kararda, “*Anayasanın “İnkılap Kanunlarının Korunması” başlıklı 174. maddesinin 3 numaralı bendinde zikredilen 677 sayılı “Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun” değiştirilmeksizin, kaldırılan tekke ve zaviyelerin ihyası anlamına gelebilecek ayin-i cem icra etmek üzere Cemevi tesis edilmesi anılan kanuna uygun düşmemektedir. ... Dini, tarihi ve bilimsel kabule göre; İslamdan ayrı bir Alevilik-Bektaşılık Dini; cami ve mescitten gayri “Cemevi” adında bir İslam mabedi de bulunmamaktadır. ...*” denmektedir. Bu durumda, ibadethane kavramının geçtiği tüm mevzuatın kapsam ve sonuçları Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kararına bağlı kılınmaktadır. Nitekim konuyla ilgili yakın tarihli TBMM Başkanlığı kararı da bunu ortaya koymaktadır<sup>44</sup>.

Belediyesince karşılanmasına karar verildiği, bu kararın iptali istemiyle idari yargıda açılan davaların reddedildiği ve temyiz başvurusu sonucunda onanmak suretiyle kesinleştiği ve kararın halen yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır. Davacının sorumlusu olduğu Protestan Kilisesinin anılan meclis kararında belirtilen dini yerlerden olduğunda kuşku yoktur. Kararda sayılan ibadet ve dini eğitim yerleri dışında bir başka dine ve inanca mensup ibadethanelerin sayılmaması kararın belirli bir dine mensup ibadethaneler için alınmış özel bir karar olduğu anlamına gelmez. Zira belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesi düşünülemez. Bu durumda, davacının sorumlu olduğu Protestan Kilisesinin, yukarıda anılan belediye meclisi kararı kapsamında olan dini yerlerden olması nedeniyle bedelsiz su kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde eşitlik ve hakkaniyet kurallarına uyarlık bulunmadığından, işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”. Danıştay, 8. Daire, E. 2004/4350, K. 2005/809, 22.2.2005 (www.kazanci.com.tr).

<sup>41</sup> TBMM Başkanlığı, Tarih: 3.1.2012, E.No.2/36. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0236.pdf>

<sup>42</sup> Nitekim Alevi Çalıştay Nihai Raporunda, cem evlerine ibadethane statüsü verilmesi dahi aşağıdaki düzenleme ile bir dizi hak ve olanaktan yararlanabilmesi önerisi getirilmiştir: “Buna göre soruna doğrudan ilgili kanun ya da tüzükler aşağıdaki madde dikkate alınarak yeniden düzenlenebilir: “*Birer inanç ve erkân merkezi olarak değerlendirilen cem evleri de kanunlarda ibadethanelere tanınan bütün imkânlardan yararlanır.*” Ya da “*Cemevlerine de aynı imkânlar sağlanır.*” Bkz., T.C. Devlet Bakanlığı, Alevi Çalıştayları Nihai Raporu, Ankara, 2010, s.176. (<http://www.belgeler.com/blg/2bsw/alevi-calistaylari-nihai-raporu>).

<sup>43</sup> Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 11.1.2005 tarih ve B.02.DİB.0.12.00.01/015-38 sayılı cemevleri kararı, [http://www.alevihaberajansi.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=49&Itemid=30](http://www.alevihaberajansi.com/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=30).

<sup>44</sup> TBMM'ye cem evi açılmasına ilişkin talebe verilen cevabın dayanağı da bu karardır. Bkz., “Cemil Çiçek'ten Mecliste cemevi talebine ret: İbadet yerleri camidir”, 9.7.2012, <http://t24.com.tr/haber/cemil-cicekten-mecliste-cemevi-talebine-ret-ibadet-yerleri-camidir/208062>; “TBMM'den mahkemeye “Cemevi” savunması, Hürriyet, 11.12.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/22126869.asp>

Diğer yandan, cem evlerinin bugünkü kuruluşunun, dernek veya vakıf mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır<sup>45</sup>. Dernek yapılanması çerçevesinde, dernek tüzüğünde cemevinin ibadethane olarak zikredilmesi nedeniyle açılan kapatma davası hakkında, Ankara 16. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011 yılında red kararı verdiği<sup>46</sup>; buna karşılık, söz konusu alt mahkeme kararının Temmuz 2012'de Yargıtay tarafından bozulduğu da bilinmektedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, cami ve mescit dışında bir yerin ibadethane olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığına dikkat çekerek, derneğin kapatılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>47</sup>.

Buna ilaveten, belediyelerle ilgili 6360 sayılı kanunda belediyelerin görev ve sorumlulukları kapsamına dahil edilen mabet yapım, onarım, bakım, yardım gibi faaliyetlere ilişkin hükümlerde ibadethane yerine yeni bir terim kullanıldığı görülmektedir: "Mabet". Bu terim, hukuk düzeninde yer almayan bir terimdir; anlamı da yeni kanunda belirlenmemiştir. Kanunun gerekçesinde<sup>48</sup> hiçbir açıklama yoktur<sup>49</sup>. Kanunun parlamento görüşmeleri sırasında, mabet teriminin cem evlerini de içerpip içermediği konusundaki soruya -defalarca sorulmasına karşılık- yanıt verilmekten kaçınılmış, sonuçta mabedin ibadet yerlerini ifade ettiği, ancak Diyanet İşleri Başkanlığı'nca kabul edilmemesi nedeniyle cem evlerinin bu kapsamda olmadığı söylenmiştir<sup>50</sup>. Bu açıdan bir yenilik yoktur; ancak bütün bu belirlemeler kanunda neden ibadet yeri terimi yerine mabet teriminin kullanıldığını açıklamamaktadır<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Bkz., T.C. Devlet Bakanlığı, Alevi Çalışmaları Nihai Raporu, Ankara, 2010, s.163 vd. (<http://www.belgeler.com/blg/2bsw/alevi-calistaylari-nihai-raporu>)

<sup>46</sup> [http://www.alevifederasyonu.org.tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=956:bir-yarg-ve-iki-ayr-meclis-karar&catid=37:makaleler&Itemid=265](http://www.alevifederasyonu.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=956:bir-yarg-ve-iki-ayr-meclis-karar&catid=37:makaleler&Itemid=265)

<sup>47</sup> <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1095275&CategoryId=77>; <http://www.aksam.com.tr/cemevi-karari-yargitaydan-dondu--128889h.html>

<sup>48</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss338.pdf>

<sup>49</sup> CHP muhalefet şerhinde, " "Mabet", bugüne dek süren tartışmalarda ve Diyanet İşleri Başkanlığı tanımlamalarında, Cem Evleri'ni dışarıda bırakan bir terim olarak kabul edilmiştir. Mabet – tapınaklar ile ilgili olarak, yerel yönetimlerin herhangi bir yetkisi yoktur. Uygulamada belediyelerin camilerle ilgili çeşitli destek hizmetleri verildiği bilinmektedir. Düzenleme, bunu yasal hale getirmekle birlikte, farklı inanç kesimleri bakımından sorunlu uygulama olasılıklarını artırmaktadır. Hükümün "ibadet yerleri" olarak değiştirilmesi, İmar Kanunu'nda da bu terim kullanıldığı için daha yerinde olabilir" denmiştir, TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı: 338, s.165.

<sup>50</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem 3. Yasama Yılı, 19. Birleşim 9.12.2012, s.42-43. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=21330&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=80](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21330&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=80)

<sup>51</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem 3. Yasama Yılı, 19. Birleşim 9.12.2012, s.44-45- Birgün Ayman Güler (İzmir) - (...) "Ve inanç konusu... Burada, Diyanet İşleri Başkanlığının yorumunu temel alan bir Türkiye Büyük Millet Meclisi varsa biz Şeyhülislamlık dönemine döndük demektir. (CHP sıralarından alkışlar) Türkiye'de yorum, karar verme gücü Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Diyanet İşleri Başkanlığının ya da üniversitelerin ya da çok hatırı sayılır düşünürlerin tanımları bizi zenginleştiren girdi olabilir. İçişleri Komisyonu "Mabet cemevlerini içermez; Diyanet İşlerinin yorumu böyle çünkü." dedi. Türkiye Büyük Millet Meclisinin üzerinde bir Diyanet İşleri Başkanlığımız mı var? (...) Değerli milletvekilleri, cemevleri ülkemizde çok sayıda yurttaşımızın talep etmesi üzerine ibadet yeri olarak kabul edilmelidir. İmar hukukunda

Bu terimin, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın cem evlerine ilişkin kararında geçtiği görülmektedir. Peki, bu terim ibadethaneden başka bir şey midir? Türk Dil Kurumu sözlüğünde, mabet (Arapça) terimi ile ibadethane (Farsca) terimi “tapınak” olarak tanımlanmakta, tapınak terimi ise, içinde ibadet edilen, tapınılan yapı, mabet, ibadethane, ibadetgâh şeklinde tanımlanmaktadır<sup>52</sup>. Bu iki terim anlam bakımından aynı, ama acaba kapsam bakımından farklı mıdır? Uygulama kapsam açısından bir genişleme olup olmadığını ortaya koyacaktır; ama bugünden belli olan her hal ve durumda cemevinin ne mabet ne de ibadethane sayıldığıdır. Bu durum, Alevi inancının resmen tanınmamasından kaynaklanmaktadır; ancak ironik olan Avrupa ülkelerinin bazılarında (İsviçre Basel Kantonu, Almanya Hamburg Eyaleti, Avusturya ve Danimarka gibi<sup>53</sup>) Aleviliğin resmi statüsünün tanınmasıdır.

Bütün bu tespitler göstermektedir ki, cemevi hukuk düzeni nezdinde bir ibadethane olarak kabul görmediği için, cemevi yapımına yapılan bağışlar vergi matrahından indirilemeyecek, cami yapımına yapılan bağışlar ise indirim konusu edilebilecektir. Dolayısıyla, cami bağışı yapan mükellef daha az vergi ödeyecek, cemevi bağışı yapan mükellef ise bu vergi avantajından yararlanamayacaktır. Bu durumun vergide eşitlik ilkesine aykırılığı açıktır.

### **III- İbadethane Bağışı İndiriminin Anayasaya Aykırılığı: Mutlak Ayırmacılık Yasağı: Din Ölçütü**

Anayasa m.10'a göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Anayasa m. 73 ise herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bu anayasa maddelerinin ortak okuması vergide eşitlik ilkesinin açılımını vermektedir.

Vergide eşitlik ilkesi, aynı hukuki durumda olan vergi mükelleflerinin aynı vergisel muameleyle tabi tutulması, farklı hukuki durumda olan vergi mükelleflerine ise farklı vergisel muamelede bulunulması gereğini ifade eder. Dolayısıyla, diğer tüm alanlarda olduğu gibi, eşitlik ilkesinin vergilendirme alanında da uygulanma-

---

ibadet yerinden bahsedip bu belediye kanunlarında “mabet” sözünü seçmiş olmanın açıklaması yapılmalıdır. Mabetin ibadet yeri olup olmadığı konusunda tereddüde düşebilecek olan belediye uygulamacılarına ne diyeceğiz?

İbrahim Korkmaz (Düzce) - Kelime anlamıyla mabet ibadet edilen yer demektir.

Birgün Ayman Güler (Devamla) - Bir teknik boyut söylüyorum: İmar Kanunu'nda “İbadet yeri.” diyorsunuz, mabet değil, burada “Mabet.” diyorsunuz ibadet yeri değil. İkisinin birbirinden farkının ne olduğunu gelin o zaman tekrar Diyanet İşleri Başkanlığına bir sorun, madem kaynak orasıdır.

<sup>52</sup> <http://www.tdk.gov.tr>

<sup>53</sup> “Aleviler resmen tanındı”, Milliyet, 20.10.2012, <http://dunya.milliyet.com.tr/aleviler-resmen-tanindi/dunya/dunyadetay/20.10.2012/1614634/default.htm>; “Türkiye’de Asimilasyon, İsviçre’de Tanıma” (Turan Eser) <http://blog.radikal.com.tr/Sayfa/turkiyede-asimilasyon-ismivcrede-tanima-2166>. Bu konuya dikkatimi çeken Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi, sevgili dostum, Prof. Dr. Nihal Saban’a teşekkür borçluyum.

şı, vergi mükellefleri arasında yapılacak hukuki durum karşılaştırmasına ve varsa farklılıkların tespitine dayanmaktadır. Anayasa, 10 ve 73 vergilendirme alanında eşit muamele ölçütlerini şu şekilde belirlemektedir: Vergisel muamelelerde, “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler” farklılaştırma ölçütü olarak kullanılamaz (m.10). Vergisel muamelelerde, mükellefler arası hukuki durum karşılaştırması ancak mali güç esas alınarak yapılabilir (m.73)<sup>54</sup>. Mali gücü eşit olan vergi mükellefinin eşit muameleye tabi tutulmaları gerekir; tersine mali gücü eşit olmayan vergi mükellefleri arasında farklı muamelede bulunulması esastır. Fakat mali gücü eşit olanlar arasında din gibi bir sebeple ayrımcı eşitsiz muamele de bulunulması mutlak yasak kapsamındadır. Din ve inanç gibi sebepler, mali gücü eşit olan bu mükellefler arasında farklı muamele yapılmasına haklı neden olarak gösterilemez.

Vergilendirmede, din ve mezhep gibi sebepler farklılaştırma ölçütü olarak dahi kullanılmayacağına ve eşitliğin tesisi için esas alınması zorunlu karşılaştırma ölçütü mali güç olduğuna göre, biri cemevi yapımına bağlıta bulunan ancak yaptığı bağışı vergi matrahından indiremeyen, diğeri cami yapımına bağlıta bulunan ancak yaptığı bağışı vergi matrahından indirebilen iki gelir (veya kurumlar) vergisi mükellefinin, aynı mali güçte olmalarına rağmen farklı vergi yüküne katlanmalarının hiç bir haklı nedeni olamaz.

Anayasa Mahkemesi, daha önce, hayat standardı esasına ilişkin olarak hac seyahatlerine lehte vergisel muamele getiren kanunu iptal ederken, “*vergilendirmede eşitlik ilkesine göre belirli kişi veya grupların dil, din, ırk, cinsiyet gibi nedenlerle vergi dışı bırakılmayacağını*” belirtmiş, sağlanan vergisel avantajın mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiştir<sup>55</sup>. Mahkeme şöyle demiştir:

“Kanun’un 5. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu’na eklenen geçici 58. maddenin ikinci fıkrasının (k) bendinde, ticari ve mesleki kazanç sahiplerinin tedavi

<sup>54</sup> a) Yaltı, Billur, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:119, Ağustos 1998; Saban, Nihal, Vergi Hukuku, 5.Baskı, Beta, İstanbul, 2009, s.55; Ateş, Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Derin, İstanbul, 2006, s.91.

b) “Anayasa’nın 73. maddesindeki temel ayırım ve karşılaştırma ölçütü mükellef türü değil “mali güç” ve “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” ilkeleridir. Vergi sistemimizde dar ve tam yükümlülük arasında elde edilen gelirin niteliği ve unsurları yönünden herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Vergi yükü farklılaştırması mükellefin tam ya da dar olmasına göre değil, ödeme güçlerinin durumuna göre yapılabilir. Vergilendirmede, verginin konusu, matrahı kadar oranı da vergi yükünü, vergilendirmenin adaletli, dengeli ve mali güce göre olması ilkesini doğrudan etkilemektedir. ... Vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali güç sadece vergi konularak değil, mükellefler arasında ayırım yapılarak aynı gelir unsurundan vergi alınmayarak da bozular. Verginin konulmasında olduğu gibi kaldırılmasında ya da dava konusu kuralda olduğu gibi fiilen alınmamasına yol açan düzenlemelerde de Anayasa’nın vergilendirme ilkelerine uyulması gerekir. Vergilemeyle ilgili anayasal denetimde, sınıflandırma ve karşılaştırma mali güce, diğer bir deyişle gelirdeki büyüklük ölçüsüne göre yapılmak zorundadır. Gelirin niteliğinde farklılık yoksa mükellefin mukimliği farklılığın nedeni olamaz. ...”. Anayasa Mahkemesi, E.2006/119, K.2009/145,15.10.2009, RG.8.1.2010.

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2001/36, K.2003/3,K.6.1.2003, RG. 21.11.2003.

maksadıyla yapacağı yurt dışı seyahatler ile bir defaya mahsus olmak üzere yapılan hac seyahatleri için hayat standardı ilave göstergelerinin uygulanmayacağı, tedavi maksadıyla yapılan seyahatlerin ilgili sağlık kurullarından alınacak raporlarla tevsik edilmesinin şart olduğu belirtilmektedir.... Vergilendirmede genellikle ilkesinin amacı sosyal sınıf farkı gözetilmeksizin herkesin elde ettiği gelir, servet ya da harcamalar üzerinden vergi ödemesinin sağlanmasıdır. **Vergilendirmede eşitlik ilkesine göre de belirli kişi veya gruplar dil, din, ırk, cinsiyet gibi nedenlerle vergi dışı bırakılamaz. Vergilendirmede, ancak mali politika, sosyal, ekonomik ve vergi tekniğinin gerektirdiği nedenlerle bazı kişiler veya gelirler vergi kapsamı dışında tutulabilir.** Yurt dışı seyahatleri ister tedavi, ister hac amacıyla yapılsın seyahati yapan kişinin mali gücünün varlığını gösterir. Hayat standardı esası uygulamasında, turistik amaçlı yurt dışı seyahatlerin her biri için temel göstergeye ilave tutar eklendiği halde, dava konusu kuralda, tedavi ve bir kez yapılan hac seyahati bunun dışında tutulmuştur. Bu seyahatlerin hayat standardı göstergeleri dışında tutulmasının, Anayasa'nın 73. maddesindeki mali güce göre vergilendirme ve vergi yükünün eşit, adil ve dengeli dağılımı ilkelerine ve bunları sağlamakla yükümlü hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır<sup>56</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, devletin cezalandırma yetkisine ilişkin olarak verdiği ve semavi din- semavi olmayan din arasında ceza yaptırım farkı yaratan düzenlemenin hem laiklik hem de eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündeki kararı da benzer yönleriyle dikkate alınması gereken bir karardır<sup>57</sup>. Mahkemeye göre, “Ülkemizde kimi din ve inançların cemaatleşme safhasına henüz gelememiş olduğu gibi bir mülhaza ile dinler ve inançlar arasında ayırım yapılmasını haklı bir nedene dayandırmak mümkün değildir. Yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi asırdır. Yasaların genel olması ilkesi de bunu zorunlu kılar”. Bu durumda, devletin cezalandırma yetkisi ile vergilendirme yetkisini uygularken gözetmesi gereken tarafsız ve eşit muamele arasında hiçbir farkın olmadığı vurgulanmalıdır.

Bu durumda, ilgili kanun hükmünün, somut veya soyut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi halinde, Anayasaya aykırı bulunarak iptali beklenmelidir.

#### **IV- İbadethane Bağışı İndiriminin İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırılığı: Haklar Ekseninde İhlal Ölçütleri**

İHAS bağlamında, ele aldığımız bağış indirimi düzenlemesi üç hak ekseninde ele alınabilir: Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (İHAS, 9) ve/veya düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün kullanımında ayrımcılığa uğramama hakkı (İHAS, 9+14) ve/veya mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılığa uğramama hakkı (İHAS, P1-1

<sup>56</sup> İtalikler benim.

<sup>57</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1986/11, K.1986/26, 4.11.1986, RG.22.2.1987.

+14). Bu durumda bu maddeler açısından bir değerlendirme yapmak ve Sözleşme içtihadına bakmak doğru olur.

## 1. Din Özgürlüğü: İnanma Hakkı ve Açığa Vurma Özgürlüğü

### a. Hakkın İçeriğine Kısa Bakış

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşmenin 9.maddesinde düzenlenmiştir:

“Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü, din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

Bir kimsenin din veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir”.

Din özgürlüğünün ayrıntılarına girmeksizin<sup>58</sup>, İHAM’ın bu özgürlüğün öneme yaptığı vurguyu aktarmak doğru olur: “9. maddenin koruduğu, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşme’deki anlamında “demokratik toplumun” temellerinden biridir. Bu özgürlüğün dini boyutu inananların kimliğini ve yaşam algılamasını biçimlendiren en temel öğelerden biridir; ama bu aynı zamanda ateistler (tanrıtanımazlar), agnostikler (bilinemezci), septikler (kuşkucular) ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır”<sup>59</sup>. Din ve inanç kavramlarının Sözleşme organlarıncı tanımlanmadığı, Hıristiyanlık, Yahudilik, Müslümanlık, Hinduizm, Budizm gibi dinler ve Yehova Şahitliği, Scientology Kilisesi ve Universelles Leben Tariyatı gibi yeni dinsel oluşumların, üzerinde herhangi bir tartışma yapılmadan, din olarak kabul edilerek başvuruların incelendiği bilinmektedir. Aynı biçimde, pasifizm, ateizm ve vejetaryenizm gibi din dışı inançlar da, 9. madde kapsamında değerlendirilmiştir. Tüm bu inançların ortak özelliği, bazılarının semavi dinler olmasının yanı sıra, genel olarak bilinen, kabul gören ya da örgütlenmiş

<sup>58</sup> Bkz., Harris/Boyle/Bates/Buckley, Harris, O’Boyle & Warbrick Law of the European Convention of Human Rights, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, s.425 vd.; Dijk/Hoof/Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed., Intersentia, Antwerpen, 2006, s.752 vd.; White, Robin CA; Ovey, Clare, Jacobs, White & Ovey The European Convention on Human Rights, 5th ed., Oxford University Press, New York, 2010, s. 402 vd.

<sup>59</sup> Kokkinakis v. Greece, 25.5.1993, para.31 (Özenç, Berke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2005, s.20. Bu tez kitap olarak da basılmıştır: İstanbul Kitap Yayınevi, 2006).

inanç sistemleri olmalarıdır<sup>60</sup>. Mahkeme, inanç kavramının, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddede yer alan, görüş ya da düşünce ile eşanlamlı olmadığını, bu kavramın “belirli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve önem” taşıyan görüşler için kullanılabileceğini belirtmiştir<sup>61</sup>.

“9. madde öncelikle, bazen *forum internum* olarak da adlandırılan, bireysel inançlar ve dinsel itikatlar alanını korumaktadır. Bu açıdan din ve inanç özgürlüğü, bireyin, dış dünyaya (*forum externum*) yansımamış inançlarını korumayı amaçlamaktadır. Bu dokunulmaz alana öncelikle bireylerin istedikleri inanca sahip olabilmeye ve aynı zamanda, hiçbir inanca sahip olmama, özgürlüğü girmektedir. Böylelikle bireyler, inançlarını değiştirmeye ve açıklamaya ya da bazı inançları benimsemeye zorlanamayacak; belirli bir inanca sahip olabilmek ya da sahip olduğu inancı değiştirebilmek için herhangi bir makamın onayına tabi tutulamayacaktır”<sup>62</sup>. 9.madde aynı zamanda dış dünyaya (*forum externum*) ilişkin bir alana da sahiptir; herkes, din veya inancını, ibadet etmek, öğretmek, uygulamak ve gereklerini yerine getirmek yoluyla açığa vurma özgürlüğüne sahiptir. Açığa vurma özgürlüğü Sözleşmedeki kriterlere uygun olmak şartıyla sınırlandırılabilir<sup>63</sup>.

## b. Vergilendirme İlişkisine Geçiş

Din özgürlüğü ile vergilendirme arasındaki ilişki söz konusu olduğunda, Strasbourg organlarının bugüne kadar ortaya koyduğu içtihat bakımından, dini kurum ve kuruluş mensuplarının ihlal iddiaları ve dini kurum ve kuruluşlarının ihlal iddiaları olmak üzere ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırım ele aldığımız kanun maddesi açısından da zorunludur; çünkü bir yandan cemevi yaptırın vergi mükellefinin indirim hakkından yararlanamaması, diğer yandan kendisine yapılan bağış indirim konusu edilemeyen cemevinin bulunması söz konusudur.

### aa. Dini Kurum ve Kuruluşlara Mensup Kişilerde

Dini kurum ve kuruluşlara mensup kişiler açısından din özgürlüğü ile vergi yükümlülüğü arasındaki ilişki hakkında verilmiş kararlar göz önüne alınarak şu tespitlerde bulunulabilir:

İlk olarak, Strazbourg organları birçok kararda, 9.maddede düzenlenen din özgürlüğünün belirli bir vergi mükellefine vergi muafiyeti özgürlüğü verecek şekilde yorumlanamayacağını tekrarlamıştır<sup>64</sup>. Buna bir örnek, *E and GR v. Austria* kararıdır; Komisyon, Katolik Kilisesine ödenen kilise vergilerinin 9.maddeyi ihlal

<sup>60</sup> Özenç, s.25.

<sup>61</sup> Campbell and Cosans v. United Kingdom, 25.2.1982, para.36 (Özenç, s.26, dipnotu 31).

<sup>62</sup> Özenç, s.31.

<sup>63</sup> Harris/Boyle/Bates/Buckley, s.428.

<sup>64</sup> Baker, Philip, “Taxation and the European Convention on Human Rights”, European Taxation, August 2000, s.321.



etmediği sonucuna varırken, maddenin, özel olarak bir kişinin dinini, ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma hakkını koruduğunu, mali yükümlülüklerin bu sayılan faaliyetlerin hiç birine müdahale teşkil etmediğini, kişinin kiliseden ayrılarak söz konusu yükümlülüklerden kaçınabileceğini, bu olanağın tanınmasıyla kişiye din özgürlüğünü garanti altına almak için yeterince güvence verildiğini belirtmiştir<sup>65</sup>. Bu yaklaşım bir çok kararda uygulanmış, vergi ödemeye karşı veya vergilerin bazı yönlerine karşı ileri sürülen dini itirazlar reddedilmiştir<sup>66</sup>.

İkinci olarak, 9 uncu maddenin öznesine ilişkin bir tespitte bulunmak gerekir; maddede din ve vicdan özgürlüğünün öznesi “herkes” olmakla birlikte, gerçek kişiler, kilise gibi dini kurumlar ve dinsel ya da felsefi amaç taşıyan örgütler dışında<sup>67</sup>, ticari faaliyette bulunan ve kar amacı güden kurum ve şirketler bu hakkın öznesi olarak kabul edilmemektedir<sup>68</sup>.

Üçüncü tespit ise Quakers tarikatı mensuplarının açtığı bir dizi davadan kaynaklanmaktadır. Bu davalarda, toplanan vergilerin askeri harcamalara tahsis edilmesi dolayısıyla vergi ödeme yükümlülüklerinin din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası kabul görmemiştir. Komisyonun bu konudaki belirlemesi önemlidir: “Vergi ödeme, özgül bir vicdani etkisi olmayan, genel bir yükümlülüktür. Hiçbir yükümlünün, toplanan vergilerin hangi amaçlarla kullanılacağını etkileyemeyişi ya da bu konuda bir karar veremeyişi, bu yükümlülüğün nesnellliğini kanıtlamaktadır. Ayrıca vergi salma yetkisi Sözleşme sisteminde tanınmış ve 1 no’lu Protokol’ün 1.

<sup>65</sup> E. and G .R . v. Austria, 14.5.1984 (Baker, Human Rights, s. 322). Aynı karara ilişkin bir değerlendirmeye için bkz., Özenç, s.41. Benzer bir karar için bkz., Gottesmann v. Switzerland, 4.12.1984 (Baker, Human Rights, s.322).

<sup>66</sup> Örneğin Mahkeme, *Tamara Skugar* davasında, kişilere vergi kimlik numarası verilmesinin dini inançlarına aykırı olduğu iddiasını reddetmiş; uygulamanın din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir. *Tamara Skugar and Others v. Russia*, First Section, 3.12.2009 (Baker, Philip, “Some Recent Tax Decisions of the European Court of Human Rights”, European Taxation, June 2010, s.259). Bir başka örnek, İHAM, Bavyera kilise vergisi kesintisi uygulamasında kullanılmak üzere verilen vergi kimlik kartlarında din hanesinin bulunmasını din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulmamıştır, *Wasmuth v. Germany*, Fifth Section, 17.2.2011, 15.9.2011 final (Baker, Philip, “Some Recent Tax Decisions of the European Court of Human Rights”, European Taxation, June 2011, s.253). İHAM’ın daha önce Türkiye’den yapılan başvuru dolayısıyla genel kimlikte din hanesi uygulamasını Sözleşmeye aykırı bulan kararından (Sinan Işık v. Turkey, Second Section, 2.2.2010, 2.5.2010 final) farkı, burada genel bir uygulamanın değil, vergisel amaçlı özel bir uygulamanın olması, kimliğin sadece tevkifat yapacak olan vergi sorumlusu işverene ibraz edilmesidir.

<sup>67</sup> Bkz., *White/Ovey*, s. 408-409.

<sup>68</sup> a) Konu ile ilgili olarak bkz., Özenç, s. 23; Emberland, Marius, *The Human Rights of Companies, Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, New York, 2006, s.53-54.  
b) Finlandiyalı bir limited şirketin kilise vergisi ödeme yükümlülüğünün din özgürlüğü bağlamında tartışıldığı İHAM kararı için bkz., *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB and Others v. Finland*, 15.4.1996 (Baker, Human Rights, s.322).

c) İsviçre Yüksek Mahkemesinin şirketlerin din özgürlüğünden bahsedilemeyeceğine ilişkin kararı için bkz., *Wüthrich, Rolf*, “Switzerland”, *European Taxation*, December 2001, s.582.

maddesiyle düzenlenmiştir. 9. madde, [İHAS'ta] düzenlenen ve yasalarca öngörülen ve de **kamusal alanda tarafsız ve genel olarak uygulanan bir işlemi**, vicdani gerekçelere dayanarak kabul etmeme hakkını tanımaz<sup>69</sup>. Bu davada geçen **tarafsız ve genel** kavramları önemlidir. Şöyle ki, Sözleşme içtihatı çerçevesinde, vergi ile din özgürlüğü arasındaki ihlal ilişkisinin kriterlerinin tespiti oldukça güçtür. Bu içtihat, yaptığı bağısı vergi matrahından indiremediği o nedenle de fazla vergi ödediği ve ödenen bu verginin din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına açılım vermemektedir. Strasbourg, bu özgürlüğü, vergi ödememeyi sonuçlayacak şekilde okumamaktadır. Ancak, eğer vergi tarafsız ve genel uygulanan bir kanundan kaynaklanmıyorsa durum değişebilir ki ele aldığımız kanun bu mahiyettedir. O halde, konuya ayrımcılık yasağı çerçevesinde bakmak daha doğru olabilir. Bu konuya yeniden dönülecektir.

### bb. Dini, Kültürel veya Felsefi Kurum ve Örgütlerde

*Dini*, kültürel veya felsefi kurum ve örgütler açısından ise içtihatların gelişimi şöyle ortaya konulabilir. Örneğin, *Sivananda de Yoga Vedanta* davasında, yoga ve Hindu felsefesi eğitim ve uygulaması ile iştigal eden derneğin ödediği vergilerin din özgürlüğünü ihlal iddiası ele alınmış, Komisyon, Sözleşmenin 9. maddesinde, dini veya kültürel niteliği olan bir derneğin bütün faaliyetlerinin tamamıyla vergiden istisna edilmesini sağlayan bir hakkın yer almadığını; din özgürlüğü hakkının, kiliseler veya bunların üyelerine diğer vergi mükelleflerinden farklı bir statü verilmesini gösteren hiç bir yönünün bulunmadığını belirtmiştir<sup>70</sup>.

Din özgürlüğü ve vergilendirme konusunda İHAM'da ihlal kararının verildiği tek bir dava vardır; o da Fransadan gelen *Jehovah's Witnesses* davasıdır; Fransa'da tarikat olarak muamele gören Yehova Şahitlerinin, tahsil ettiği bağışlar için intikal vergisi muafiyetinden yararlanamayacağı gerekçesiyle yapılan cezalı vergi tarihiyatının miktarı gecikme faizleriyle birlikte kurumun iflasına yol açacak miktarda olmuştur. İHAM, söz konusu vergilerin miktarının, kurumun dinsel faaliyetlerini sürdürmesini olanaksız kılacak düzeyde olduğunu ve bunun din özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığını belirtmiştir. Bu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, ilgili yerel mevzuatı belirsiz ve öngörülemez bulmuş, dolayısıyla ihlal tespiti yasallığa aykırılıktan kaynaklanmıştır<sup>71</sup>. Bu durumda, dini örgütlenmeler açısından da, konuyu ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirmek bir açılım getirebilir mi sorusunun cevabı aranmalıdır.

<sup>69</sup> C. v. United Kingdom, 15.12.1983 (Özenç, s.42); Hibbs and Birmingham v. United Kingdom, 18.7.1986 (Baker, Human Rights, s.322).

<sup>70</sup> Association Sivananda de Yoga Vedanta v. France, 21.2.1996 (Baker, Human Rights, s.321-322).

<sup>71</sup> The Association of Jehovah's Witnesses v. France, Fifth Section, 30.6.2011, 30.9.2011 final (Baker, Philip, "Some Recent Tax Decisions of the European Court of Human Rights", European Taxation, June 2012, s.309-310). Ayrıca bkz., Peroni, Lourdes, "Jehovah's Witnesses and Freedom of Religion in France", 5.7.2011, <http://strasbourgoobservers.com/2011/07/05/jehovahs-witnesses-and-freedom-of-religion-in-france>

## 2. Ayrımcılık Yasağı: Hakların Kullanımında Eşit Uygulama Talep Hakkı

İHAS, 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağı, Sözleşmede yer alan hakların bütünleyici bir parçasıdır. Sözleşmenin 14.maddesinde ayrımcılık yasağı başlığı altında şu düzenleme yer almaktadır:

*“Bu sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır”.*

Öncelikle, 14 üncü maddenin kapsamının sınırlılığına ilişkin bir tespitte bulunmak gerekir. 14.madde, devletlere, Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklerin ayırım yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına alma yükümlülüğü getirmiştir. Sözleşmede düzenleme altına alınmayan haklar bakımından böyle bir yükümlülük yoktur<sup>72</sup>. Yani ayrımcılık yasağı İHAS'ta düzenlenen haklarla sınırlıdır<sup>73</sup>. Bu nedenle de 14.madde Sözleşmedeki diğer maddelerden bağımsız değildir, ancak *14.maddenin ihlali için diğer maddede düzenlenen hak ve özgürlüğün ihlali önkoşul değildir*<sup>74</sup>: “...[B]u maddedeki güvencenin bağımsız bir varlığı yoktur. Bu güvence Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Bir tasarruf kendi başına Sözleşme’deki hak ve özgürlüklere uygun olabilir; ancak bu tasarruf 14.madde ile birlikte okunduğunda ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme’deki bir hakkı ihlal edebilir. Ele alınan niteliği ne olursa olsun, 14.madde hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünleyici parçasını oluşturur”<sup>75</sup>. Bu durumda, ayırım yapmama yasağı bakımından yapılacak bir değerlendirmede, bağlantılı hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olup olmadığı değil, iddia dayanağı maddi olayların ilgili hak ve özgürlüklerin alanına, çerçevesine girip girmediği araştırılır<sup>76</sup>. Dolayısıyla, vergilendirme alanında bir vergisel muamelenin Sözleşmenin 14.maddesi anlamında ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği, söz konusu muamelenin Sözleşmenin diğer maddelerinde düzenlenen bir hak veya özgürlükle bağlantılı olarak değerlendirilecek bir konudur. Yani, örneğin mülkiyet hakkının veya özel yaşam hakkının ya da adil yargılanma hakkının kullanımında vergi yoluyla ayrımcı muamele yapıp yapılmadığı

<sup>72</sup> Harris/Boyle/Bates/Buckley, s.577-578.

<sup>73</sup> Sözleşmeye ek 12.Protokol’ün 1.maddesinde, sadece İHAS’da tanınan haklar açısından değil bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür (CETS No.177). Türkiye 18.4.2001 tarihinde Protokol’ü imzalamış, henüz onaylamamıştır. Bkz., İnceoğlu, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, No. 18, Ankara, 2001.

<sup>74</sup> Harris/Boyle/Bates/Buckley, s.578, 580.

<sup>75</sup> Belgian Linguistic Case v. Belgium, 23.7.1968 (Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.1, İstanbul, 2002. s.53).

<sup>76</sup> Harris/Boyle/Bates/Buckley, s.578; Karş., Van der Mussel v. Belgium, 23.11.1983, para.43 (DOĞRU, s.636).

incelenir<sup>77</sup>. Ele aldığımız olayda, bağış indirimi yoluyla, din özgürlüğünün kullanımında ayrımcılık ve/veya mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılık yapıldığı iddia edilebilir.

### a. Din Özgürlüğünün Kullanımında Ayrımcılık

Konuya yine dini topluluklar ve dini topluluklara üye olan kişiler açısından bakmakta fayda vardır.

#### aa. Dini, Kültürel veya Felsefi Kurum ve Örgütlerde

Vergilendirme alanında, 9 uncu maddenin 14 üncü madde ile bağlantılı olarak ele alındığı iki dava vardır. Bu davalar dini örgütlenmelerin mensupları tarafından değil, bizzat *dini kuruluşlar tarafından* açılmış davalardır ve her ikisi de belirli bir kiliseye verilen vergi istisnasının diğer dini gruplara tanınmamasından kaynaklanmıştır. *Ortega Moratilla v. Spain* davasında, İspanya Protestan Kilisesi, Katolik Kilisesine tanınan emlak vergisi istisnasının kendilerine tanınmamasının din özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon, Katolik Kilisesine verilen istisnanın Vatikan'la yapılan özel bir anlaşmaya dayandığını, koşullar arasındaki bu farklılığın, her iki kilise arasındaki farklı muameleye meşru bir gerekçe oluşturduğunu belirtmiştir<sup>78</sup>. *Sivananda de Yoga Vedanta* davasında<sup>79</sup> ise, yoga ve Hindu felsefesi eğitimi veren dernek Fransa Katolik kilisesine verilen vergi istisnası dolayısıyla ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. Komisyon yine, dini statüsü olmayan Dernekle Katolik Kilisesinin karşılaştırılabilir durumda olmadığı kararını vermiştir<sup>80</sup>. Buna karşılık yakın tarihli bir dava, içtihatla ilgili farklı bir değerlendirme yapmamıza neden olabilir. Gerçi ele alacağımız dava bir vergi davası değildir; ancak vergilendirmeyle ilgili önemli referanslar içermektedir. Diğer bir deyişle, bağış indirimi müessesesinin cemevleri ile ilgili olarak doğurduğu eşitsiz sonuçlar, daha kapsamlı hak ihlali iddiasının bir parçası olarak değerlendirmeye tabi tutulabilir. Açıklayalım.

*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*<sup>81</sup> (Avusturya Yehova Şahitleri) davasında, başvuruçular, Avusturya yetkili makamlarının, Yehova

<sup>77</sup> Yaltı, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta, İstanbul, 1997, s.184-185.

<sup>78</sup> Iglesia Bdulisla "El Salvador" and José Aquilino Ortega Moratilla v. Spain, 11.1.1992 (Baker, Human Rights, s.323).

<sup>79</sup> Association Sivananda de Yoga Vedanta v. France, 21.2.1996 (Baker, Human Rights, s.321-322).

<sup>80</sup> a) Baker, Human Rights, s.323.

b) Yunanistan'da görülen bir davada ise, idare mahkemesi, Yunan Ortodoks Kilisesine tanınan emlak vergisi muafiyetinin diğer dini topluluklara tanınmamasını, din özgürlüğünün tanınan bütün dini topluluklara eşit muameleyi gerektirdiğini belirterek ayrımcı bulmuştur. *Monastery of Brothers of Delasal Christian School v. Community of Pefka, Thessaloniki*, First Instance Administrative Court of Thessaloniki, Decision No. 1064/1998, (Tsourouflis, Andreas, "Greece", European Taxation, December 2001, s.528, dipnotu 30).

<sup>81</sup> Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, First Section, 31.7.2008, 31.10.2008 final.

şahitlerine önce hukuki kimlik tanımaması, daha sonra ise diğer dini topluluklarla mukayese edildiğinde daha sınırlı kapsamda tanınması dolayısıyla din özgürlüğünün ihlal edildiğini ve 14 üncü madde ile bütünleşik olarak din özgürlüğünün kullanımında ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür<sup>82</sup>. Bu dava Yehova Şahitlerinin dini topluluk olarak tanınması için mevzuatta yer alan farklı ve daha ağır koşullarla doğrudan ilgilidir. Mahkeme - ki bu konu aşağıda yeniden ele alınacaktır-, dini toplulukların tanınması konusunda istikrar kazanan içtihadını bu davada da sürdürmüştür; bir dini örgütlenmenin devlet tarafından tanınmaması din ve vicdan özgürlüğünü ihlal eder<sup>83</sup>. Mahkeme, ayrımcılık konusunda ise şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Mahkeme, Avusturya hukukuna göre dini toplulukların birçok alanda imtiyazlı muameleye tabi tutulduğunu gözlemler. Bu alanlar, askeri ve sivil hizmet muafiyeti, **bazı vergiler açısından vergi muafiyeti veya indirimli vergi uygulaması**<sup>[84]</sup>, okul kurma imkânlarının sağlanması ve bazı kurullara üye olunması gibi alanlardır (...). Özellikle vergi alanındakiler olmak üzere, tanınan imtiyazların sayısı ve niteliği dikkate alındığında, dini toplulukların sahip olduğu avantajlar önemli düzeydedir ve bu özel muamele bir dini topluluğun dini amaçlarını gerçekleştirmesini kuşkusuz kolaylaştırmaktadır. Dini topluluklara tanınan söz konusu önemli imtiyazlar çerçevesinde, Sözleşmenin 9.maddesinin Devlete bu alandaki yetkilerini kullanırken yüklediği **tarafsız kalma yükümlülüğü**, Devlet dini topluluklara özel bir statü veren hukuki kimliğin tanınması için bir çerçeve oluşturmuşsa, bundan yararlanmak isteyen bütün dini grupların bu statüye başvurma konusunda adil olanaklara sahip olmasını ve oluşturulan kriterlerin ayrımcı olmayan bir biçimde uygulanmasını gerektirir”<sup>85</sup>. Dolayısıyla, dini toplulukların kurumsal statüsünün tanınması-tanınmaması meselesinin<sup>86</sup> uzantısı olarak, bütün dini toplulukların devletin tanıdığı imtiyaz ve avantajlı muamelelerden eşit yararlanması zorunludur; aksi durum din ve vicdan özgürlüğünün kullanımında ayrımcı muameledir ve hak ihlalidir. Demek ki bağış indirimi müessesesi de cemevlerinin tanınması-tanınmaması meselesine bağlı hak ihlalinin önemli sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

<sup>82</sup> Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, para.3.

<sup>83</sup> Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, para.62.

<sup>84</sup> Avusturya mevzuatına göre, tanınan dini topluluklara yapılan bağışlar, yılda 100 Avro ile sınırlı olmak üzere gelir vergisi matrahından indirilebilmektedir. Tanınan dini toplulukların mülkiyetinde bulunan veya bunlar tarafından dinsel amaçlarla kullanılan gayrimenkuller emlak vergisinden muafur. Tanınan kiliseler ve dini topluluklara yapılan bağışlara (o tarihte) uygulanan veraset ve intikal vergisi oranı %2.5'a indirilmiştir, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, para.55.

<sup>85</sup> Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, para.92.

<sup>86</sup> Mahkeme bu konuyu örgütlenme özgürlüğü ile birlikte değerlendirmektedir, ancak bu değerlendirmenin içeriği din özgürlüğü ile ilgilidir, White/Ovey, s.439.

### bb. Dini Kurum ve Kuruluşlara Mensup Kişilerde

*Dini toplulukların mensuplarına* gelince, bu konuda ilgili olabilecek tek dava *Darby v. Sweden* davasıdır; ancak bu davadaki iddia, Komisyon raporunda 9+14 üncü madde etrafında incelenmiş olmasına rağmen<sup>87</sup>, İHAM meseleyi mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılık yasağı çerçevesinde (P1-1+14) incelemiştir. Davada, başvuru, Finlandiya vatandaşıdır; hafta içinde İsveç'te çalışmakta, hafta sonları Finlandiya'da kalmaktadır. İsveç vatandaşı olmamasına, İsveç'te resmi olarak mukim kaydı bulunmamasına ve İsveç Kilisesine üye olmamasına rağmen, Dr. Darby, kilise üyesi olmayan ancak resmi mukim kaydı bulunan kişilerin yararlandığı Kilise Vergisi istisnasından yararlandırılmamıştır<sup>88</sup>. Komisyon, din özgürlüğünün kullanımında ikametgâha dayalı bir ayırım yapıldığını belirlemiştir; ancak İHAM, mülkiyet hakkının kullanımında ikametgâha dayalı ayrımcılık tespit etmiştir. Darby davasındaki bu yaklaşım temel alındığında, cami bağışını vergi matrahından indirebilen vergi mükellefi ile cemevi bağışını vergi matrahından indiremeyen vergi mükellefi arasında, ikinci mükellefler aleyhine mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılık iddiasının daha kuvvetli bir iddia olduğu düşünülmektedir. Bu hem içerik hem de kapsam yani mağdur statüsü açısından da önemlidir, çünkü bağış indirimi müessesesi hem gerçek kişileri hem de kurumları kapsamaktadır.

### b. Mülkiyet Hakkının Kullanımında Ayrımcılık: Dini Kurum ve Kuruluşlara Mensup Kişilerde

İHAM, ayrımcılığı, kısaca, “önemli ölçüde benzer durumda olan kişilere, nesnel ve meşru bir gerekçe olmaksızın, farklı muamelede bulunulması” şeklinde tanımlamıştır<sup>89</sup>. Ayrımcılık yasağının uygulanması bakımından, muamele farklılığına tabi grupların “benzer” durumda olup olmadığı ve 14.maddede sayılı statü kriterlerinden (sınırlayıcı bir biçimde sayılmayan kriterler) hangisi esas alınarak farklılaştırma yapıldığı ortaya konulmak durumundadır<sup>90</sup>. Ayrımcılık yasağı, “benzer durumdaki bireyleri, Sözleşmede ve Protokollerinde sayılan hakların kullanımında ayrımcılığa karşı korumaktadır. Bununla beraber, bu bireylerden birine yönelik muamelede herhangi bir farklılık sadece “nesnel ve meşru bir gerekçeye dayanmıyorsa”, yani “meşru bir amaca” hizmet etmiyorsa ve “gerçekleştirilmek istenen amaç ile bunun için kullanılan yollar arasında mantıklı bir orantılılık ilişkisi” yoksa ayrımcı olur”<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Darby v. Sweden, Report of the Commission (adopted on 9 May 1989), 11581/85, para. 62 vd. Ayrıca bkz., Özenç, s.45.

<sup>88</sup> Bkz., Yaltı, s.187.

<sup>89</sup> Zarb Adami v. Malta, Fourth Section, 20.6.2006, 20.9.2006 final, para.71 (Harris/Boyle/Bates/Buckley, s.579).

<sup>90</sup> Harris/Boyle/Bates/Buckley, s.580 vd.

<sup>91</sup> Darby v. Sweden, para.31.

Bu standartları ele aldığımız düzenleme bakımından değerlendirelim. Mülkiyet hakkı (P1-1) Sözleşmede düzenleme altına alınmakta ve maddenin ikinci fıkrasında, vergilendirme mülkiyet hakkına meşru müdahale olarak açıkça hükme bağlanmaktadır<sup>92</sup>. Dolayısıyla vergilendirmede bağış indirimi uygulamasının Sözleşme kapsamına giren mülkiyet hakkı ile ilgisi açıktır. Bu hakkın kullanımında, Sözleşmede farklı muameleye temel alınması yasak olan statü kriterlerinden “dini statüye” dayalı ayrımcılık yapılamaz. Değerlendirme konusu kanun hükmü sonucunda, cami bağışı yapan bir vergi mükellefi vergi avantajından yararlanırken, cemevi bağışı yapan vergi mükellefi, benzer durumda olmasına rağmen aynı vergi avantajından yararlanamamaktadır. Bunun sonucu olarak iki kategori vergi mükellefi arasında ödenen vergi açısından birinin lehine diğerinin aleyhine fark oluşmaktadır. Bu durumda, söz konusu vergi mükellefi gruplar arasında mülkiyet hakkının kullanımı bakımından dini statüye göre farklı muamele yapılmaktadır.

Bu gruplar arasında farklı muamele tespit edildikten sonra, Mahkemenin genel test standartları çerçevesinde, söz konusu muamelenin nesnel ve meşru bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı araştırılacaktır. Bunun için de ilk olarak uygulamanın meşru bir amacı olup olmadığı ve ikinci olarak da, meşru bir amaca dayandığı tespit ediliyorsa, uygulamanın orantılı olup olmadığı incelenecektir.

Cami-cemevi bağışlarının farklı vergisel muameleye tabi tutulmasının meşru bir gerekçesinin olduğu söylenemez. Bu sonuç, İHAM’ın din özgürlüğü hakkında genel içtihadından<sup>93</sup> ve özel olarak da Alevi mezhebine ilişkin daha önce Türkiye aleyhine açılmış, kimlikteki din hanesi kararı (Sinan Işık Kararı)<sup>94</sup> ile din dersleri kararından (Hasan ve Eylem Zengin Kararı)<sup>95</sup> çıkmaktadır.

İHAM, Sinan Işık kararında şöyle demiştir: “İHAM, öte yandan başvuranın talebinin reddedilmesiyle sonuçlanan davanın Diyanet İşleri Başkanlığı’nın mensubu olduğu mezhebi İslam’ın bir yorumu olarak vasıflandırılmasına bakılarak karara bağlanmasına karşı çıktığını gözlemlemektedir. Bu konuyla ilgili olarak İHAM, her zamanki gibi, Devletin, dini çoğulculuk da dahil olmak üzere, her türlü çoğulculuğun nihai garantörü olduğu demokratik bir toplumda, yetkili mercilerin, başkalarına zarar verecek şekilde dini yorumlardan birine ayrıcalık tanımaya ya da başka bir dini topluluğu veya bu topluluğun bir kısmını rızası olmaksızın birleşik bir yönetim altında toplamaya veya böyle bir yönetime maruz bırakmaya yönelik önlemler almak gibi bir rolü olmadığını hatırlatmaktadır (Yunanistan aleyhine Serif davası, no 38178/97, prg. 53, CEDH 1999-IX). İHAM içtihadına göre Devletin nötr ve tarafsız olma zorunluluğu, dini inançların veya bu inançların ifade edilme

<sup>92</sup> Bkz., Yaltı, s.45 vd.

<sup>93</sup> Örneğin bkz., Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, Former First Section, 13.12.2001, 27.3.2002 final.

<sup>94</sup> Sinan Işık v. Turkey, Second Section, 2.2.2010, 2.5.2010 final.

<sup>95</sup> Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, Former Second Section, 9.10.2007, 9.1.2008 final.

yollarının meşru olup olmadığını belirlemek konusunda ona bir takdir hakkı tanımaz ve bu zorunluluk kapsamında Devlet, aynı gruba dahil olsalar bile karşı görüşe sahip toplulukların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamalıdır (bakınız, mutatis mutandis, Yunanistan aleyhine Manoussakis ve diğerleri davası, 26 Eylül 1996, prg. 47, Karar ve hükümlerin derlemesi 1996-IV; yine bakınız Moldova aleyhine Bessarabie Metropolitan Kilisesi ve diğerleri davası, no 45701/99, prg. 123, CEDH 2001-XII). İHAM, bu nedenle ulusal mahkemelerin başvuranın mezhebiyle ilgili değerlendirme yaparken İslam dini alanını ilgilendiren işlerde yetkili bir makamın tavsiyesini esas almasının Devletin nötr ve tarafsız olma yükümlülüğü ile bağdaşmadığı kanaatine varmaktadır<sup>96</sup>.

Mahkeme, Zengin kararında ise şöyle demektedir: “Mahkeme, çoğulcu demokratik bir toplumda Devlet’in çeşitli din, inanç ve düşüncelere karşı tarafsız ve yansız olma ödevinin, dini inançların veya bunların sergilenme yöntemlerinin meşruluğuna ilişkin olarak Devlet tarafından yapılacak herhangi bir değerlendirme ile uyuşmadığını her zaman vurgulamış olduğunu hatırlatır (bkz. Manoussakis ve Diğerleri - Yunanistan, Raporlar 1996-IV ve Hasan ve Chaush - Bulgaristan [BD], no. 30985/96). Ayrıca, Devlet’in dini toplulukların birleştirilmiş bir liderlik altında toplanmaları veya kalmaları için tedbir almasına gerek bulunmamaktadır (bkz. Serif - Yunanistan, no. 38178/97)”<sup>97</sup>.

İHAM’a göre, Devlet, demokratik bir toplumda dini çoğulculukta dâhil olmak üzere her türlü çoğulculuğun garantörüdür ve çoğulcu demokratik bir toplumda Devletin çeşitli din, inanç ve düşüncelere karşı tarafsız ve yansız olma ödevi bulunmaktadır. Bu sebeple, yetkili mercilerin, *başkalarına zarar verecek şekilde dini yorumlardan birine ayrıcalık tanımaya yönelik önlemler almak* gibi bir rolü yoktur. Dolayısıyla, Devletin dini yorumlardan birine vergisel ayrıcalıklar yaratarak ayrımcı muamelede bulunması hiç bir meşru amacı yoktur. Bu nedenle, değerlendirdiğimiz kanun hükmünün uygulanması ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelir.

## V- Bitirirken

Bağış indirimi düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi kaçınılmazdır; bu ya iptal veya itiraz yolu ya da bireysel başvuru yolu (AY, 148)<sup>98</sup> ile gerçekleşecektir. Birinci halde, kanunun Anayasaya uygunluğu (AY,10, 73) ölçümlenecektir: Kanun Anayasaya aykırıdır. İkinci halde ise hak ihlalinin olup olmadığı<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Sinan Işık v. Turkey, para.45-46. Kararın çevirisi Adalet Bakanlığı’nın web sitesinden tedarik edilmiştir. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/21924-05.pdf>

<sup>97</sup> Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, para.54. Kararın çevirisi Adalet Bakanlığı’nın web sitesinden alınmıştır. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/21924-05.pdf>

<sup>98</sup> Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, No. 6216, RG.3.42.011. 6216 Sayılı Kanunun bireysel başvuruya ilişkin 45 ila 51 inci maddelerinin yürürlük tarihi 23.9.2012 olarak belirlenmiştir (Geç.m.76(1)(a)).

<sup>99</sup> Bkz., “Vergi Uyuşmazlıklarında Yeni Başvuru Yollarının Yargıya Etkisi: Ombudsman Başvurusu ve



(AY, 10, 35, 73) ölçümlenecektir: Cami başışı - cemevi başışı farkı, vergi mükellefinin mülkiyet hakkının kullanımında din statüsüne göre ayrımcı muameledir; hak ihlalidir.

---

Bireysel Başvuru”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:286, Temmuz 2012; Gümüşkaya, Gamze, “Vergi Ödevlisinin Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurusunun Kabul Edilebilirlik Koşulları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Vergi Hukuku Özel Sayısı, C.17, Sayı:3-4, 2011, s.33 vd.

# CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİNİN İRADELERİNİN CEZA MUHAKEMESİNİN YÜRÜYÜŞÜNE ETKİSİ SORUNU (*Consensual Criminal Procedures and Their Influence on Criminal Prosecutions*)

Feridun YENİSEY\*

## ÖZET

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku kamu davasının mecburiliği prensibini kabul etmiş ve yeterli şüphe varsa, C. savcısı kamu davasını açmak zorunda bırakmıştır. Takdirilik sistemine ve tarafların iradelerinin muhakemenin gidişatını etkilemesine ise, istisnai olarak yer verilmiştir. Ancak, son yıllarda hukukta meydana gelen gelişmeler neticesinde, uzlaşma (*mediation*) kurumu kabul edilerek, sanığın kendisi hakkında yapılmakta bulunun soruşturmayı ve dava pazarlığı (*plea bargaining*) yöntemi ile de kovuşturmayı, özgür iradesi ile sonlandırmasının yolu açılmış olduğu için, bu konu mukayeseli hukuktaki gelişmeler nazara alarak incelenecek ve sistematik bir düzenleme yapılması önerilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Uzlaşma, Dava pazarlığı, Soruşturma, Kamu davasının mecburiliği, Takdirilik sistemi.

## *Abstract*

Turkish Criminal Procedure Law is based on mandatory prosecution. The suspect as a party has only a limited influence on the commencement of an investigation or prosecution against himself. In this paper we will focus on simplified procedures where the defendant may play a leading role on the outcome of investigation or on the prosecution with his free will. Recent developments in mediation and plea-bargaining procedures in United States and in Germany may be a good model for legislator in Turkey.

**Keywords:** Mediation, Plea bargaining, Investigation, Mandatory prosecution, Discretionary prosecution.

Akademik hayatımda verdiğim bazı önemli kararlara, sağ duyulu önerileri ile yön vermiş olan ve bilimsel eserlerinde her zaman objektif görüşlere yer veren değerli bilim insanı Prof. Dr. *Nur Centel* için hazırlanan bu Armağanda, *muhakeme süjelerinin iradeleri ile kamu davasının yürüyüşünü ve sonlandırılmasını etkilemesi konusunu*, mukayeseli hukuktaki gelişmeleri nazara alarak inceleyecek ve sistematik bir düzenleme yapılmasını önereceğiz.

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

## 1. Giriş

Ceza Muhakemesi Hukuku kamu hukukunun bir dalıdır. Ceza muhakemesi de kamusaldır. Bu nedenle, işlenmiş olan bir suçun muhakemesinin yapılıp yapılmaması konusunda mağdur veya failin yönlendirici irade açıklamaları, prensip olarak hukuki sonuçlar doğurmaz. Bununla birlikte, klasik ceza muhakemesi bazı hallerde tarafların iradelerine değer veregelmiştir. Ayrıca, son yıllarda hukukta meydana gelen gelişmeler neticesinde, sanığın kendisi hakkında yapılmakta bulunun kamusal soruşturma ve kovuşturmayı özgür iradesi ile sonlandırmasının yolu, uzlaşma (*mediation*) ve dava pazarlığı (*plea bargaining*) yöntemlerinin Amerika'dan Avrupa'ya gelmesi ile açılmıştır.

Diğer taraftan, işlenen suçların artması ile, *kamu davasının mecburiliği prensibine* dayanan klâsik muhakeme usulü uygulanamaz hale gelmiş ve muhakemenin morfolojik prensibi<sup>1</sup> uyarınca, bir kısmı tarafların rızasına dayanan *alternatif yöntemler* ve *basit muhakeme usulleri* de doğmuştur. Mesela, suçüstü halinde basit muhakeme usullerinin kabul edilmesi, mecburilik prensibinin istisnalarına<sup>2</sup> yer verilmesi ve *sulh hakiminin ceza kararname* ile, kabul iradesine bağlı olarak, duruşma yapmadan ceza verme yönünde kendisini göstermiştir. Böylece, ceza verme yetkisi, şüphelinin kabul etmesi yanında diğer bazı şartlarla, savcılara ve idarî makamlara bırakılmıştır.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu ise, geniş ölçüde *kamu davasının mecburiliği* prensibini kabul etmiştir. Suç işlendiği konusunda yeterli şüphe<sup>3</sup> bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısının “kamu davasını açmak için iddianame düzenlemesini” mecbur tutan bu ilkenin (CMK 170) iki anlamı vardır: *araştırma yapma mecburiyeti* ve *araştırmanın sonunda yeterli şüphe ortaya çıktığında, dava açma mecburiyeti*.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Kunter/Yenisey/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18 inci Bası, İstanbul 2010, sh. 648.

<sup>2</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2012, sh. 450.

<sup>3</sup> *Yeterli şüphenin* aynı Kanununun iki ayrı maddesinde farklı ölçütlere bağlanması eleştirilmiştir; gerçekten, CMK 170/2 de, iddianame düzenlenmesi için, *suçun işlendiği hususunda yeterli delil* aranırken, CMK 172/1 de, kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek için, *kamu davasının açılması için yeterli delil*den söz edilmiş olması, çelişkidir (Centel/Zafer, sh. 449). Her ikisinin de, *suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturulan delil* kriterine bağlanması önerisine katılıyoruz.

<sup>4</sup> “Mecburilik” veya “kanunilik” prensibinin soruşturma evresinde oynadığı rol, bir nevi “eşitlik” sağlanmasıdır: bu sistemde, kanunun suç olarak düzenlediği bir fiili yaptığı konusunda “yeterli şüphe” bulunan herkes hakkında, failin kişisel özelliklerine bakılmaksızın, kamu davası açılır. Takdirlilik sisteminde ise, “kanuna bağlılık” ortadan kalkmakta ve bir ölçüde kovuşturmada keyfîlik gibi istenmeyen bir sonucun doğması ortaya çıkmaktadır (Willms, JZ 1957, 465.) Bununla birlikte, mecburilik prensibinin istisnaları kanunla düzenlendiği için, keyfîlik önlenmiştir, diyenler de vardır (F.-C. Schroeder, FS Peters, 1974, 411). Gerçekten, kanunu uygulayanlar için, belli bir “boş alan” bilerek bırakılmışsa, asıl “takdirlilik” budur; yoksa mecburiliğin istisnası kanunla gösterilmişse, kanunla düzenlenen bir istisna sözkonusudur ve kanun uygulayıcıya “takdir” alanı bırakılmamıştır (Erb, Legalitaet, 1999, S.26, 182). Görüldüğü gibi, gerçek takdirlilik sisteminde, kanunkoyucunun ilgili süjeye “kendi inisiyatif ile” hareket etme yetkisi tanıması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Kovuşturmanın kanunla sıkı bir şekilde bağlı olması, yürütmenin keyfilğini önlemek açısından, *yararlı* ise de, modern suç siyaseti ilkeleri açısından *zararlı* olabilir. Cezalandırmadan belli bir  *fayda* da beklendiğinden, bu faydayı sağlamak için, iyileştirici adalet (*restorative justice*) ve genel önleme fikri doğrultusunda, ileriye dönük zararları önlemek üzere, istisnalar da kabul etmek gereklidir.<sup>5</sup>

1) *Şikayet*. Kamu davasının mecburiliği prensibini esnek hale getirmek için kullanılan ilk araç, *şikayet* kurumu olmuştur. Somut bir olayda kovuşturma yapmamak, kamu açısından daha yararlı olacaksa, yani kovuşturma yapılması, kamuya işlenen suçtan daha büyük ve “ikinci bir zarar” daha verebilecek ise, o olayda kamu davası açmamak, “toplumun daha çok yararına” olur. Bu, yol şikayet, izin, talep gibi kurumların kabul edilmesi ile sağlanmıştır.

Ancak, şikayet hakkını kullanmamak veya şikayetten vazgeçme yolu ile kamu davasının açılmaması, mağdurun zararının giderilmesi bakımından herhangi bir garanti içermez. Bu nedenle, şikayete bağlı suçlarda uzlaşma yolunun işletilmesi, mağdur bakımından daha yararlıdır.

2) *Basit muhakeme usulleri*. Şüphelinin suçüstü yakalanması, isbat bakımından büyük kolaylıklar sağladığı için, ceza muhakemesinin bazı evrelerinin atlanmasına olanak veren<sup>6</sup> bu usul, bizde 3005 numaralı “Meşhut Suçların Muhakemesi Hakkında Kanun” ile düzenlenmişti. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu “suçüstü” tanımını yapmasına (CMK 2) rağmen, bu kanunu yürürlükten kaldırdı. Oysa, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda, “hızlandırılmış muhakeme” (*Beschleunigtes Verfahren*) adı altında StPO 417 ila 420 maddelerde düzenlenmiş olan ve genellikle sanığın *suçu ikrar* ettiği hallerde uygulanan bir muhakeme usulü vardır.<sup>7</sup> Bu usulün Türk Hukukuna kazandırılması gereklidir.

3) *Ceza kararları*. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin sonucu olan, her türlü basit ve ağır suçta kamu davası açmak sonucundan kurtulmak için bulunan

<sup>5</sup> *Roxin AT*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 3, Rn 28, 37

<sup>6</sup> Suçüstü halinde bazı evrelerin atlanması Fransa ve İngiltere’de uygulanmaktadır. 1930 tarihli İtalyan Kanunu da “*Giudizio direttissimo*” adı altında düzenleme yapmıştır (*Kunter/Yenisey/Nuboğlu*, sh. 1198).

<sup>7</sup> Almanya’da asliye mahkemesinin görev alanına giren bir suç, maddi olayı basit olur ve delilleri de, mesela sanığın suçunu *ikrar* etmiş olması gibi, kuvvetli durumda bulunursa, savcıya işi hemen duruşmaya götürme konusunda yetki verilmiştir (StPO 417). İddianamenin sözlü olarak açıklanması mümkündür (StPO 418/3), ifade alma yerine tutanak okunmasıyla yetinilebilir ve hakim delil ikamesinin kapsamını belirler (StPO 420). Bu şekilde bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi mümkündür (StPO 419/1) (*Hinrich Rüping*, Das Strafverfahren 3. Auflage, München 1997). En çok işlenen suçlar olan, hırsızlık, mala zarar verme gibi basit suçların kısa sürede hükme bağlanmasının, halkın adalete olan güvenini artıracığı ve mahkemelere ağır suçlarla uğraşmak için, yeterli zamanı kazandıracığı düşünülmüş ve ekspres muhakeme usulünün (StPO 417 - 420), ülkede asayişin sağlanması ve ağır suçlarla mücadele için gerekli bir araç olduğu kabul edilmiştir (*Schlüchter/Füllber/Putzke*: Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren §§ 417 StPO’, Frankfurt/Main 1999, 5).

diğer bir çare, *ceza kararnamesi* olmuştur. Ceza kararnamesi *rizaya dayanan muhakeme usulüdür*, zira şüpheli tarafından kabul edildiği takdirde uygulanabilir.

Mukayeseli Hukukta geniş ölçüde kullanılan ceza kararnamelerinin, *sulh hakiminin ceza kararnamesi* tipi, CMK ile maalesef kaldırmış, TCK ise, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen<sup>8</sup> ceza kararnamesi olan, “önödeme” muhafaza etmiş ve “uzlaşmayı” yaratmıştır. Basit suçların sayıca olağanüstü derecede artması karşısında, bu suçlar için usulün basitleştirilmesi, bütün dünyada kaçınılmaz olmuştur.

Kanaatimizce, ceza kararnamesi ile ceza tayini genişletilmelidir. Bu nedenle, CMK'nın Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesini kaldırmasını onaylamıyor ve yeniden canlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

4) *Önödeme*. Şüphelinin kabul iradesine dayanan diğer bir kurum, önödeme dir. Yanlız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı geçmeyen suçların faili, yapılan tebliğ üzerine cezayı öderse, hakkında kamu davası açılmaz (TCK 75/1). Önödeme, sanık hakkındaki isnadın çok kuvvetlendiği durumlarda (TCK 75/1) uygulanmalıdır.<sup>9</sup> Hakim dışındaki makamlar tarafından, önödeme ile verilen yaptırım, hürriyeti kayıtlamayan bir ceza (para cezası, müsadere) olur, paraya çevrilemez ve onu kabul etmeyen bakımından hüküm doğurmayıp, karşigelme üzerine yapılacak duruşma sonunda ceza tayin edilirse, önödeme, *muhakemesiz ceza olmaz* prensibine, Sözleşmeye (İHAS 6) ve Anayasaya (Any. 19/2) aykırı olmaz. Önödeme kabule bağlı olduğu için, aslında şüpheli veya sanık ile iddia makamı veya yargılama makamı arasında gerçekleştirilen bir uzlaşma şeklidir.

Kanunlarımızda önödeme gibi değişik adlar altında düzenlenmiş olan “idarenin ceza tayini”, hukuki yükümlülük öngörmemektedir. Kanaatimizce, önödemede savcıya mükellefiyetler yükleme yetkisi de verilmelidir. Bu şekilde mağdurun suç ile zedelenen haklarına bir an önce kavuşması sağlanabilir.

5) *Uzlaşma*. Kamu yararının ceza muhakemesini gerektirmemesi şartı ile, bazı suçları işlediği iddia edilenlere, ceza yerine, ceza niteliğinde olmayan müeyyideler uygulanmasına, İngilizcede “*diversion*”<sup>10</sup> (ceza yargılaması yolundan çıkarma) de-

<sup>8</sup> Ceza kararnamelerini verenler bakımından tasnif edersek, mülga Sulh hakiminin ceza kararnamesi, savcının ceza kararnamesi (önödeme; TCK 75) ve kabahatlerde uygulanan idarenin ceza kararnameleri (idari yaptırım kararı; KK 22) olarak üçe ayrıldığı görülür. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesinin III numaralı ekinde de, Türk idarî makamlarının verdikleri cezaları ihtiva eden bütün kararların “ceza kararnamesi” tâbirine girdiği belirtilmiştir. Önödeme, belli bir miktar parayı ödeyenler hakkında kamu dâvasının açılmaması, açılmışsa düşürülmesi söz konusu olduğu ve önödeme kabule bağlı olduğu için, *ceza kararnamesi* niteliğinde bir işlemdir.

<sup>9</sup> Centel/Zafer, “yeterli şüphe ortaya koyan delile ulaşılmasından” söz etmektedirler (sh. 454).

<sup>10</sup> *Alternatif uyuşmazlık çözümü* kavramının da kullanıldığı vardır (Özbek 2009). Uzlaşma konusunda makalelerden oluşan Bahçeşehir/Kazancı Dergisinin 2010 Uzlaşma Özel Sayısına da bakınız.

nilen, *uzlaşma* kavramı<sup>11</sup> gündeme gelmiştir. Hukukumuzda birçok *uzlaşma* şekli yer almaktadır; önödeme, idari ceza kararnamele, şikayetten vazgeçme de geniş anlamda bir uzlaşmadır.<sup>12</sup> Uzlaşma, önödemeyi de içine alan bir üst kavramdır.<sup>13</sup>

*Uzlaşma*, şüpheli ile mağdur arasında, tarafsız bir uzlaştırmacının yaptığı, barıştırma, bir edim üzerinde anlaştırma ve zararı giderme yöntemi olarak düzenlenmiştir (CMK 253, 254). Savcı uzlaşmaya bağlı suçlarda, ceza muhakemesi şartı olarak düzenlenmiş olan bu yolu denemeye mecburdur.<sup>14</sup> Uzlaşmanın yapılabilmesi için, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin de uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK “2006-5560” 253/9). Şikayete bağlı suçlardaki uzlaşmaya, “zararının giderilmesi koşulu ile, şikayetten vaz geçme” de denebilir. Failin suçu ve zararı gidermeyi, özgür iradesi ile kabul etmesi, mağdurun da uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

Kanaatimizce, *uzlaşma* maddi ceza hukuku açısından, *davayı düşüren sebeplerden* sayılmalı ve şikayetten vaz geçmenin doğurduğu sonuçları doğurduğu kabul edilmelidir.<sup>15</sup> Ayrıca, uzlaşmanın şikayete bağlı suçlar ile, yasada sayılan belli suçlarda uygulanması yeterli değildir. Kanaatimizce uzlaşmanın uygulanma alanı, mala karşı işlenen suçların çoğunu kapsayacak şekilde genişletilmeli, fakat Alman Hukukuna benzer bir düzenleme yapılmalıdır.

Alman Hukuku, basit veya ağır ayırımı yapmaksızın bütün suçlarda “şüpheli ile mağdur arasında uzlaşma” uygulamalarının yolunu açmıştır (*Täter-Opfer-Ausgleich*) (TOA). Alman Hukuku *uzlaşmayı*; şüphelinin suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesi ve zararı gidermesi (suçunu ikrar etmesi) karşılığında (StGB 46a)<sup>16</sup>, maddi gerçeği tam olarak araştırmaktan vaz geçerek, indirimli ceza uygulanması biçiminde yapılandırmıştır. Mahkemeler böylece, büyük bir külfeti gerektiren maddi gerçeği etrafı olarak araştırma mükellefiyetinden, kurtarılmış, fakat “maddi gerçeğin araştırılması ilkesi” de korunmuştur. Savcılık ve mahkeme, muhakemenin her aşama-

<sup>11</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “ceza adaletinin basitleştirilmesi” konusundaki R(87)18 numaralı Tavsiye Kararında ve 15 Eylül 1999 tarihli R(99)19 numaralı Tavsiye Kararında, basit suçlarda adli makamların ceza teklifi yapması ve uyumsuzluğun mahkeme dışında *uzlaşma* (*mediation*) yolu ile halledilmesi kabul edilmiştir.

<sup>12</sup> *Centell/Zafer*, sh. 464.

<sup>13</sup> *Centell/Zafer*, sh. 455.

<sup>14</sup> Uzlaşma ve önödememin gerçekleşmemiş olması, *olumsuz muhakeme şartı/engeli* olarak tanımlanmaktadır (*Centell/Zafer*, sh. 449).

<sup>15</sup> Uzlaşma, Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran sebeplerdendir. 2006-5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce, uzlaşmaya “şikayet şartının gerçekleşmemesine” bağlanan sonuçların bağlanacağı kabul edilmiş idi (TCK 73/8). Ancak, bu fıkra 2006-5560 ile yürürlükten kaldırılarak, uzlaşma kurumu sadece CMK 253 vd maddelerde düzenlense de, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, C. savcısının iddianame düzenlemesinin yolu kapandığı için (CMK 253/19), kamu davasının mecburiliğini kabul eden bir sistem içinde, uzlaşmanın, “Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir sebep” olduğu kabul edilmelidir. Uzlaşmanın maddi ceza hukuku yönünün TCK da düzenlemesi yerinde idi.

<sup>16</sup> *Satzger-Schmitt-Widmaier*, StGB Kommentar, Köln 2009 (SSW-StGB), Eschelbach § 46a Rn. 27.

sında, mağdur ile suçtan zarar gören arasında şüpheli ile uzlaşma yolunu denemek zorundadır (StPO 155a, cü. 1). Ancak, mağdur uzlaşmayı açıkça red ederse, bu yöntem uygulanamaz (StPO 155a, cü. 2).

Kanaatimizce, Alman Hukukundaki fail - mağdur uzlaşması gerçekleşince, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi veya indirimli ceza verilmesi için kamu davası açma yönünde savcıya takdir yetkisi verdiği için, bizdeki kamu davasını hiç açmama yöntemine göre daha elverişlidir. Hele uzlaşmanın genişletilmesi yönündeki görüşler hayata geçecek olursa, bazı önemli sayılabilecek suçlarda hiç dava açmama gibi bir sonuç doğabilecektir.

7) *Kamu davasının açılmasının ertelenmesi*. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 171) iki yönlü takdir yetkisi öngörmektedir: CMK 171/1 ile kusurun azlığına bağlı bir “takdirlilik sistemi”, CMK “2006-5560” 171/2 ile ise, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” sistemi kabul edilmiştir.

“Kamu davasının açılmasının<sup>17</sup> ertelenmesi” (CMK 171/2) kurumunun uygulanabilmesi, bazı koşullara bağlıdır. *İlk koşul*, suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması ve kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırının bir yıl veya daha az süreli olmasıdır (CMK 171/2). Buna bağlı *ikinci koşul*, uzlaşma yolu ile ilgilidir: uzlaşmaya tabi olan suçlarda, önce uzlaşma yolu denenecektir. Eğer uzlaşma gerçekleşir, taraflar bir edim üzerinde anlaşılırlar, edim defaten ödenirse, dava açılmayacak, fakat uzlaşma konusu edimin ifa edilmesi ileri bir tarihe bırakılır, taksidde bağlanır veya süreklilik arzederse, CMK 171/2 deki koşullara bağlı olmaksızın, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı” verilecektir (CMK 253/19). Erteleme süresi içinde edim yerine getirilmediği takdirde, “kasıtlı suç işleme koşulu” aranmadan, kamu davası açılacaktır. *Üçüncü koşul*, CMK 171/3 de belirtilen hususların gerçekleşmesidir: şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmiş olmaması, suçtan doğan zararı gidermiş olması, tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaat uyandırması ve dava açmamanın “kamu yararına” olması gereklidir.

*Bütün koşullar birlikte* gerçekleştiği takdirde, Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını, 5 yıl süre ile (çocuklarda 3 yıl) erteleyebilir. Savcının “takdir yetkisini” kullanarak verdiği bu karara karşı (CMK 171/1 uyarınca verdiği kararın aksine), suçtan zarar gören CMK 173 hükümleri uyarınca “itiraz” yoluna gidebilir (CMK 171/2). Kanunda bir de, uzlaşma nedeniyle *koşulsuz erteleme* öngörülmüştür.<sup>18</sup>

*Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin* şikayete bağlı suçlarda uygulanması ve zararın giderilmesi yönleri ile *uzlaşmaya*, uygulanma koşulları açısından ise,

<sup>17</sup> Centel/Zafer (sh. 451) burada aslında *iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesine* dikkat çekmektedirler.

<sup>18</sup> Centel/Zafer, sh. 453.

*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına* benzediği görülmektedir. Kanaatimizce, birbirine benzeyen bu kurumların birleştirilerek düzenlemesi yerinde olacaktır.

Alman Hukukunda da, takdirilik prensibi<sup>19</sup> uygulanmakta, failin kusurunun hafif veya olaydaki haksızlık içeriğinin azlığı durumunda, savcı kamu davası açmayabilmekte<sup>20</sup> (StPO 153a); şüpheliye bazı yükümlülükler yükleyerek, suçu kovuşturmamakta, yani bizdeki *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* (CMK 171/2) benzer bir uygulama yapmaktadır. Bu yöntem mahkeme tarafından da uygulanabilmekte ve bu gibi hallerde bizdeki “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Benzerlik bulunmakla birlikte, önemli bir fark vardır: bu karar kovuşturma evresinin başında verilmekte ve soruşturmayı veya kovuşturmayı sonlandırmaktadır. Bu büyük bir avantajdır: bizdeki sistemde ise, soruşturma veya kovuşturma beş yıl askıda kalmaktadır.

8) *Mecburilik prensibinin istisnalarının genişletilmesi.* Türk Hukukunda mecburilik ilisinin az sayıda istisnası bulunmasına karşın, Alman Hukukunda bunların oldukça geniş olduğunu görmekteyiz.

Failin aldığı veya alacağı başka bir ceza yanında, yeni suçtan alacağı ceza önem kazanmıyorsa, Alman savcısı dava açmayabilir (StPO 154, 154a; bu istisna CMUK döneminde bizde de vardı, fakat yeni CMK tarafından benimsenmedi).

Mesela, *ceza vermeme* de (StPO 154, BtMG 31, StGB 83a), uygulamada takdirilik sonucunu doğurur.

Yurt dışında işlenen, fakat Almanya’da kovuşturulabilen suçlar açısından da, Alman savcısına takdir yetkisi verilmiştir (StPO 153c). Benzer şekilde, sınır dışı edilecek veya başka bir ülkeye geri verilecek olan şüpheliler açısından da, Almanya’da dava açmama konusunda, savcıya takdir yetkisi verilmiştir (StPO 154b).

Bunlara ek olarak, “kullanmak için uyuşturucu madde bulduran kişiler” hakkında da, Alman savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi vardır (BtMG 31a). Doping yapan sporcunun da, kendi kulübü veya WADC ve NADC tarafından doping nedeni ile “disiplin cezasına” çarptırıldıktan sonra, ikinci defa, adli

<sup>19</sup> Weigend, ZStW 109, 1997, 103.

<sup>20</sup> StPO 153a maddenin ihdas edilmesi sırasında önemli tartışmalar yapılmış ve orta ağırlıktaki suçlarda ‘yeni bir yaptırım türü’ yaratıldığı ileri sürülmüştü. Bu yeni yaptırımın uygulanmasında kamu yararı bulunduğu ve kişiyi sabikalı durumuna sokmadığı vurgulanmıştır. Karşı görüşte olanlar ise, çok sayıda ve kitlesel olarak işlenen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunun, toplumun bazı kesimlerindeki hukuka aykırılık bilincini tahrip edebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte özellikle marketlerden yapılan çok sayıdaki hırsızlık suçları açısından, bu düzenlemenin bir çözüm getirdiği, hem kamu davasının mecburilik prensibinin bulunduğu fakat gereken hallerde bir esneklik sağlandığı vurgulanmıştır. Böylece  *tarafların suçtan doğan sorumluluğu kabul ettikleri* yeni bir muhakemeyi sonlandırma usulü (*Beendigungsverfahren mit Selbstunterwerfung*) yaratılmıştır (KK 1982, 503). Bu usul, klasik usulden çok farklı olduğu için, diğer alanlara genişletilmesi önerilmemektedir.



anlamda cezalandırılmaması için, takdirilik sisteminin uygulanması söz konusu olabilir.<sup>21</sup>

Kanaatimizce, Alman Hukukunda mevcut bulunan bu kurumların, Türk Hukukuna kazandırılması yerinde olacaktır.

9) *Kabahatlerde takdirilik sisteminin uygulanması imkanı.* Kabahatler Kanunu, kabahatlerin genel hükümlerini, usulünü ve kabahat sayılan fiilleri göstererek, önemli bir yenilikler yaratmıştır. Ancak, bu kanun muhakeme kurallarını detaylı olarak düzenlenmediği için, halen önemli sorunlar yaşanmaktadır. İdarenin cezalandırdığı suçlar, Almanya'da olduğu gibi bizde de sistemli olarak ele alınmalıdır. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun 47 inci maddesi idari kabahatlerin yargılanmasında kural olarak genel Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanacağını kabul etmişse de, 47 inci maddesi, Almanya'da 150 yıldan beri uygulanan "tahkik sistemini" (hakimin maddi gerçeği kendiliğinden araştırması ilkesini) terk etmiş ve idari makamlara sınırsız bir takdir yetkisi tanımıştır. Türk Hukuku ise, kabahatlerin kovuşturulmasında herhangi bir istisna öngörmemiştir.

Bizce, takdirilik sistemi kabahatler alanında da yer almalıdır.

10) *Etkin pişmanlıkta kamu davasının açılmasının ertelenmesi.* Cezayı kaldıran<sup>22</sup> şahsi sebep olan etkin pişmanlık hükümlerinin" (TCK 93, 184/5, 192, 201, 221, 248, 254, 274, 293) uygulanabileceği durumlarda; veya "şahsi cezasızlık sebebi" varsa (TCK 22/6, 167/1, 273/1, 281, 283/3, 284/4)<sup>23</sup>, Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyip düzenlememe konusunda takdir yetkisi kazanır.<sup>24</sup> Bu etkin pişmanlık halinin, *ceza verilmemesini gerektiren bir pişmanlık hali* olması gerektiğine dikkat edilmelidir.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> İki davanın "konuları" farklı olduğu için, prensip olarak, disiplin cezası alan bir kişinin ceza sorumlusu olması mümkündür. Fakat, doping cezasının ağır bir disiplin cezası olması nedeni ile, çifte cezalandırmanın önüne geçilebilmesi için, *Lüer* (Dopingstrafen im Sport und der Grundsatz "Ne bis in idem", Nomos, Baden-Baden 2006, sh.198), kusurun veya haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle takdirilik sistemi uygulanarak sporcu hakkında dava açılmamasını veya "ne bis idem'i" kabul eden ceza muhakemesi sisteminin doğurduğu engelden kaynaklanan "kamu düzeni" (ordre public) düşüncesi ile, ikinci ceza davasının açılmaması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>22</sup> Etkin pişmanlığın kabul edildiği her durumda bu hükmün uygulanması mümkün değildir; indirim sebebi olan etkin pişmanlık hallerinde (mesela TCK 93/2, 110, 168, 192/3, 221/4-son cümle, 248, 269, 274/2, 3, 293) iddianame düzenlenmesi mecburidir (*Öztürk/Erdem* 2007, 192).

<sup>23</sup> *Öztürk/Erdem* (2007, 192), bu sayılan suçlar dışında, TCK 22/6 da yer alan şahsi cezasızlık sebebinin, TCK ve diğer kanunlarda yer alan bütün taksirli suçlar bakımından uygulanacağını belirterek, şahsi cezasızlık hali sayılan hallerin bir hayli çoğaldığına dikkat çekmektedir.

<sup>24</sup> *Öztürk ve Erdem* (2007, 192), savcıya takdir yetkisi tanıdığını, bu iki halden birinin varlığı halinde dahi savcı "isterse" kamu davası açabileceğini, tereddüt halinde takdirini dava açılması yönünde kullanması gerektiğini vurgulamakta ise de, savcının takdir yetkisini kullanırken hangi ölçütleri nazara alacağını, bunlar kanunda gösterilmiş olmadığı için, belirtmemektedirler.

<sup>25</sup> *Aksi takdirde Cumhuriyet savcısı mahkemenin yerine geçerek cezayı takdir etmek durumunda kalmış olur* (Centel/Zafer, sh. 450). Cezada indirim yapma veya ceza vermeme konusunun seçimlik olduğu hususlarda da (TCK 145, 147) savcının takdirilik sistemini uygulayacağı kabul edilmelidir (Centel/Zafer, sh. 451).

Savcının bu hüküm (CMK 171/1) uyarınca kullanacağı takdir yetkisinin ölçütleri, kanunda gösterilmemiştir. Eğer savcı takdir yetkisini iddianame düzenlememek yönünde kullanır ve “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verirse, buna karşı kanunyolu da yoktur (CMK 173/5).

Alman Hukukunda da etkin pişmanlığa dayanan takdirilik uygulaması vardır. Bu uygulama Devletin suçu kovuşturmadaki kamu yararının azalması fikrine dayanmaktadır.<sup>26</sup> Devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek olan hallerde, mesela bir vatana ihanet davasında gizli bilgiler tartışılacaksa (StPO 153d), veya devlet güvenliğini ilgilendiren belli suçlarda, fail suçu işledikten sonra, devletin güvenliğine, birlik ve bütünlüğüne veya Anayasal sistemine yönelik tehlikelerin berteraf edilmesine yönelik bir katkısı nedeniyle<sup>27</sup> etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıyorsa (StPO 153e) savcı kamu davası açmayabilir.

Örgüt suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan suç ortaklarından birine, hiç ceza vermemek karşılığında, örgütü mahkum ettirecek bilgilerin “satın alınması” şeklinde savcıya dava açmama konusunda takdir yetkisi tanınması ise, Almanya’da çok tartışılmıştır.<sup>28</sup> Böyle bir uygulamanın “eşitlik ilkesine” aykırı olduğu; ağır ve önemli bir suç işleyen kişinin cezalandırılmamasının, suçların artmasına neden olacağı belirtilmiş ve uyuşturucu madde suçları açısından 1981 yılından beri uygulanan, fakat sadece mahkemenin ceza vermeme veya cezada indirim sebebi olarak uygulayabildiği bu düzenlemenin, genelleştirilmemesi istenmiştir. Terör suçlarında “kovuşturma yapmama” biçimindeki bu etkin pişmanlık hükmü, daha sonra, bizde (TCK 221) olduğu gibi, StGB 129/6 atfı ile 129a madde ile, daimi bir hüküm olarak düzenlenmiştir.<sup>29</sup>

İşlediği bir suç nedeniyle şantaja maruz kalan kişinin, kendisine şantaj yaparı bildirmesi durumunda, daha önce işlediği suç nedeni ile (StPO 154c), dava açılmadığı gibi ayrıca “tespit davalarını” önlemek üzere (StPO 154d), disiplin cezası vermek üzere işlemler başlamışsa, hakaret suçundan dolayı (StPO 154e), Alman savcısı dava açmayabilmektedir.

<sup>26</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009, § 14, Rn. 16.

<sup>27</sup> Bu formülün, 2013 yılında terörün sona erdirilmesi girişimleri açısından gündeme gelmesi beklebilirse de, “ceza hukukunun siyasi mücadelelerin aleti haline getirilmesi” yönünden eleştirilebilir (*Roxin/Schünemann*, § 14, Rn. 16).

<sup>28</sup> *Roxin/Schünemann*, § 14, Rn. 19.

<sup>29</sup> TCK 221/1 deki *örgüt kurma suçundaki etkin pişmanlığın*, kurucu veya yönetici açısından cezasızlık sebebi olabilmesi için, soruşturma başlamadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce örgütü dağıtma vs koşulları öngörölmüş iken, Alman Hukukunun bu şartlara yer vermeksizin, örgütün dağıtılması veya amaç doğrultusundaki fiillerin işlenmesini önlemek için gönüllü olarak ciddi bir gayret göstermek yeterli sayılmış, suçlar işlendikten sonra dahi örgütün dağılmasını sağlar veya örgüt onun katkısı olmaksızın dağılırsa, bu olguyu cezasızlık nedeni yapmıştır (StGB 129/6).

11) *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*. Hapis cezasının olumsuz etkilerinden kaçınmak ve ilk defa suç işleyen failleri infaz sistemi içine dahil etmeden topluma kazandırmak fikrine, *Dönmezer* Tasarısında yer verilmiş, fakat ilk başta kabul görmediği için, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’ya dahil edilmemiş, Çocuk Koruma Kanununun 23 üncü maddesine, farklı bir içerikle yerleştirilmişti. Daha sonra yapılan değişikliklerle bu kurum, Ceza Muhakemesi Kanununa alındı (CMK “2006-5560” 231/5), fakat ÇKK daki ayırık düzenleme de kaldırıldı.<sup>30</sup> Böylece, “hükmün verilmesinin geri bırakılması” (TCK 191), hükmün açıklanmasının geri bırakılması” (CMK 231) ve “cezanın infazının ertelenmesi” gibi kurumlar, şikayet (TCK 73), uzlaşma (CMK 253) ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2) ile birlikte uygulanır hale geldi.

Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde düzenlenen *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçunda*, “hükmün verilmesinin geri bırakılması” adı altında özel bir düzenleme yer almaktadır. Mahkeme bu suçlardan dolayı “*hüküm vermeden önce*”, “kullanıcı” hakkında “*tedavi ve denetimli serbestlik kararı*” verebilir (TCK 191/2). “Kullanmak için satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi” hakkında ise, sadece denetimli serbestlik kararı verilir. Tedavi ve denetimli serbestlik yükümüne tabi tutulan kişiye rehberlik edecek bir “uzman” görevlendirilir. Uzman, kişiye öğütte bulunur ve yol gösterir, üçer aylık sürelerle kişinin gelişmesi hakkında hakime rapor verir (TCK 191/3). Tedavi ve denetimli serbestlik yükümlerine uygun davranan kişi hakkında “davanın düşmesi kararı” verilir. Aksi takdirde davaya devam olunarak, hüküm verilir (TCK 191/5).

*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*, 2006 yılında 5560 numaralı Kanunla yapılan değişiklikle CMK’ya dahil edildiği sırada, “diğer koşulların (CMK 231/6) yanında, suçun *şikayete bağlı* olmasını ve hükmolunan sonuç cezanın *bir yıl* veya daha az hapis cezası veya adli para cezası olmasını gerektirmekte idi. 2008 yılında 5728 numaralı Kanun ile *şikayet şartı kaldırıldı, cezanın sınırı iki yıla çıkarıldı*.<sup>31</sup> Fakat, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bizce hatalı bulduğumuz kararı<sup>32</sup> ile temyiz yolu kapatılınca, mahkum olan sanığa temyiz yolunu açmak amacı ile, sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği kuralı kabul edildi<sup>33</sup> (CMK “2010-6008” 231/6): sanık hükmü temyiz

<sup>30</sup> Kanundaki ismini tercih etmeyip, “*hükmün açıklanmasının ertelenmesi*” denmesi (Öztürk 2009, 535, Ünver/Hakeri 2010, 673), kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile paralellik arz ettiği için, kulağa hoş gelmektedir.

<sup>31</sup> Aslında, yeni ceza adalet sisteminin kabul ettiği ilkelerden geri dönüşlerden biri olan bu düzenleme ile, hapis cezasının ertelenmesindeki (TCK 51) katı kuralın yumuşatılması amaçlanmaktadır. “Ertelenen hapis cezasını infaz edilmiş” sayan TCK 51 deki düzenlemenin etrafı, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” yöntemi ile orta ağırlıktaki suçlar açısından, dolanılmıştır.

<sup>32</sup> CGK 3.2.2009, K. 2009-13; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu 2010, sh. 1535.

<sup>33</sup> Değişikliği yapan bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün

etmek istiyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabul etmez. Bu durumda mahkeme doğrudan hükmün tefhimi aşamasına geçeceği için, hükme karşı (istinaf veya) temyiz yolu açılmaktadır.

HAGB de iki ayrı yargısal karar vardır: mahkemenin CMK 223 uyarınca verdiği mahkumiyet hükmü ve CMK 231/5 uyarınca verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı.<sup>34</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile, “yükümlülüklere uygun davranan kişi hakkında cezaya hükmedilmemesinin, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyetten daha etkili olabileceği”, düşünülmüş<sup>35</sup> ve rızaya bağlı bir hüküm verme sistemi benimsenmiştir: sanık HAGB’yi kabul ettiği takdirde, ceza muhakemesini iradesi ile yönlendirebilme yetkisi ile donatılmıştır.

Böylece, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sistemi içinde, şüpheli veya sanığın iradesi ile muhakemenin yürüyüşünü etkileyebildiği ve bazı durumlarda çakışan; önödeme (TCK 75), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2), (*fail - mağdur uzlaşması* (CMK 253) ve *mahkeme - sanık uzlaşması* (CMK 231/5) biçiminde) uzlaşma kurumları bulunduğu görülmektedir.

12) *Sanığın mahkeme ile uzlaşması (plea bargaining)*. Sanığın kabulüne bağlı muhakeme usullerinin giderek yaygınlaştığı görülmektedir. Önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması bu muhakeme usulleri arasındadır. Başka koşulların yanında şüpheli veya sanığın kabulü ile, dava açılmaması veya muhakemenin ileri aşamalarına geçilmemesi, Amerikan Hukukunda “plea bargaining” olarak tanımlanmaktadır. Sanık böylece muhakemede bir “söz sahibi” olmakta ve “muhakemeyi yönlendirebilmektedir”. Müdafî ise, aktif ve bağımsız hale gelmektedir.

Ancak, tarihten bu yana mevcut bulunan uyumsuzlukların mahkeme dışında alternatif yöntemlerle çözülmesi fikri, Dünya Devletleri arasında giderek daha fazla taraftar bulmuş ve artık dönüşü olmayacak şekilde yerleşmiştir.

Sanığın kabulüne veya tarafların anlaşıp uzlaşmalarına bağlı sistemlerin Anayasaya (*Constitution*) ve ek maddelerine uygunluğu, jüri önünde yargılanma hakkı (6. ek madde) ve diğer haklar açısından Amerikada da tartışılmıştır.

---

inde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınacağı ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtlı bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulacağı konusunda da geçici madde ile bir düzenleme yapıldı.

<sup>34</sup> *Centell/Zafer* (sh. 702), hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının geri bırakma süresince durma kararı niteliğinde olduğu görüşünde olup, bu görüşlerini 4616 sayılı Kanuna ilişkin olarak verilen CGK 27.2.2001-4-25/33 karara dayandırmakta ve daha sonra CMK 231 ile ilgili olarak verilen CGK 3.2.2009-4?13/12 sayılı kararı haklı olarak eleştirmektedirler.

<sup>35</sup> *Ünver/Hakeri* (2010, 673), bunun bir tür erteleme olduğu, fakat ertelemeye nazaran daha lehe sonuçlar doğurduğu görüşündedirler.

Amerikan Ceza Muhakemesi Hukuku her eyalette farklılık göstermekle birlikte, ilke olarak şüphelinin yakalanması (*arrest*) ile başlar. Savcı (*prosecutor*) birkaç saat sonra geçici bir iddiada (*initial charging*) bulunur; bu iddia, hem yakalamanın yasal olup olmadığını, hem de iddianamenin kabule şayan olup olmadığı yönlerinden, hakim tarafından denetlenir. Asıl iddianame (*indictment*) savcı tarafından ve istisnai hallerde büyük jüri (*grand jury*) daha sonra düzenlenir. İddianamenin kabulü usulü de vardır ve ortaya konan delillerin mahkumiyet olasılığı taşıyıp taşımadığı (*probable cause*), hakim tarafından (*preliminary hearing*) denetlenir. Bu aşamada sanığa hakkındaki iddiaları kabul ederek, suçlu ikrar etme (*guilty plea*) fırsatı verilir. Eğer sanık suçunu ikrar etmezse (*plea of not guilty*), mahkumiyet olasılığı ortaya koyan iddianame kabul edilir. Sanık başlangıçta suçunu kabul etmemiş olsa bile, duruşmada da ikrar edebilir. Amerika'da sanıkların yüzde doksanının suçlu kabul ederek, duruşmaya çıkmadıkları belirlenmiştir.<sup>36</sup>

Sanık iddianamenin kabulü aşamasında suçunu kabul etmediği durumlarda, her dava için ayrı bir jüri belirlenir ve fiilin işlenip işlenmediği, sanığın kusurlu olup olmadığı konusunu, halk arasından seçilen 6 ila 12 kişiden oluşan jüri değerlendirir. Jüri, makul bütün şüphelerin ortadan kalkması durumunda (*proof beyond reasonable doubt*), mahkumiyet kararı verir. Genellikle, duruşma başladıktan sonra da sanık suçlu kabul edebilir ve bu aşamada jürinin karar vermesine gerek kalmadan duruşma sonlanır.

Böylece sanığın “suçlu” olduğu tespit edildikten sonra, cezanın belirlenmesi aşaması gelir. Cezanın belirlenmesi tamamen ayrı bir usul olup, meslekten bir hakim tarafından gerçekleştirilir. Ancak, cezanın belirlenmesinden önce, denetimli serbestlik müdürlüğüne bağlı bir sosyal çalışma görevlisi (*probation officer*), mahkeme tarafından görevlendirilerek, sanığın tehlike durumunu araştırır ve topluma yeniden kazandırılması için neler yapılması gerektiği konusunda bir SİR hazırlar. Türk Ceza Muhakemesi Kanununda da yer alan (CMK 209/1), fakat uygulanmayan bu rapor, hakime cezayı belirlerken kullanacağı kriterler konusunda bilgi verir.

Görüldüğü üzere, Amerikan ceza muhakemesi hukukunda; “uzlaşma” (*mediation*) değil, sanığın ikrarına dayanan bir “iddia pazarlığı” (*plea bargaining*) usulü vardır. Gerek dava açılırken ve gerekse duruşmada suçlamayı kabul eden veya iddialara karşı çıkmayan (*plea of non contendere*) sanık, topluma yeniden kazandırmanın ilk adımını atarak, muhakemenin sonucunu etkileyebilmekte ve *garantili bir mahkumiyet kararı* elde edebilmektedir.<sup>37</sup> Ancak, hükmedilmesi gerek cezanın ölüm cezası olduğu hallerde, sanığın suçlu ikrar ederek bir nevi intihar ettiği düşünülerek, bu gibi hallerde *plea bargaining* uygulanmayacağı ileri sürülmüşse de, haklardan

<sup>36</sup> Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, 2003. sh. 12.

<sup>37</sup> Brodowski, *Die verfassungsrechtliche Legitimation des US-amerikanischen “plea bargaining” - Lehren für Verfahrensabsprachen nach § 257c StPO?*, ZStW 2012; 124(3), sh. 738.

serbest irade ile vazgeçmenin mümkün olduğu düşüncesi ile, bu görüş kabul görmemiştir.<sup>38</sup>

13) *Alman Hukukunda sanığın mahkeme ile uzlaşması (Verständigung)*. Alman Hukukuna da yansımış olan “uzlaşma” kurumu, yukarıda belirttiğimiz gibi, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda önce kamu davasının mecburiliği prensibini yumuşatan bir ilke<sup>39</sup> (StPO 153a vd) ve fail - mağdur uzlaşması (StPO 155a, 155b) olarak kabul edilmiş, daha sonra da, 29 Temmuz 2009 tarihinde “duruşmada mahkeme ile uzlaşma” (*Absprachen*, “deal”) olarak (StPO 257c) girmiştir.

Şüpheli veya sanığın kabulüne bağlı olarak ceza muhakemesini sonlandırmak, maddi gerçeğin tam olarak araştırılmasını önlediği, ceza hukukunun genel ilkeleri olan, Devletin Mecliste ceza kanunu yaparak suç haline getirdiği fiilleri “cezalandırma görevinin” yerine getirilmediği ve kamu davasının mecburiliği ilkesinin ihlal edildiği gerekçeleri ile, *anlaşmalı usullerin*, Alman Temel Kanununa aykırı olduğu görüşleri dahi ileri sürülmüştür.<sup>40</sup>

Ancak, Alman Anayasa Mahkemesi 13 Mart 2013 tarihli kararı<sup>41</sup> ile, StPO 257c madde ve buna bağlı olarak StPO 160b<sup>42</sup>, 202a, 212, 257b, 273, 243 üncü maddelerde yapılan değişikliklerle, sistem içine yerleştirilen “muhakeme süjeleri ile mahkemenin, sanığa hüküm ile verilecek ceza konusunda uzlaşmaları” (*Verständigung*)<sup>43</sup> kurumunun, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> U.S. Supreme Court, North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25, 33 (1970).

<sup>39</sup> *Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990.

<sup>40</sup> *Wesslau*, ZStW 116 (2004), S. 172, 186.

<sup>41</sup> BVerfGE 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013

<sup>42</sup> SPO 160b uyarınca, savcı soruşturma evresinde muhakeme süjeleri ile mahkemenin durumu hakkında görüşme yapabilir. Eğer şüpheli işlediği iddia edilen bazı suçlar hakkında duruşmada suçu ikrar etme sözü verirse, savcı aynı şüphelinin diğer bazı fiilleri hakkında kamu davasının konusunu StPO 154a/1 uyarınca sınırlandırma veya StPO 154/1 uyarınca diğer bazı fiilleri hakkında kamu davası açmaktan sarfınazar etme hususlarını görüşebilir (*Lutz Meyer - Gossner*, StPO 160b, Rn. 6, 54. Aufl. 2011, sh. 773). Bunun dışında, StPO 153a uyarınca düşme kararı verilmesi veya ceza kararnamesi düzenlenmesi konusunda da şüpheli - savcı uzlaşması yapılabilir

<sup>43</sup> “Mahkeme ile uzlaşma”, Almanya’da önceleri yasal alt yapısı olmaksızın, *Absprachen* adı altında fiilen uygulanmış, bu uygulama sırasında Anayasa Mahkemesinin 27 Ocak 1987 tarihli kararı (2 BvR 1133/86, NJW 1987, S. 2662), Federal Yargıtayın 19 Ocak 1993, 28 Ağustos 1997 ve 3 Mart 2005 tarihli kararları ile uygulanma koşulları belirlendikten sonra, 29 Temmuz 2009 tarihli Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Kanunu ile düzenlenen StPO 257c madde ile, *Verständigung* adı altında Alman mevzuatına girmiştir.

<sup>44</sup> Üç ayrı davanın birleştirilmesi sureti ile verilen bu karardaki olaylardan birinde; Berlin Eyalet Mahkemesi 15 Mart 2011 tarihli kararı ile, iki ayrı olayda silahlı nitelikli yağma ve mala zarar verme suçlarından toplam ceza olarak iki yıl hapis cezasına hükmetmiş ve cezayı tecil etmiştir. Mahkumiyet hükmü verilmeden önce sanıklar mahkeme ile uzlaşma yoluna gitmişlerdir. Duruşmanın başında başkan sanıklara üç seçenekleri bulunduğunu bildirmiş, bunlardan birincisinin beraat kararı, ikincisinin bütün deliller ortaya konup tartışıldıktan sonra alt sınırdan üç yıl hapis cezası verilmesi ve suçun silahlı polis memurları tarafından işlendiği için, bu cezanın ağırlaştırılması; üçüncü seçeneğin ise, mahkeme ile uzlaşma suçu ikrar ettikleri takdirde, toplam ceza verileceği bu cezanın tecil

13 Mart 2013 tarihli karar, *kusur ilkesinin* ve bununla bağlantılı olan *mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümünün ve suçsuzluk karinesinin*, adil ve hukuk Devleti ilkeleri uygulanarak yapılan bir muhakemenin vazgeçilemez temel prensipleri oluşunu vurgulamakta; ancak, bu ilkelere sadık kalınarak, muhakeme süjelerinin ve mahkemenin, maddi gerçeği araştırma, fiilin hukuki tavsifi ve cezanın belirlenmesi konularında hakkaniyete uygun bir şekilde tasarruf edebileceklerini de kabul etmektedir. Mahkeme ile muhakeme süjeleri arasında, sanığın suçunu ikrar etmesi karşılığında, hükmedilecek cezanın alt ve üst sınırları ile, “muhakemenin yürüyüşü” konusunda yapılan uzlaşmanın, yukarıda belirtilen temel ilkelerin ihlal edilmesi riskini taşıdığı vurgulanmakla birlikte, Kanun koyucunun “sanığın mahkeme ile uzlaşması” kurumunun yasal çerçevesini düzenlemesinin Anayasa tarafından yasaklanmadığı belirtilmektedir. StPO 257c madde ile yapılan düzenlemenin sanığın Anayasal haklarını yeterli bir şekilde güvence altına almış olduğu gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı bulunmayan *mahkeme ile uzlaşma (Verständigung)* kurumunun, duruşma dışı uzlaşmalar yapılarak veya uzlaşma görüşmelerinin Yargıtay denetimini sağlayacak şekilde, ayrıntılı olarak tutanağa bağlanmaması sureti ile, hakimler tarafından yasada öngörüldüğü şekilde uygulanmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle, Federal Yargıtay’ın 8 Ekim 2010 tarihli kararı bozulmuş ve bozma doğrultusunda karar verilmesi için, Federal Yargıtay’a gönderilmiştir.

14) *Avrupa Birliği Hukukunda uygulanan takdirilik sistemi.* Avrupa Birliğinin yeknesak bir “ceza hukuku” mevcut bulunmamakla birlikte, belli alanlarda giderek birbirine “yakınlaşmış” yasal düzenlemeler vardır. Avrupa Devletlerinin çoğunda (Fransa, İngiltere, Hollanda) takdirilik sistemi uygulanmakta, Almanya’da ise, koşturma mecburiyeti ilkesi hala geçerli bulunmaktadır.

Takdirilik sisteminin kabul edilmesi, cezalandırma politikasını esnek bir şekilde yönlendirme imkanını sağladığı için, yeni tip suçlulukla mücadele açısından daha faydalı görülmektedir. Teorik temeller oluşturmak üzere hazırlanan “*Corpus Juris*”, 2001 yılında yayınlanan “Yeşil Kitap” ve 2004 yılında hazırlanan AB Anayasası Taslağının III-415 IV maddesinde ilk defa, Avrupa Ceza Kanunu ve III-274 I maddesinde Avrupa Savcısı fikri ortaya atılmıştır.<sup>45</sup>

---

eilebileceğini bildirmiştir. 85 dakika ara verildikten sonra, sanıklara StPO 257c/4 uyarınca hakları bildirilmiş ve sanıklar ikrar etmişlerdir. Bunun üzerine mahkeme tanık dinlemekten vazgeçmiş, savcının esas hakkındaki mütalaası ve savunmanın görüşü alındıktan sonra son söz sanıklara verilmiş ve mahkeme hüküm vermek üzere salonu terk etmiştir. Mahkeme tekrar salona geldiğinde, polislerin silahlarının yanlarında olup olmadığı ve dolu olup olmadığı sorulmuş, olumlu cevap alınması üzerine, mahkeme hükmünü açıklamıştır. Sanıklar temyiz sebebi olarak, ikrarın özgür iradeyle dayanmadığını ileri sürmüşlerdir. Yargıtay aşamasından sonra Alman Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruda, mahkemenin aşağı ve yukarı hadleri arasındaki ceza makasının çok geniş olması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ve ikrarın içeriğinin doğruluğu mahkeme tarafından araştırılmadığı için, maddi gerçeğin ortaya çıkama ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

<sup>45</sup> *Delmas-Marty*, Corpus Juris, 1998.

Bütün bu gelişmeler, iç hukuklarda uygulanan “kamu davasının mecburiliği prensibini” de etkilemektedir. Avrupa Birliğine üye Devletlerde olduğu gibi, Avrupa Konseyi çerçevesinde de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar ile, ortak noktalarda buluşan bir ceza muhakemesi sistemi oluşmaktadır. Üye Devletler arasında ceza yargılarının karşılıklı olarak tanınması bakımından, mecburilik sistemi, yani araştırma ve kovuşturma mecburiyetinin kabul edilmesi, “*ne bis in idem*” ilkesini zorlamaktadır. Zira *Schengen* Sözleşmesinin 54 üncü maddesi, *Schengen* alanı içinde “*ne bis in idem*” ilkesini tam olarak benimsemiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir üye Devlette kovuşturmanın yapılmadığı durumda, diğer üye Devlette artık kovuşturma yapılamayacağına hükmetmiştir.<sup>46</sup>

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin katı olarak uygulanması, sınır aşan suçların araştırılması açısından da, Avrupa Birliği içinde bazı sorunlar doğurmaktadır: aynı suç farklı Devletler tarafından aynı anda araştırmakta ve sonra da kovuşturulmaktadır. Bunun önlenmesi bakımından, “kovuşturmanın aktarılması” iyi bir yöntem olduğu için, bu konuda Avrupa Konseyi bir sözleşme hazırlanmıştı. Avrupa Birliğine dahil Devletler arasında takdirilik sistemi uygulanarak, araştırma ve kovuşturmayı daha iyi yapabilecek olan Devlet lehine kendi ülkesinde dava açmamak, yerinde bir yaklaşımdır. Fakat, Avrupa Birliği dışı Devletler açısından, eski sistemin, yani kovuşturma mecburiyeti prensibinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>47</sup>

Almanya’da mahkeme iddianame üzerine sorsoruşturmanın açılması kararı verinceye kadar savcı kamu dâvasını geri alabilmektedir (StPO 156).

15) *Yargıtay’ın alternatif çözüm yolları önerisi*. Adalet Bakanlığı tarafından 28 Şubat - 2 Mart 2013 tarihleri arasında Antakya’da düzenlenen *Ceza Usul Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları* konulu üst düzeyli Çalıştayda, Yargıtay tarafından hazırlanan *Ceza Muhakemesinde Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Öneriler* tartışılmıştır. Yargıtay, önödeme, kamu yararına hizmet görme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve uzlaşma kurumlarının farklı kanunlarda ve birbirleri ile yarışan biçimde düzenlenmiş olmasından kaynaklanan sakıncaları ortadan kaldırmak üzere, *Ceza Muhakemesi Kanununa, seçenek uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin uygulanmasını* sistematik olarak ele alan maddeler eklenmesini önermektedir. Öneriler arasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin değişikliklere yer verilmemiştir.

Sunulan tebliğin ismi *alternatif çözüm yolları* olmasına rağmen, hazırlanan tas-lakta *seçenek uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin uygulanması* başlığı altında, CMK ya 169/A madde eklenmesi önerilmekte ve bu madde ile, seçenek uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin hepsi için geçerli olacak genel ilkeler sıralanmakta, CMK 169/G madde ile ise, müşterek hükümlere yer verilmektedir. Seçenek uyumsuzluk yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaların hakim ve savcılarının meslekte ilerlemeleri

<sup>46</sup> EuGH StV 2003, 201, 202 Rn.33: nakleden; *Dieters*: Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, sh. 22.

<sup>47</sup> *Dieters* 2006, 22.



sırasında nazara alınması için, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda değişiklik yapılması yanında (taslak m. 32, 33), Yargıtay'ın temyize ilişkin duyduğu iş yükünü azaltma ihtiyaçlarını dile getiren değişiklik önerileri de vardır (taslak m. 30 ve ek maddeler).

Önerinin ana fikri, seçenek uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ana ilkeler etrafında birleştirilmesidir: *şikayete bağlı suçlar, yalnız adli para cezasını gerektiren veya adli para cezasının seçimlik olduğu ya da adli para cezası ile birlikte yasadaki hapis cezasının yukarı sınırı iki yılı aşmayan suçlarda, yeterli şüphe varsa, savcının takdirine bağlı olarak; kamu yararına hizmet görme (taslak 169/B), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (taslak 169/C), önödeme (taslak 169/D) veya uzlaşma (taslak m. 23) yöntemlerinden biri uygulanıp soruşturmaya son verilecektir (taslak 169/A - 1).*

Seçenek çözüm yönteminin uygulanabilmesi için, kamu yararı bulunması, zararın giderilmesi veya telafi için katkıda bulunma ve kasıtlı suçtan kesinleşmiş altı aydan fazla mahkumiyet bulunmaması koşulları öngörülmüş (taslak 169/A - 2) ve bu yöntemin uygulanamayacağı haller de ayrıca gösterilmiştir (taslak 169/A - 3).

Seçenek yöntemlerden biri uygulanarak, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecek ve aynı fiilden dolayı iddianame düzenlenemeyecektir; ancak şüpheli yükümlülüğünü yerine getirinceye kadar, bu kararın geçici olarak vazgeçme olarak ele alındığı ve yerine getirmedeği takdirde soruşturmaya devam edileceği hükmüne bağlanmıştır (taslak 169/E - 2).

Üzerinde düşünülmesi ve çalışılarak basitleştirilmesi gereken bu ayrıntılı öneri, uygulamacıların duydukları ihtiyaçları dile getirmesi açısından yararlı bir çalışma olmuştur. Ancak, kamu davasının mecburiliği ilkesini benimsemiş olan Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sistemi içine bu kadar ayrıntılı ve savcının takdir yetkisini genişleten hükümler yerleştirilmesi, sistemin çalışmasını daha da zorlaştırabilir.

16) *Olması gereken Türk sistemine ilişkin düşüncelerimiz.* Halen soruşturma evresinde çok sayıda alternatif muhakeme usulü vardır. Önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları, Yargıtay tarafından önerildiği gibi, genel kurallara bağlanmalı, fakat bizce teke indirilmelidir.

Bu doğrultuda olmak üzere, önödeme ya kaldırılmalı veya hakim tasdikine bağlı olarak yükümlülük getirmeye elverişli bir hale getirilmelidir. Gerek önömede, gerekse diğer seçenek muhakeme usullerinde, şüpheliler hakkında bir nevi denetimli serbestlik uygulanabilmelidir. Ancak, alternatif usullerin yaygınlaşması ile, denetimli serbestlik kurumlarının iş yükü artacak ve altından kalmayacakları bir duruma geleceklerdir. İyi yapılamayan denetim, suç işlenmesine neden olursa, bundan Devletin sorumluluğu da doğabilir.

Suçüstü hallerine mahsus özel bir hızlandırılmış muhakeme usulünün Türk Hukukuna kazandırılması gereklidir.

Uzlaşmanın şikayete bağlı suçlar ile bağlantısı kaldırılmalıdır. Şikayet hakkını kullanmamak yolu ile uzlaşmayı atlamak, mağdur bakımından sakıncalıdır. *Uzlaşma*, maddi ceza hukuku açısından, *davayı düşüren sebeplerden* sayılmalı ve şikayetten vaz geçmenin doğurduğu sonuçları doğurmalıdır. Uzlaşmanın uygulanma alanı, mala karşı işlenen suçların çoğunu kapsayacak şekilde genişletilmeli, fakat Alman Hukukuna benzer bir düzenleme yapılarak, uzlaşmaya rağmen savcıya kamu davası açma yetkisi de tanınmalıdır. Uzlaşmaya tabi suçların kapsamının genişletilmesi, bunu gerekli kılar. İnsan hakkı ihlallerinde uygulanan dostane çözüm de bir uzlaşmadır. Yazılı başvuru yolu da uzlaşma kapsamına alınmalıdır.

*Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması* benzer kurumlardır. Bunların Alman Hukukunda olduğu gibi, birleştirilerek ve soruşturma veya soruşturmayı bitirecek şekilde düzenlemesi yerinde olur (StPO 153a, 257c). Almanya’da bu kararlar soruşturma evresinin sonunda veya kovuşturma evresinin başında veya duruşma sırasında verilmekte ve soruşturmayı veya kovuşturmayı sonlandırmaktadır. Bu büyük bir avantajdır: bizdeki sistemde ise, soruşturma veya kovuşturma beş yıl askıda kalmaktadır.

Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi tekrar sisteme dahil edilmelidir. Takdirilik sistemi kabahatler alanında da yer almalıdır.

Suçlardaki mecburi kovuşturma prensibinin istisnaları genişletilmelidir. Alman Hukukunda olduğu gibi, ağır suçlarda etkin pişmanlığa dayanan takdirilik uygulaması ihdas edilmelidir. Devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek olan hallerde dahi, fail suçu işledikten sonra, Anayasal sisteme yönelik tehlikelerin berteraf edilmesine yönelik katkılarda bulunursa (StPO 153e), savcı kamu davası açmayabilmelidir. Takdirilik sisteminin genişletilmesine paralel olarak, kamu yararının üstün bastığı durumlarda, C. savcısına kamu davasını geri alma yetkisi de tanınmalıdır.

Amerikan ceza muhakemesi hukukunda kabul edilen “iddia pazarlığı” (*plea bargaining*) ve Alman Hukukundaki sanığın duruşmada mahkeme ile uzlaşması (*Verständigung*) kurumlarının (StPO 257c) Türk Ceza Muhakemesi Kanununa dahil edilmesi, yerinde olacaktır.

Böylece açılan davalarda azalma olacak, daha az sayıda açılan davalar ise, duruşmadaki uzlaşma yolu ile kovuşturma evresinde hızla, fakat maddi gerçeği araştırma yükümü ihlal edilmeden sonuçlandırılacaktır. Bu sistemde sanığın yönlendirici iradesinin önem kazanması söz konusudur.

Tarafların iradelerinin muhakemeye etkisini, maddi gerçeği araştırma yükümü ile orantılı bir şekilde genişletileten ve sanığın suç kabul etmesine bağlı olarak duruşmaların kısılmasını sağlayan kurumların kabul edilmesi ile birlikte, seçenek usuller içeren diğer kurumlar da ele alınarak, sistem bütünü ile gözden geçirilmeli ve uyumlu çalışabilen kurallar yaratılmalıdır.



# TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA TİCARİ İŞLETME DEVİRİ KARİNESİ

*(The presumption for the transaction of companies  
in actio pauliana)*

M. Kamil YILDIRIM\*

## ÖZET

Tasarrufun iptali davaları alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir. “Zarar verme kastından dolayı iptal” başlığını taşıyan İİK m.280 ise genel hükümdür. Bu yüzden diğer iki maddeye nazaran sıkı şartlara bağlanmıştır ve uygulanması en zor olan hükümdür. İptal davalarında ispat faaliyeti güçlük oluşturduğundan Mehaz İsviçre Hukukunda bir kısım kanuni karineler oluşturulmuştur. Türk kanun koyucu Zarar verme kastından dolayı iptal hükmünde Mehaz İsviçre’de öngörülmemiş olan ticari işletmenin devrine ilişkin bir karine eklemiştir. Bu karine ticari hayatta işlemleri tehdit etmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Cebri icra hukuku, Tasarrufun iptali davaları, Zarar verme kastından dolayı iptal, ispat, delillerin serbestçe değerlendirilmesi, kanuni karineler, ticari işletmenin devrine ilişkin karine, ispat yükü.

## *Abstract*

Action for rescission of disposition is for creditors’ interest. According to enforcement law the action for rescission owing to the intention to damage is a general rule. In this area, two more specific rules are present. Among these three rules the general one has more strict requirements and practicing it is the hardest. In Swiss law which is the origin of Turkish law, the rule maker created some presumptions to facilitate the evidence. However, in Turkish law the rule maker created another presumption for the transaction of companies. This presumption endangers the reliability of the operation in the market.

**Keywords:** Enforcement of a judgement or order, action for rescission of disposition (actio pauliana), action for rescission owing to the intention to damage, Evidence, free consideration of proof (Free Evaluation of Evidence), Presumptions, presumption for the transaction of companies, burden of proof.

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

İcra iflas hukuku kredinin teminatıdır. Tasarrufun iptali davaları ihtiyati haciz kurumu ile birlikte alacağın teminatını sağlamaktadır. Her iki kurum da alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir.

Tasarrufun iptali kurumu Roma hukukunda actio pauliana'ya dayanmaktadır. Mehaz İsviçre'de, geçmişte iflas idaresi memurlarının tasarrufun iptali davasına başvurmadıkları görülmüş ise de, günümüzde iptal davası kurumu ticari hayatın ve ekonominin gelişmesine paralel olarak sıklıkla uygulanmaktadır.

İsviçre'de tasarrufun iptali davaları İcra İflas Kanunu hükümlerinin öngördüğü koşullar çerçevesinde uygulanmaktadır. İsviçre hukukunda gündemdeki konulardan biri de yeni iflas hukuku çerçevesinde alacağın külli temliki hususudur.

Türk hukuku uygulamasında -Mehazdan farklı olarak- muvazaa nedeniyle açılan davalarda da tasarrufun iptali davası esasları ve sonuçları gündeme gelmektedir.

Bu çalışmamızda kurum hakkında genel bilgi verilmesinden sonra Türk İİK m.280/son fıkrada yer alan karinenin menfaatler dengesi açısından değerlendirmesi yapılacaktır.

### a)- İptal Davası Genel Olarak

Takip borçlusunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların, hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi şeklinde bir yaptırım içeren bu davada, borçlu ile hukuki ilişkiye girmek suretiyle bir hak, mal iktisap etmiş olan üçüncü şahıslar, artık, alacaklının, iktisap olunan bu mal üzerinden cebri icra yoluyla tatmin edilme hakkına katlanmak durumundadırlar. Bu yaptırım özellikle malı bir ivaz karşılığı iktisap etmiş olan 3.şahıs açısından tahammülü fevkalade zor bir durum doğurmaktadır, bu faraziye de borçlunun haczi kabil malı bulunmaması ve alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket etmesi şartına bağlanmıştır. İptal davası ile, cebri icra takibinden bir semere elde edememiş olan alacaklıya, özel hukuk alanında tahsilat için bir imkan sağlanmaktadır<sup>1</sup>

İptal, davacısı hak sahibi bir kişiye, borçlunun hacizden/ iflas açılmasından/ acizden önce üçüncü kişiye devrettiği malvarlığına dahil parçalar (mallar), takibe takip objesi olarak çekilebilmesini isteme hakkı verir.

Türk hukukunda -Mehaz İsviçre'den farklı olarak-, iptal konusu tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılmış olması yönünde içtihat mevcuttur.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Doktrinadaki hukuki niteliği hakkındaki tartışmalara ilişkin bilgi için de bkz.: M.K. Yıldırım, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s.133 vd..

<sup>2</sup> Yargıtay HGK 14.2.2007, 4/79-77; 16.3.2005,15/37-139; 26.6.2002, 15/543-552; 1.12.2004, 15/553-624, M.Bilgen, Tasarruf İptal Davaları, 2008, s.153-167

İptal davasının dinlenebilmesi için gerçek bir alacak ( bir alacağın var olması) ve davacının borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edememiş bulunması önkoşuldur.<sup>3</sup>

İptal davasında, mahkemece takip dışına çıkarılmış belirli malın tekrar takip konusu yapıp yapılamayacağına karar verilir. İptal davası böylece takip hukuku karakterlidir. (BGE 114 III 113). Karar, sadece somut takip prosedüründe etkisini gösterir, fakat maddi hukuk alanında da etkili olabilir. Buna göre iptal davası maddi hukuk etkili takip hukuku ihtilafıdır.

Talep, somut takip bakımından, malın takibe çekilmesinin tespiti, ve davalının hacze, paraya çevirmeye veya iflas masasına dahil olmasına katlanması yahut varsa terditli talep uyarınca para ödemeye mahkumiyet olabilir. Haciz yoluyla takipte iptal kararı, haczi uygulayacak olan icra dairesine yöneltilir.

Davanın değeri davacının, takip hukukundaki menfaatine bağlıdır. Haciz yoluyla takipte, takibe konulmuş alacak, faiz ve masraflar tutarı ve malın değeri ile sınırlıdır. İflas yoluyla takipte ise, dava değeri, bütün iflas alacaklarının faiz ve masraflarıyla birlikte tutarı ve devrolunmuş malın değeri ile sınırlıdır.

Taraflar, davacı yanda takip alacaklısı ve iflasta iflas idaresi ve duruma göre bir alacaklı, davalı ise takip borçlusu ile onunla işlem yapan 3. kişidir ve duruma göre bunların külli halefleri ve kötüniyetli cüzi halefleri davalıdır.

## **b) İptalin Şartları**

İptal davacısı, iptalin şartları olarak,

- muvakkat veya kesin aciz vesikasını yahut iflasın açıldığını,
- İptalin unsur vakıalarını,
- henüz belirli bir süre geçmeden iptalin talep edildiğini ortaya koymalıdır.

Cüzi takipte iptal için takibin semeresiz kaldığı borçluya karşı en azından bir muvakkat aciz vesikası ile ispatlanmalıdır. (m.277 II). İhtiyati hacizle başlatılan prosedürde,

borçlunun itirazı varsa, itirazın iptali davasının kabul edildiği kararı ile bertaraf edildiği de tevsik olunmalıdır.

İİK. m.277/b.1'e göre, haciz yoluyla takipte elinde kesin veya muvakkat aciz vesikası olan alacaklı iptal davası açabilir. Kesin borç ödemedi aciz vesikasının temelinde, paraya çevirme işleminin (semeresiz) sonucu bulunmaktadır.

Borçlunun haczi kabil mallarının borcu karşılamaya yetecek miktarda olma-

<sup>3</sup> Yargıtay 15. HD. 24.5.1989, 1988/4546-2485; 13 HD. 27.2.1979, 5645/878, M. Bilgen, s.140.

ması halinde tanzim edilen muvakkat aciz vesikası alacaklıya bir kayba uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu sürece iptal davası açma ve yürütme imkanını sağlayacak, fakat alacaklı, kaybının kesin olduğunu ortaya koymadığı takdirde iptal davası reddedilecektir. Aciz vesikasının bir dava şartı olduğu – Mehazın aksine-Yargıtay'ın ve doktrinde çoğunluğun kabul ettiği bir husustur <sup>4</sup>. Şekli hukuk kurallarına tabi medeni yargılamada, dava şartının mevcut olmadığı tespit edilirse, dava esasa girilmeden reddedilecektir.

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında, dava şartı saymakla birlikte onun dava açıldıktan sonra, dava derdest iken dahi alınabileceğini (usul ekonomisi mülahazası ile) benimsediği görülmektedir <sup>5</sup>.

Esasen davalılardan borçlu, derdest iptal davası sırasında iflas etmiş olursa, onun iflası da başlı başına acizini göstermiş olacaktır.

Fona devredilen bankaların açtığı tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası aranmaz <sup>6</sup>.

Türk- İsviçre İcra Hukuku sisteminde tasarrufun iptali davası, alacaklıyı alacağına kavuşturmada takip yolları içerisinde tamamlayıcı nitelikte bir dava olarak düzenlenmiştir. İptal davası alacaklının alacağını borçlunun malvarlığından kısmen veya tamamen sağlayamadığı durumlarda açılacak bir davadır <sup>7</sup>.

Mehaz İsviçre Hukukundan farklı olarak Yargıtay'ın aciz vesikasını dava şartı sayan ve fakat davanın her aşamasında getirilebileceğine ilişkin müstekar içtihadı ve bunun ötesinde yasal düzenlemeler ile aciz vesikası şartı aranmaksızın tasarrufun iptali davasına imkan verilmesi, neticede tasarrufun iptali davasının aciz vesikası ile olan bağıni giderek zayıflatmaktadır. Bu husus, alacaklı yönünden tasarrufun iptali davasının etkin bir silah olarak kullanılmasını kolaylaştırır da, borçlu ve üçüncü kişiler bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaya müsaittir. Umar'ın gerekçeleriyle işaret ettiği gibi, cebri icranın sonuç vermediği belli olmadıkça alacaklının böyle bir silahı kullanmasına imkan vermek borçluyu ölçsüz zarara uğratabilir <sup>8</sup>.

<sup>4</sup> S. Üstündağ, İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s.230 vd.

<sup>5</sup> Bu yöndeki içtihatlar için bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.252, dn. 59-61.

<sup>6</sup> "...Öte yandan, davacı fona devredilen bankalardan olup 19.10.2005 gün ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesi uyarınca açılacak tasarrufun iptali davalarında aciz belgesi alma şartından muaf tutulmuş ve aynı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca bu Kanunla fon lehine getirilen hükümlerin makalede şamil olduğu kabul edilmiştir. Bu durumda davada aciz belgesi alınmasına gerek olmayıp esas yönünden de sübuta erdiğiinden ..." 15. HD. 17.04.2006 t., 7979-2249, Oskay/Koçak/Deynekl/Doğan, İİK Şerhi, 2008, s.5865; 17 HD 30.10.2007 T. E:4626, K:3300, 17 HD 19.7.2007 T. E:1079, K:2553, Uyar, Tasarrufun İptali Davaları, 3. bası, 2008, s.848- 849.

<sup>7</sup> M.K.Yıldırım, Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi hakkında Düşünceler, Umar'a Armağan, Dokuz Eylül Üni.HFD. cilt 11, Özel Sayı 2009 ( İzmir 2010), s.973 vd ; İsviçre Hukukunda son yayın olarak J. Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, s.389.

<sup>8</sup> Yıldırım, agm., 981-982; Umar, İptal Davası, s.38 vd.

Hukukumuzda kural olarak aciz vesikasının maddi hukuka ilişkin sonuçlarından birisi de takipte semeresiz kalan ve vesikaya bağlanan alacağa faiz talep edilememesidir. Davanın başında aciz vesikasının ibraz edilmesi aranmadığında dava süreci de dahil olmak üzere sonradan aciz vesikası alınıncaya kadar asıl alacağa faiz yürütülmesi söz konusu olacaktır. İstisnai yasal düzenlemeler ile aciz vesikasının şart olmaktan çıkartıldığı durumlarda ise faiz işletilmesi bakımından bir zaman sınırlaması ile karşılaşılacaktır.

### c - İptalin Unsur Vakıaları

İİK, bağışlamadan, acizden ve kasıttan dolayı iptal şeklinde üç farklı unsura yer vermektedir (m.278-280). İptal davacısı (takip alacaklısı), İİK.nda açıklanmış, sayılmış unsur vakıalardan birinin olayda gerçekleştiğini ispat etmelidir. Bütün unsurlar, borçlunun, hacizden veya iflasın açılmasından önce gerçekleşmiş bir hukuki işlemi şart koştadır.

Borçlunun, hacizden/ iflasın açılmasından sonraki hukuki işlemlerinin, iptal hakkı tanınan kişiye karşı geçersiz olması nedeniyle (iflas hakkında İİK m.191/I, Art.204 I SchKG) bunlar hakkında iptal gerekli değildir. ( İsviçre’de cüzi icra için ayrıca bkz. Art 92 II)

Borçlunun işlemi, hacizde/ iflasın açılmasından önceki belirli bir sürede, şüphe (kuşku) döneminde gerçekleşmiş olmalıdır. Sürenin hesaplanmasında, İsviçre’de 1994 değişikliği ile eklenen Art. 288a uyarınca örn. İflasın ertelenmesi süresi, önceden başlatılmış takip devam ettiği süre hesaba katılmaz. İsviçre’de borçlunun hacizden/ iflasın açılmasından önce geriye doğru belirli bir süre içindeki hukuki işlemleri, kuşku döneminde yapılmış sayılır. Şüphe süresi, işlemin bağıştan; acizden veya zarar verme kastından kaynaklanmasına göre değişmektedir. Şüphe süresi, gerek bağışlama nedeniyle, gerek acizden dolayı iptalde, evvelki 1 yıl iken, zarar verme kastından dolayı iptalde kuşku dönemi 5 yıldır.

Süre hesabında, Türk hukukunda, işlemin gerçekleştiği tarihten yola çıkılmaktadır.

İİK m.280’deki “...işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmuş olma...” ifade ile “Hak Düşürücü Müddet” başlıklı m.284 “İptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer.” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, iptale konu işlemin vukuu tarihinden başlamak üzere takibe başlamak için ve ayrıca iptal davası için beş yıllık süre öngörüldüğü tespit edilmektedir.

İptal davası açma hakkına ilişkin sürenin başlangıcının işlemin vukuu tarihinden değil, mukayeseli hukuka uygun olarak haciz tarihi veya takip tarihi yahut iflasın açılması tarihi olarak yeniden düzenlenmesi gerekir idi. Bu hali ile m.280’de öngörülen süre alacaklılar aleyhine kısa tutulmuştur.



İİK m.280'deki süreyi, bu hali ile, İsviçre'deki kuşku duyulan süre niteliğinde saymak güçtür. Zira, kuşku duyulan süre bir takip işlemi tarihinden geriye doğru hesaplanmaktadır. Madde, süreyi iptale tabi işlemden başlatması nedeniyle de Me-hazdan farklıdır.

İptal davalarına ilişkin haller, değişik farazyeler İİK. m.278, 279, 280'de ele alınmıştır. İlk iki maddede sırasıyla borçlunun ivazsız tasarrufları ile aciz döneminde iken yaptığı tasarrufları kazüistik bir metotla düzenlenmiştir.

İİK. m.278 “İvazsız Tasarrufların Butlanı” başlığını taşımaktadır. Maddenin I. fıkrası: “Mutat hediyeler müstesna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağış-lamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır” şeklindedir. II. fıkrası: “Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçemez.” Şeklindedir. III. fıkrası bent 2'de ise : “Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitle” bağışlama hükmünde sayılmaktadır. Böylece 1 ve 2. bentte bazı inançlı muameleler iptale tabi tutulmuştur. Yargıtay konuyla ilgili çeşitli kararlarında, verilen şeyin değeri ile borçlunun ivaz olarak kabul ettiği fiyat arasındaki dengesizliğin pek aşağı kabul edilebilmesi için aradaki farkın en az bir kat olması gerektiğine işaret etmiştir<sup>9</sup>.

“Acizden dolayı butlan” başlıklı İİK. m.279, takip borçlusunun, alacaklılarından birini ya da birkaçını koruyan, kollayan tasarruflarının iptalini düzenlemektedir<sup>10</sup>.

“Zarar verme kastından dolayı iptal” başlığını taşıyan İİK m.280 ise, çerçeve norm niteliğindedir. İİK. m.280 borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla giriş-tiği mal kaçırmaya yönelik tasarruflarının, alacaklılarına karşı yapılmamış sayılma-sına hükmolunması şeklinde bir müeyyide içermektedir ve m.278 ile 279'a nazaran genel hükümdür.

### c) İptal Kararının Etkileri

İptal davasının takip hukukuna ilişkin amacına uygun olarak, iptal, hukuki tasarruf işlem üzerinde, iptali talep eden davacının alacağını takibi için gereken miktarda etkili olacaktır.

<sup>9</sup> Örnek olarak bkz. 15. HD. 12.12.1994 tarih ve E.5896, K.7423 s.lı kararı, Ertekin/Karataş, İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1988, s.182 vd., HGK. 2.2.2005 T. E:15-666, K:1, Uyar, , 2008, s.558-571;

Farklı içtihatlar için bkz. Pekcanitez, H./O. Atalay/M. S. Özkan/M. Özkes: İcra ve İflâs Hukuku, 10. bası, Ankara 2012, s.845 dn.10.

<sup>10</sup> S.Kale, Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası, Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s.

İptal sayesinde ilgili mallar, somut takip için haczedilebilir olduğu ilan edilecektir. (duruma göre iflas masasına ait oldukları) iptal davalısı, iptal davacısının takipteki menfaatlerini tutarı kadar malları geri vermekle sorumludur. Ödediği bedeli, karşılığı hala borçluda mevcut ise veya onun zenginleşmesi söz konusu ise geri isteyebilir. Bağış yapılan kişi iyiniyetli ise elinde kalanı vermekle yükümlüdür. (Art. 291 SchKG).

İcra dairesi alacaklının dilekçesi veya mahkemenin talimatı ile, malların haczi ni yapmakla yükümlüdür. iflas prosedüründe, iptal kararının kesinleşmesi ile mallara vaziyet edilecektir<sup>11</sup>.

“İadenin Şumulü” başlıklı m.283/I: Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.

m.283/II: “İptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkum edilir.” şeklindedir. Mehz İsviçre’de, iptal davasının tazmin talebini de kapsayacak şekilde terditli bir biçimde açılması tavsiye edilmektedir<sup>12</sup>.

#### **d) Kasta dayanan iptal ve ispat**

İsviçre’de Kren Kostkiewicz’e göre kasta dayanan iptal maddesi en azından iptal edilebilir hukuki işlemler bakımından genel hüküm niteliğindedir. Bu yüzden diğer iki maddeye nazaran sıkı şartlara bağlanmıştır ve uygulanması en zor olan hükümdür. Tasfiye hukuku değişikliği sürecinde Kanuna Art.288 e ikinci fıkra eklenerek, davalı 3. Şahsa – borçlunun yakın çevresinden olması koşuluyla- borçlunun izrar kastının görülebilirliğini ispat yükü yüklenmesi, ispat yükünün yer değiştirilmesi hususu gündemdedir.<sup>13</sup>

Türk İİK madde 280’in başlığı ile 1 ve 2. fıkraları 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve tek fıkra haline getirilmiştir. Madde 280 f.I: “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren 5 yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.”. Madde 280 f.II: “ Üçüncü şahıs, borçlunun karı veya kocası, usul veya fûru ile

<sup>11</sup> İsviçre’de Spühler/Pfister, sh.105.

<sup>12</sup> Bauer in: Staehelin /Bauer/ Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz zur SchKG, Basel 1988, Band 3, Art.291 no.20 ve orada anılan kazai içtihadlar

<sup>13</sup> Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, s.392.

üçüncü dereceye kadar ( bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilafını üçüncü şahıs, ancak 279 uncu maddenin son fıkrasına göre isbat edebilir”.

Türk hukukunda İİK 280/III’de bir Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmının devir veya satın alınması faraziyesi için çürütülebilir bir karine oluşturulmuştur.

Madde 280 f.II ile ilgili olarak, üçüncü kişinin kötünietinin ölçüsü; asgari olarak iptale yol açacak durumu bilmektir. Tasarrufun ivazlı olup olmaması da önemli değildir. İktisap anında, söz konusu işlemin iptali kabil olduğunu bilen veya şartların gerektirdiği dikkati gösterseydi bilebilecek olan kişi, kötünietlidir<sup>14</sup>. Kötünietiyi ispat yükü davacıya düşmektedir<sup>15</sup>. Yargıtay bir olayda da “...borçludan taşınmazı satın alandan, aynı taşınmazı satın alan kişi hakkında iptal kararı verilebilmesi bu kişinin kötünietli olmasının subut bulmasına bağlıdır. İvazlar arasında farkın varlığınının, diğer kanıtlarla birlikte ancak takdiri delil niteliğini taşıyacağı; resmi senette gösterilen değer ile gerçek değer arasındaki farkın tek başına yeterli delil sayılmayacağını...” içtihat etmiştir<sup>16</sup>.

İİK. m.280’e göre iptale tabi tasarruflar, malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm hileli işlemlerdir. Borçlunun borcunu ödememek için taşınır veya taşınmaz bir malını bir başkasına devretmesi gibi. Hileli tasarrufun iptal edilebilmesi için, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastının, lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi tarafından bilinmesi veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunması gerekir. Bu hususta her türlü delil ve yaşam deneyi, hayatın olağan akışı gibi fiili karineler ispat aracı olarak kullanılabilir<sup>17</sup>. Karine, varlığı bilinen bir olaydan, varlığı veya yokluğu sonucuna varılması imkanını veren kuraldır<sup>18</sup>.

Emare hakkında şu kısa bilgiler verilebilir: Mehaz İsviçre’de emare yolu ile ispat kanunda açıkça yer almamakla birlikte, borçlunun zarar verme kastı ve borçlunun kastının üçüncü kişi tarafından görülebilir olması, sübjektif unsurlardır ve bu hakime çoğu zaman zor bir görev yüklemektedir. Hakim, ızzar kastı ve kastın görülebilir olduğu hususunda emarelerin münferiden ispatına mı gideceği, yoksa iptal davacısının iddia ettiği dış vakıaların genel durumundan sonuç mu çıkaracağına kendisi karar verecektir. Bilindiği üzere, ispat doğrudan ispat ve emareler yoluyla dolaylı ispat şeklinde olabilmektedir. Emare yolu ile ispat, hakkında karar

<sup>14</sup> Bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.267 vd.

<sup>15</sup> Yargıtay HGK 13.11.2002, 15-846/907, Ankara Barosu D 2003/2, s.213.

<sup>16</sup> 15. HD. 15.2.1999, 464/490, YKD 1999/5, s.660-661.

<sup>17</sup> Yargıtay, HGK 11/04/2001 tarih ve 2001/15-339 E. 2001/352 K.

<sup>18</sup> Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2009, s.314; Başözen, A. İlk Görüş İspatı, Ankara 2010, s.65vd.

verilecek hayat olayının münferit durumunun analizine dayanır. Bir iddia tecrübe kurallarının muhtemel kıldığı olaylara binaen emare vakıalar ile de ispatlanabilir. Emare yoluyla ispat ile münferit durumlardan asıl, ana vakıa çıkarılmaktadır. Emare vakıalardan ciddi şekilde başka sonuçların çıkmaması şartıyla bu emare delilden kanaate ulaşılabacaktır<sup>19</sup>.

Yargıtay'ın müstekar içtihadı, aynı işkolunda çalışan kişilerin borçlunun ödeme güçlüğü içine girdiğini bilmediğini kural olarak ileri süremeyecekleri yönündedir<sup>20</sup>.

Mehaz İsviçre'de borçlunun gayrimuayyen kastı dahi yeterli görülmemekte, ancak ihmali yeterli görülmemektedir. Gerekli olan gayrimuayyen kast deruni vakıalara da dayanabilir. Eğer borçlunun kendisi açıklamamış ise, gayrimuayyen kast hakkında dışsal unsurlara bakılarak karar verilir, objektif değerlendirme yapıldığında borçlunun işleminin muhtemelen zarar vereceği sonucuna varılabiliyorsa, bu onun gayrimuayyen kastına ilişkin önemli bir emaredir.<sup>21</sup>

Kastın görülebilirliği açısından yeni tarihli içtihadlara göre, lehine tasarrufta bulunulan tarafın iptale tabi işlemin yapıldığı tarihte borçlunun ızzar kastını bilebilir durumda olması şartı bakımından, gerekli özeni ve dikkati göstermiş olmasıdır (BGer vom 9.8.2007, 5C.3/2007, E.3.4) yalın bir ihmali yeterlidir. ( BGer vom 29.5..2008, 5A. 29/2007, E.8.4). Önemli ve belirleyici olan husus: daima borçlu ile yararlanan arasındaki ilişkinin niteliği ve sürekliliğidir (BGer vom 9.8.2007, 5C.3/2007, E.3.4) .

Borçlu hükmi şahıs ise, kast ve bilinmesi hususunda organlarına bakılır, çalışanlardan bazılarının iptali istenen ödemelere katılmış olmaları önem arzetmez. Kastın varlığına ilişkin dış unsurların varlığının tespiti fiili meseledir, dış unsurlardan kastın oluştuğunun ortaya konulup konulmadığı ise hukuki meseledir. (BGer vom 29.5..2008, 5A. 29/2007, E.4.1).

İptal davaları basit yargılama usulüne tabidir, hakim ihtilafları hal ve şartları gözönünde tutarak serbestçe takdir ve halleder ( İİK m.281/1)<sup>22</sup>. Alman hukuk çevresinde, ikame olunan deliller yanında, tarafların duruşmadaki davranışları da

<sup>19</sup> bkz.: Yıldırım, 4949 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikle İİK'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniv. Hukuk F. Dergisi, 2005/1, Sayı 2, s.471 vd., s.477, 478.

<sup>20</sup> Yargıtay 15. HD. 26.3.1987 tarih ve E.3900/K. 1258 s.lı kararı, E. Ertekin/İ. Karataş, İstihkak Ve Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1998, s.220 vd.

<sup>21</sup> BGer vom 29.5.2008, 5A. 29/2007, E.4.1; Hunkeler/Umbach-Spahn, Kurzkommentar Schuld-betreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009, Art. 288 no.15, s.1172.

<sup>22</sup> Yıldırım M.K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990, passim.; Yıldırım, İptal Davaları, 165 vd., 233 vd. Ayrıca bkz. Pekcanitez, H./O. Atalay/M. S. Özkan/M. Özkes: İcra ve İflas Hukuku, 10. bası, 2012, s.857 ve orada dn.44 de 15.HD 5.3.1992, 917/1106, Karataş/Ertekin, s.49.

değerlendirmede malzeme olarak dikkate alınır. Türk Hukukunda ağırlıklı olarak mevcut karine sisteminden yararlanılarak hukuki korunma sağlanmaktadır. Fiiller her türlü delil ile isbatlanabilir. Hakim, vakıanın vuku bulup bulmadığına, tüm delilleri birlikte inceler, değerlendirir, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar verir.

Muvazaa iddiasında, kast deruni vakıa olmakla isbatı çok zordur.

Zarar verme kastından dolayı iptal davasında, davacı, kendi borçlusunun borca batık bir halde iken işlem yaptığını ve zarar verme kastı taşıdığını, ayrıca işlemin diğer tarafı olan kişinin de takip borçlusunun mali durumunu ve zarar verme kastını bildiği ve bilmesi gerektiğini ispat etmelidir<sup>23</sup>.

Türk uygulamasında -Mehaz İsviçre'den farklı olarak- muvazaa nedeniyle açılan davalarda da yoğun bir şekilde tasarrufun iptali davası esasları ve sonuçları gündeme gelmektedir.<sup>24</sup>

Bilindiği üzere, muvazaadan farklı olarak iptal davasında Hak Düşürücü Müddet" başlıklı m.284'e göre, "İptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer."

<sup>23</sup> Davacının ispat yükünü, özellikle delil ikame yükünü yerine getirmesi bazen oldukça güç olduğundan, kanun koyucu alacaklının ispat yükünü hafifletecek bazı karineler getirmiştir.

Burada hem mali durumun, yani borca batıklığın hem de zarar verme kastının ispatında yaklaşık ispat ölçüsü geçerlidir; tam ispat aranmaz. bkz. Pekcanitez / Atalay/Özkan/ Özkes: İcra ve İflas Hukuku, 2012, s.847-848

<sup>24</sup> bkz. T. Uyar, Tasarrufun İptali Davaları, 3. bası, 2008, s.49-166 ve orada Yargıtay kararları; ayrıca HGK 14.4.2004, E. 2004/15-182, K.220 s.lı içtihad incelemesi için T. Akkaya, Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İİK nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olmadığı Sorunu, MİHDER 2006, s.661-682, 670 vd. ; ayrıca L.Börü, İcra İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası, AÜHFD 2009, cilt 58, Sayı 3, s.481 vd., 492.

YARGITAY HGK E. 2000/4-823 K. 2000/851 T. 3.5.2000 sayılı kararında özetle, taraflar arasındaki "tapu iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İcra iflas yasasındaki iptal davasıyla, borçlar yasasındaki muvazaa davasının hukuki sonuçları farklı olup, iptal davası sonucunda mülkiyet borçluya geri dönmez ancak alacaklının alacağını tahsil etmesine olanak tanıyacak biçimde haciz ve satış isteme yetkisi sağlar denilmiş, İİK m.283 hükmü uygulanmıştır.

Üye M.Handan Surlu Karşı Oy yazısında : "... Bu davada dayanılan hukuksal neden "muvazaa"dır ve bu husus tartışmasızdır. Bir iptal davasından söz edilmemiştir ve böyle bir kabul de yoktur. Davanın dayanağı ve mahkemenin kabulü muvazaa olunca, sonucun da bu kabule göre oluşturulması gerekir. Nitekim Özel Dairede davanın dayanağının İİK.nun 277 ve izleyen maddelerinde hükme bağlanan bir iptal davası olduğuna söylememekte, ancak hükmün bu tür bir davaya özgü biçimde oluşturulmasını öngörmektedir..."

Hem muvazaanın hem de tapunun iptal edilmeyerek tasarrufun iptaline karar verileceğinin kabulü; temelde muvazaa ( butlan ) ile illetli bir temlik işlemine, kısmen geçersizlik, kısmen de geçerlilik anlamını vermek olacaktır ki, böylece tecezzi kabul etmez. Bir temlik işlemi ikiye bölmek anlamına gelir; bu da açık bir çelişki teşkil eder." şeklindedir ( karar örneği için bkz. Uyar, 2008, s.134-138).

### e) Ticari işletme devri karinesi hakkında

Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye yabancı olan takip alacaklısı açtığı iptal davasında, ispat yükünü taşımaktadır. İptal davalarının çoğunda muvazaa temeline dayanılmaktadır. Muvazaa iddiasında, kast deruni vakıa olmakla isbatı çok zordur.

İptal davalarında ispat faaliyeti bu ve diğer çevre koşullarından ötürü güçlük oluşturduğundan İsviçre Hukukunda bir kısım kanuni karineler oluşturulmuştur.

Türk kanun koyucu İcra İflas Kanununda, Zarar verme kastından dolayı iptal hükmünde m.280/son fıkrada, karineler kataloğuna -Mehazda öngörülmemiş- bir karine eklemiştir. Bu karine, giderek daha sık kullanılan ticari işletmenin devrine ilişkindir.

İİK 280/III; “ Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun da bu hallerde ızzar kastıyla hareket ettiği kabul olunur. Bu karine ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılını temin edecek şekilde munasip vasıtalarla ilan olduğunu ispatla çürütülebilir” hükmünü amirdir.

Uygulamada Yargıtay HGK. 2.2.2005 T. E:15-666, K:1, s.lı kararına göre bu “ kötüniyet karinesi” dir. “...; yatırım şirketi olduğu belirgin ve iş alanı itibariyle satış tasarrufuna konu taşınmazların mal varlığına ve ticari işletmesine dahil olduğu açık olan davalı borçlu şirketin, icra dosyalarına yansıyan durumu itibariyle de tasarrufa konu bu taşınmazların ticari emtiasının önemli bir bölümünü teşkil ettiğinde; bu nedenle de, iptali istenen tasarruflarının icra ve iflas Kanunu’nun 280. maddesinin 4. (4949 s.y. ile değişik haliyle 3.) fıkrası kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Durum bu olunca, alacaklı/davacı anılan maddede kendisi yararına getirilen karineden yararlanmak durumundadır. Bu karine ile, bir taraftan borçlunun alacaklılarını ızzar kasti ile hareket ettiği ve diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kasti bildiği kabul edilerek alacaklı ispat külfetinden kurtarılmıştır. İspat yükü kendisinde olan davalı taraf, bu karineyi çürütecek bir delile de dayanmamış; eş söyleyişle, Kanunun öngördüğü yasal karinenin aksini kanıtlayacak usulü işlemlerin davalı borçlu tarafından yerine getirildiğini iddia ve ispat edememiştir. Bu durumda, karinenin davacı lehine gerçekleştiğinin kabulü gerekmiştir....”<sup>25</sup>

<sup>25</sup> HGK. 2.2.2005 T. E:15-666, K:1, Uyar, , 2008, s.558-571, ayrıca Uyar, s.549-601 deki içtihatlar. “...borçlunun 3. kişiyle yaptığı markaların devrine ilişkin sözleşmeler İİY’nin 280. maddesinde belirtilen ticari işletmenin devri mahiyetindedir. ... ticari işletmenin devri halinde devralan kişi borçlunun alacaklılarını zarara sokmak kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde zarar vermek kastı ile hareket ettiği kabul olunur ve bu şartlarda yapılan sözleşmeler de batıl sayılmaktadır ...” 17 HD 9.07.2007, E: 2474, K:/2410 (26.03.2009 www.hukukturk.com); marka hakkında 21.HD.9.6.2008 T, 3206-9598 , Uyar, İİK Şerhi cilt 12, 2009, s.19611 no.3.

Davalılardan borçlu şirketin malı olan bir taşınmazı satın alan üçüncü şahıs aleyhinde görülen iptal davasında, İİK m.280-son fıkradaki davacı alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirilmesi veya tüm alacaklıların duyabileceği münasip araçlarla ilanı usulünün taraflarca bilinmemesi, tatbik edilmemesi faraziyesinde, ispat yükünü tersine çeviren karinenin ağır sonuçları ile karşılaşılmaktadır.

Takip borçlusu şirketin adına kayıtlı mallarını rayiç değerinde bedelini de almak suretiyle devri faraziyesinde, İİK m.280/son fıkra, fıkroda öngörülen şartların varlığı halinde, alacaklı lehine - davacının dilekçe ve beyanlarında açıkça dayanmamış olması halinde dahi hakimin kanuni karineyi resen göz önünde tutması sonucu- kullanılmaktadır. Buna mukabil takip borçlusu şirketin hakim ortağının, kendi adına kayıtlı olan mallarını, örneğin tarlasını yine rayiç değerinde bedelini de almak suretiyle devri faraziyesinde ise m.280/son daki karine kullanılamamakta ve dosya içeriğine göre kimi durumda dava ispatsızlık faraziyesinde, davanın reddi yönünde sonuçlanabilmektedir.

Mukayeseli hukukta Mehaz İsviçre'de, kasta dayanan iptal maddesi en azından iptal edilebilir hukuki işlemler bakımından genel hüküm niteliğindedir. Bu yüzden diğer iki maddeye nazaran sıkı şartlara bağlanmıştır ve uygulanması en zor olan hükümdür. Mehaz İsviçre'de bu yönde kanuni bir karine ihdas edilmemiştir. Buna rağmen iptal davaları ispat hukuku esasları ve ilgili enstrümanları yardımıyla alacaklı bakımından etkili bir silah olarak kullanılmaktadır. Doktrin yardımıyla kazai içtihadların geliştirilmesi yolu tercih edilmiştir.

İİK m.280/son daki ticari işletmenin devriyle ilgili karinenin, sadece fıkroda belirtildiği şekilde önceden ilanı ile çürütülebilmesi esasının, menfaatler dengesi bakımından mukayeseli hukukta Mehaz İsviçre'de ihdas edilmediği, gri bir alan tanındığı da göz önünde tutulduğunda, lege ferenda kaldırılması uygun düşecektir.

**ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURULARI  
ESAS BAKIMINDAN İNCELEMESİ**  
*(The Review of the Constitutional  
Court by the Constitutional Complaints)*

**Nevhis DEREN-YILDIRIM\***

**ÖZET**

23.9.2013 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi norm kontrolü yanında anayasa şikayetlerini de incelemek zorundadır. Burada önemli olan konu sözkonusu hukuki çarenin Türk hukuk sistemine girmiş olması değildir, önemli olan sözkonusu hukuki çarede hangi kriterlerin kullanıldığıdır. Bu makale Alman Federal Anayasa Mahkemesinin özgül anayasa hukuku ihlallerini diğer ihlallerden ayırmada kullandığı bazı prensipleri ele almaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Anayasa Şikayeti, Temel haklar ve özgürlükler, Türk Anayasası, Alman Anayasası, Özgül anayasa hukuku.

***Abstract***

Since 23.9.2013 the Constitutional Court of Turkey must review the constitutional complaints while controlling the norms. The most important issue is not the introduction of this remedy into the Turkish Law system. The criteria, which are used by this remedy, are very important. This article suggests some principles, which are used by the Constitutional Court of Germany to differ the specific constitutional Law cases from other cases.

**Keywords:** Constitutional complaint, Fundamental rights and freedoms, Turkish constitution, German constitution, specific constitutional law

1982 tarihli Türk Anayasası'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, Anayasa Mahkemesi salt norm denetimi yapan bir Yüksek Mahkeme olmaktan çıkmış, anayasa şikayetlerini de inceleme görevini üstlenmiştir. Ek fıkra uyarınca "... Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir". Yine 148. maddeye eklenen diğer bir fıkrada esas bakımından yapılacak incelemede uygulanacak bir

---

\* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD Öğretim Üyesi



kritere de yer verilmektedir. Buna göre, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. 30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun esas hakkında inceleme başlıklı 49. maddesinin 6. fıkrası şu ifadeye yer vermiştir: “ ...Bölgülerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz...”

Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru imkanı, her ülkede tanıyan bir hukuki çare değildir<sup>1</sup>. Nitekim ülkemizde de anayasa şikayetine başvurma imkanı, 6216 sayılı Kanununun 45-51. maddelerinin yürürlüğe girmesinden sonra doğmuştur. Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan bir çok başvuruyu “zaman bakımından yetkisizlikten” ötürü reddetmektedir. Diğer bir anlatımla, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23.9.2012 tarihinden önce kararın kesinleşip, kesinleşmediğine bakılmakta, bu tarihten önce kesinleşen kararlara karşı yapılan bireysel başvurular kabul edilemez sayılmaktadır<sup>2</sup>.

Diğer bir grup kararında Anayasa Mahkememiz bireysel başvurunun şekli koşullarının yerine getirilmediğine karar vermiştir. Bunların başında “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” gerekçesiyle reddolunan bireysel başvurular gelmektedir<sup>3</sup>.

Başvuru sahibinin bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmadığı gerekçeyle bazı başvuruların reddolunduğuna da rastlanmaktadır<sup>4</sup>.

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartlarının bulunmadığı gerekçeyle verilen red kararlarının bir bölümü de “açıkça dayanaktan yoksun olmadır” Anayasa Mahkemesininin 16.4.2013 tarih ve 2012/649 sayılı kararında şu ifadeye yer verilmiştir: “... Bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların açıkça

<sup>1</sup> Bu çalışmamı değerli bilim insanı Prof.Dr. Nur Centel'e ithaf ediyorum. Geniş bilgi için bkz.: Brunner, G., der Zugang der Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europaischem Raum, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 50 (2002), s.191-247. (ayrıca <cdl/doc/2001/cdl-ju/22-e>)

<sup>2</sup> Örn. Anayasa Mahkemesinin 5/3/2013 tarih ve 2012/883 sayılı kararı; 5/3/2013 tarih ve 2012/829 sayılı kararı; 5/3/2013 tarih ve 2012/754 sayılı kararı; 5/3/2013 tarih ve 2012/644 sayılı kararı; 5/3/2013 tarih ve 2012/491 sayılı kararı; 26/3/2013 tarih ve 2012/26 sayılı kararı; 26/3/2013 tarih ve 2012/595 sayılı kararı;

<sup>3</sup> Örn. “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” gerekçesiyle bireysel başvuruları reddeden kararlar: Anayasa Mahkemesinin 26/3/2013 tarih ve 2012/946 sayılı kararı; 26/3/2013 tarih ve 2012/670 sayılı kararı; 5/3/2013 tarih ve 2012/74 sayılı kararı; 26/3/2013 tarih ve 2012/403 sayılı kararı; 16/4/2013 tarih ve 2013/1243 sayılı kararı; 16/4/2013 tarih ve 2013/1012 sayılı kararı.

<sup>4</sup> 5/3/2013 tarih ve 2012/743 sayılı karar: “... göre karar organları seçimle işbaşına gelen ve kamu tüzel kişiliğini haiz meslek kuruluşu olan Doğubeyazıt Ticaret ve Sanayi Odasına, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarını hükme bağlayan... fıkrası uyarınca bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır...”

dayanaktan yoksun ve Anayasa ve Kanun tarafından Mahkemenin yetkisi kapsamı dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır... ..açıkca dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğu...”<sup>5</sup>

Bireysel başvuru imkanının tanınması, otomatikman bireyi devlet organlarınca yapılan temel hak ihlallerine karşı koruyacağı anlamına gelmez. Gerçi Türk doktrininde iyimser tahminde bulunan yazarlar<sup>6</sup> şu görüşü ileri sürmektedirler: “... Bilindiği gibi, AİHM iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığı araştırırken, ilgili ülkede Anayasa Şikayeti Kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bu yolu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, yani AİHM’ye gitmeden tatmin edilmesinin mümkün olabileceğini düşünmek ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve aleyhe alınacak kararlarda azalma olacağını ummak yanlış değildir...”. Gerçekten de anayasa şikayetinin Türk Hukukunda kabulüne yol açan en belirgin faktör, AİHM önünde tazminata mahkum edilme olasılığını azaltmak olmuştur<sup>7</sup>. Oysa Anayasa Mahkemesinin somut ve soyut norm denetiminde olduğu gibi aşırı uzun sürelerde karar vermesi halinde anayasa şikayetinin “iç hukuk filtresi” olmaktan çıkacağına dikkat çekenler vardır<sup>8</sup>. Diğer bir tehlike ise, anayasa şikayetinin temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında koruyucu ve geliştirici bir içtihat oluşturmadığı durumlarda, anayasa şikayetinin etkili bir başvuru yolu olmadığı kabul edilerek, AİHM’ye doğrudan başvuru hakkı tanınmasıdır<sup>9</sup>. AİHM’ye yapılacak başvurularda böyle bir sınıflandırmaya konu olmamak tamamen Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları incelemesinde uygulayacağı kriterlere bağlı olacaktır.

Anayasa şikayetinin (=Verfassungsbeschwerde) çok eski bir geleneğe sahip olduğu Federal Almanya’da Anayasa Mahkemesi kararları aracılığıyla sayısız inceleme kriteri ortaya konmuştur. Esas olarak, anayasa şikayeti kamu gücünün işlemi Anayasa Hukuku ile bağdaşmadığı takdirde haklı sayılmaktadır<sup>10</sup>. Hükme karşı yapılan anayasa şikayetinde Federal Anayasa Mahkemesi incelemesini “özgül Anayasa

<sup>5</sup> Bkz. 22 Mayıs 2013 tarihli Resmi Gazete.

<sup>6</sup> Sabuncu, Y./Esen Arnwine, S., Türkiye İçin Anayasa Şikayet Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa. Yargısı, c.21, 2004, s.229 vd.

<sup>7</sup> Bkz. Karan, U., Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme-Beklentilerin Neresindeyiz, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2013/9-117, s.24-27 ve orada anılan Anayasa Değişikliği Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyon Raporu.

<sup>8</sup> Göztepe, E., Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi 2011 (95), s.24 vd. ve dn. 24’de anılan Sürmeli v. Germany, no.75559/01, §§ 105, ECHR 8.6.2006 kararı.

<sup>9</sup> Göztepe, s.25 ve orada anılan Azerbaycan örneği İsmayilof v. Azerbaijan, no. 4439/04, ECHR 17.4.2008

<sup>10</sup> Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl, München 2012

Hukuku<sup>11</sup> ile sınırlandırmaktadır<sup>12</sup>. Mahkeme, mahkeme kararlarındaki hukuki hataları değil, yalnızca temel bir hakkın ve temel hak benzerinin ihlal edilip, edilmediğini incelemektedir. Yargılamanın seyri, hayat olayının tespiti ve değerlendirilmesi, kanunun yorumundaki ve uygulanmasındaki olası hatalar anayasa şikayetinin kabulüne yol açmamaktadır. Hukukun yanlış uygulanması, kural olarak, anayasa ihlali anlamına gelmez.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi<sup>3</sup>'nin anayasa şikayetleri incelemesinde uygulayacağı kriterlerin yukarıda anıldığı gibi tespit edilmiş olmasına rağmen mahkemenin bir çok kararında bu esaslar yorum yoluyla genişletilmiştir<sup>13</sup>. Nitekim 16 Ocak 1957 tarihli Elfes kararında<sup>14</sup>: "... Buna karşın Anayasa, kamu gücünü sınırlayan değerlere bağlı bir düzeni oluşturur. Söz konusu düzen, insan insiyatifini, sorumluluğunu ve onurunu devlet mekanizması karşı teminat altına alır... Kanunlar, şekle uygun biçimde oluşturulmakla Anayasaya uygun hale gelmez. Bunlar, özgürlükçü demokratik düzenin temelindeki üstün anayasal değerler ile de maddi bakımdan uyumlu olmak zorundadırlar... Usul hukuku bakımından bu şu anlama gelir; ... hareket serbestisinin kısıtlayan bir kanunun Anayasaya uygun olmadığı iddiasıyla herkes Anayasa şikayetini dermeyan edebilir, çünkü Anayasanın 2. maddesinin birinci fıkrasındaki hakkı zedelenmiş olmaktadır..." Alman doktrininde Elfes kararındaki esaslar kabul edildiğinde, kamu gücünün hukuka aykırı davranışı ile Anayasa Hukuku tarafından garanti altına alınan özgürlük alanı ihlal edilen herkesin bireysel başvurusunun kabulünün gerekeceği, ihlalin bir (hukuka aykırı) eylem, işlem veya mahkeme kararı ile ortaya çıkabileceği savunulmaktadır<sup>15</sup>.

Görüldüğü gibi, sarkaç tam incelemeden feragat<sup>16</sup> esası ile süper temyiz mahkemesi<sup>17</sup> esası arasında gidip gelebilmektedir.

Dengeyi sağlamak üzere, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Lüth kararındaki<sup>18</sup> esaslar kabul edilebilir: "...

1. Temel haklar, esasen vatandaşların devlete karşı savunma haklarıdır; Anayasanın temel haklara yönelik hükümleri, objektif değerler düzenini oluşturur; ki bu anayasal temel olarak hukukun her alanı için geçerlidir.

2. Özel Hukukta temel hakların içeriği, özel hukuk düzenlemeleri ile belirlenir. Bunlar öncelikle emredici hükümlerden oluşur...

<sup>11</sup> Spezifisches Verfassungsrecht

<sup>12</sup> B Verf GE 62,338 (343).

<sup>13</sup> Bkz.: Heyde/Gielen, Die Hüter der Verfassung Karlsruhe 1973, s.164'de yer alan Merkblatt über die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Ziffer 3, Absatz 5.

<sup>14</sup> BVerfGE 6, 32

<sup>15</sup> Steinwedel, U., Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht, Baden-Baden 1976, s.18

<sup>16</sup> Totaler Prüfungsverzicht

<sup>17</sup> Superrevisionsinstanz

<sup>18</sup> BverfGE 7, 198 vd. (15.1.1958 tarihli karar)

3. Medeni yargıda hakim verdiği hükümlerle temel hakları ihlal edebilir, bu durum hakim temel hakların özel hukuka etkisini göz ardı etmesi halinde ortaya çıkar. Federal Anayasa Mahkemesi medeni yargı alanında verilen kararlardaki hukuki hataları incelememekte, yalnızca onlardaki temel hak ihlallerini incelemektedir.

4. Özel hukuka ilişkin düzenlemeler de “Anayasanın 5. maddesinin 2. fıkrası bağlamında “genel kanunlar” olarak addedilebilir ve bu şekilde ifade özgürlüğünü sınırlayabilir.

5. Nelerin “genel kanun” sayılacağı, özgürlükçü demokratik bir devletteki ifade özgürlüğü ışığı altında değerlendirilmelidir.

6. Alman Anayasasının 5. maddesindeki temel hak, sadece ifadeyi değil, düşünce belirtmenin ruhi etkilerini de korumaktadır.

7. Boykot çağrısının mutlaka (Alman) Medeni Kanunu § 826 hükmündeki iyiniyet kurallarına aykırı olduğu söylenemez; somut olayın özelliklerine göre bu tür bir çağrı ifade özgürlüğü çerçevesinde haklı görülebilir...”

Lüth kararı ile basit hukuka aykırılık<sup>19</sup> ile özgül Anayasa Hukukuna<sup>20</sup> aykırılık kavramları birbirinden ayrılmıştır. Diğer bir anlatımla, sadece özgül Anayasa Hukukuna aykırılık anayasa şikayetinin konusunu oluşturabilmektedir. Ancak somut olayda, basit hukuk ile özgül Anayasa Hukukuna aykırılık hallerinin ayırt edilmesi çok kolay değildir. Alman doktrininde oluşan belirsizliğin anayasa şikayetinin Demokles’in kılıcı gibi ilk derece mahkemeleri üzerinde sallanmasına yol açacağını, ilk derece mahkemelerini anayasal haklara özen göstermek zorunda bırakacağına dikkat çekilmiştir<sup>21</sup>. Ancak doktrinde tam tersi bir durumun da ortaya çıkabileceğinden endişe edilmektedir ki, o da Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların sadece basit hak ihlaline dayandığı gerekçesiyle çoğunlukla reddolunacak olmasıdır.

Türk Hukuku bakımından en çetrefil durum ise, Anayasada yer alan ve temel hak olarak adlandırılan hakların tümünün Anayasa şikayetine konu oluşturamayacak olmasıdır<sup>22</sup>. 6216 sayılı Kanunun 45. maddesindeki “herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” ifadesi özgül Anayasa Hukukunun çerçevesini daraltmaktadır<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Einfaches Recht

<sup>20</sup> Spezifisches Verfassungsrecht

<sup>21</sup> Bu şekilde: Rupp, H., Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem; ZZP 82 (1969), s.1 vd.

<sup>22</sup> Sabuncu/Esen Arnwine. S.229 vd.

<sup>23</sup> Aynı yönde: Karan,U., s.27:”... zaman zaman AİHS’nin dar kapsamlı hükümlerini göz önünde tuttuğu görülmektedir. Bu durum insan haklarının korunmasına özgülenmesi gereken bireysel başvuru usulünün sağlayacağı korumanın AYM eliyle daraltılması anlamına gelmektedir”.

Özgül anayasa hukukuna aykırılığın ne zaman oluştuğu sorununu, Paul Kilisesi Anayasası'ndan Bavyera Anayasasına, Bavyera Anayasası'ndan Federal Alman Anayasasına kadar her dönemde tartışılan Alman doktrini ve içtihatları da net biçimde çözememiştir. Nitekim Türk doktrininde de Kanadoğlu<sup>24</sup> bu zorluklara değinmektedir. Bireysel başvurunun Türk Hukukunda kabulüne yol açan temel faktörün bireyin anayasal temel haklarının korunması ve geliştirilmesi olmayıp, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuru sayısının azaltılması olması fazla umut vaatetmese de, bireysel başvuruların özgül Anayasa Hukuku ihlalleri bağlamında ele alınması demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bireysel başvuruda bulunan vatandaşlarımızın Anayasa Mahkemesine süper temyiz mahkemesi gibi yaklaşması da Türk doktrininde eleştiri konusu olmuştur<sup>25</sup>. Ancak bireysel başvuru dilekçesi hazırlamanın temyiz başvuru dilekçesinden çok daha derin bir hukuk bilgisi gerektirdiği, Alman içtihatlarında sorunu çözmek için onlarca formül geliştirildiği unutulmamalıdır. Bireysel başvuruların kabulü, özgül Anayasa Hukuku ihlalinin doğru biçimde ortaya konması ile doğrudan bağlantılıdır. Ancak Anayasa Mahkemesinin de temel anayasal değerlerin içeriğini belirlemede çok mesai harcaması beklenmektedir. Bireysel başvuruda bulunmak da, bireysel başvuru incelemesini anayasal değerler çerçevesinde yapmak da hayli zorlu süreçlerdir. Mekanizmanın iyi işlememesi, bireyleri bireysel başvuru imkanının olmadığı dönemden daha kötü bir duruma getirebilir.

Son olarak, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ufuk açıcı şu ifadesine değinmek istiyorum<sup>26</sup>: "... Mahkemeler basit hukukun yorumu ve uygulanmasında, özellikle genel hükümlerde, anayasadaki değer ölçütlerini gözetmek zorundadır. Şayet (ilk derece) mahkemesi bu ölçütleri göz önünde tutmazsa, kamu gücünün temsilcisi olarak gözetmediği anayasal temel hak normlarını ihlal etmiş sayılır, bu durumda da Federal Anayasa Mahkemesi'nin onun kararını iptal etme zorunluluğu doğacaktır... Aksi durum, anayasa şikayetin amacına ve Anayasa Mahkemesinin işlevine ters düşer... Yargılamanın şekli, vakıanın tespiti ve değerlendirilmesi, basit hukukun yorumu ve somut olaya uygulanması hususları, tamamen görevli mahkemelerin işidir ve bunun kontrolü Anayasa Mahkemesine verilmemiştir; yalnızca özgül anayasa hukuku ihlallerine karşı Anayasa Mahkemesine anayasa şikayeti yoluyla başvurulabilir. Ancak özgül Anayasa Hukuku, basit hukuka göre objektif bakımdan hatalı her kararda ihlal edilmiş olmaz; hata, temel hakkın göz önünde tutulmamasından kaynaklanmalıdır..."

<sup>24</sup> Korkut, Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2013/9-117, s.20-23

<sup>25</sup> Oder, B.E., Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda İlk Evre, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül 2013/9-117, s.14 vd. özellikle s.19: "... Başvuruların önemli kısmında temel hak ihlaline ilişkin iddiaların etkili kullanımından çok, temyiz aşamasındakine benzer beklentiler dikkati çekmektedir..."

<sup>26</sup> BVerGE 18,85

**KANUNLA BELDE VE İLÇE SINIRLARININ  
DEĞİŞTİRİLMESİ-ŞİŞLİ ÖRNEĞİ**  
*(The Change of Municipality Borders by Code – Şişli)*

**Turan YILDIRIM\***

**ÖZET**

Bu çalışmada, Şişli İlçesi (Belediyesi) sınırlarındaki Maslak, Ayazağa ve Huzur mahallelerinin Sarıyer ilçesine bağlanması, kuvvetler ayrılığı ile Hukuk devleti ilkeleri bakımından incelenmiştir.

Kanunların mutlaka kural koyan işlemler olması gibi bir Anayasal zorunluluk söz konusu değildir. Ancak şekli anlamda kanun anlayışını kabul eden hukukçular da yasama organının istisnasız her türlü işlemi kanun biçiminde yapamayacağını kabul etmektedirler.

Mevcut İl İdaresi Kanunu ve Belediye Kanunu'nda idareye bırakılan bir işlemin yasama organı tarafından tesis edilmesi, idare fonksiyonunun gaspı olacağı için Anayasa'ya aykırıdır.

Makalede, hukuk devleti ilkesi bakımından yapılan incelemede de bazı sorunlar tespit edilmiştir. Öncelikle Kanun Koyucunun, kendini kanun kurallarıyla bağlı saymaksızın işlem yapması Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca Kanun görüşülürken verilen bir önergeyle ilçe sınırının, belde bağlılığının değişmesi, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında bu işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini önceden öngörmelerini mümkün kılacak bir norm niteliğinde değildir. Yapılan düzenleme belirlilik, öngörülebilirlik özelliklerini taşıyaması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem de içermemesi nedenleriyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Hazırlanan Kanun büyükşehir belediyeleri kurulmasına ve büyükşehir yönetimine ilişkin olduğu halde, Komisyon görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle bu düzenlemenin getirilmesi, kamu yararı amacının sorgulanmasında dikkate alınması gereken bir husustur.

İnceleme konusu hükmün hukuk devletine aykırı bir diğer yönü ise idari

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

yargı denetimine tabi bir işlemin kanun şeklinde yapılarak, yargı denetimi dışında tutulmasıdır.

**Anahtar kelimeler:** Şişli Belediyesi, Sınır değişikliği, Yürütme fonksiyonu, Hukuk devleti, Kamu yararı

### *Abstract*

In this study, it's analyzed the attachment of Maslak, Ayazağa and Huzur towns to the municipality of Şişli in terms of separation of powers and constitutional state.

There is not a constitutional necessity for laws to establish a rule. However legal practitioners who defend as such formal law also accept that it's impossible to make all sort of procedures by legislative committee.

Existing Provincial Administration Law and Municipal Law by legislature to establish a process left to the administration, to be unconstitutional usurpation of administrative functions.

In this article, the analysis made in terms of the principle of constitutional state, some problems have been identified. First of all, making procedures without considering itself bound by law is contradictory to the Constitution Article 2.

In addition, the law debated a motion limit of district, the town's commitment to change, the possible respondents of this process under the current circumstances make it possible to anticipate in advance what kind of implications does not constitute a norm. The regulatory is contradictory for constitutional state; by reason of the absence of the certainty, predictability and also the preventive measures against public authorities.

An issue that should be taken into consideration in terms of public interest, despite the prepared law is about establishment and administration of metropolitan municipalities, promulgation of this regulation with a given proposal during the commission negotiations.

Another aspect of provision under examination in contradiction the rule of law is made in form of a transaction subject to administrative judicial review and kept outside the control of the judiciary.

**Keywords:** The municipality of Şişli, Change of limits, Executive function, Constitutional state, Public interest

## **GİRİŞ**

11.12.2012 tarihli, 6360 sayılı (On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair) Kanunla yeni ilçeler kurulmuştur. Kanunun "İlçe Kurulması ve Sınırlarının Belirlenmesi" başlıklı 2.maddesiyle İstanbul'da Şişli ve Sarıyer (37. bent) İlçelerinin sınırlarında değişiklik yapılmıştır.

Bu çalışmada, Şişli İlçesi (Belediyesi) sınırlarındaki değişikliğin (Maslak, Aya-zağa ve Huzur Mahallelerinin Sarıyer ilçesine bağlanması), Anayasaya uygunluğu incelenecektir.

### **1. İlçe ve belediye sınırları değişikliğini düzenleyen mevzuat**

1982 Anayasasının 126.maddesine göre; Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. Yukarıda da belirtildiği üzere merkezi idareye ilişkin düzenlemelerde Anayasanın 126.maddesindeki bu ölçütlere uymak gerekmektedir.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın Beşinci maddesine göre, yerel topluluklara danışılmadan yerel yönetimlerin sınırlarında değişiklik yapılamayacaktır. Madde ayrıca, mevzuatın uygun olması halinde danışmanın, bir referandum yoluyla gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, Türkiye 5.maddeyi çekince koymaksızın kabul etmiştir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ikinci maddesinde, ilçe sınırlarının değiştirilmesinin ilgili il idare kurullarının ve il genel meclislerinin mütalaalarının alınması kaydıyla, İçişleri Bakanlığının kararı ve Cumhurbaşkanının tasdiki ile gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır.

5393 Sayılı Belediye Kanununun 7.maddesine göre, bir il dahilindeki beldeler veya köyler arasında sınır uyuşmazlığı çıkması halinde otuz gün süre verilerek ilgili belediye meclisi ve köy ihtiyar meclisi ile kaymakamın görüşleri istenecek; vali, bu görüşleri değerlendirerek sınır uyuşmazlığını karara bağlayacaktır. Büyükşehir belediyesi sınırları içindeki uyuşmazlıklarda büyükşehir belediye meclisinin de görüşü alınmalıdır. İl ve ilçe sınırlarının değiştirilmesini gerektirecek sınır uyuşmazlıklarında ise Belediye Kanununun 7.maddesi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Bu durumda yukarıda açıklandığı üzere değişiklik, müşterek kararnameyle gerçekleştirilecektir.

11.05.1988 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sınır Anlaşmazlığı, Mülki Ayrılma ve Birleşme ile Köy Kurulması ve Kaldırılması Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesine göre ise, "5442 sayılı İl İdaresi Kanununa göre belirlenmiş sınırların değişmezliği esastır. Mevcut sınırın değiştirilmesi ancak, sınır noktalarının belirginlik ve değişmezlik niteliklerini yitirmiş olması, idari birimlerin sosyal, ekonomik, idari ve coğrafi durumlarında eskiye oranla farklılıkların meydana gelmesi ve bu sonuçların sınır anlaşmazlığına yol açmış olduğunun Bakanlıkça tespit edilmesi halinde mümkündür."



## 2. Kuvvetler ayrılığı ilkesi

İstanbul Şişli ilçesi sınırlarındaki mahallelerin Sarıyer ilçesine dahil edilmesi hem bir ilçenin sınırlarının değişmesi hem de bir beldeye bağlı mahallelerin başka beldeye bağlanması sonucunu doğurmaktadır.

Bu durumda şöyle bir soru sorulmalıdır: İl İdaresi ve Belediye Kanunu'nun idareye bıraktığı bir işlemin, Yasama organı tarafından yapılması Anayasa'ya uygun mudur? Soruya cevap vermek için, Anayasa'da öngörülen kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yasama ve yürütme fonksiyonları hakkında kısa bir açıklama yapılacaktır<sup>1</sup>.

Kuvvetler ayrılığı kuramı, birçok düşünür tarafından dile getirilmiştir. Ancak kuvvetler ayrılığının hürriyetlerin korunması ile ilgisini en iyi şekilde açıkladığı için, Montesquieu ile birlikte anılan bir ilkedir. Montesquieu kuvvetler ayrılığının hürriyetler bakımından önemini şöyle açıklamıştır: "Yasama kuvvetiyle yürütme kuvveti aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse, ortada özgürlük diye bir şey kalmaz." Aynı şekilde, "yargı kuvveti, yasama kuvvetinden ayrılmazsa ortada yine özgürlük diye bir şey kalmaz".

Montesquieu, her devlette var olan üç kuvveti veya daha doğrusu bu üç iktidarı şöyle tanımlamıştır: Yasama iktidarıyla hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimse ya bir süre için ya da her zaman için yürürlükte olacak yasalar yapar veya yapılmış yasaları düzeltir ya da kaldırır. Yürütme iktidarıyla savaş ve barış yapar, elçiler gönderir veya kabul eder, güvenliği sağlar, istilaları önler. Yargı iktidarıyla ise suçluları cezalandırır ve uyuşmazlıkları çözer.

Montesquieu'ya göre, bu üç iktidar ayrı ayrı ellerde bulunmalıdır; çünkü iktidarın kötüye kullanılmaması için, iktidarın kendisinin iktidarı durdurması gerekir. İktidarların ayrı ellerde bulunması, özgürlüklerin güvencesidir.

Teori, yasama iktidarının halkta ya da temsilcilerinin oluşturduğu bir kurum tarafından; yürütme iktidarının ise hükümdar (yürütme) tarafından kullanılmasını öngörmektedir. Hükümdarın (yürütmenin) işlemlerinin, yasama organı tarafından yapılan kanunlara uygun olması gerekir. Yasama organının haklı olmayan girişimlerini yürütmenin önleyebilmesi için, yürütme de kanunları veto yetkisine sahip olmalıdır. Yargı iktidarı ise, yasama ve yürütme gücünü kullanan organlardan ayrı ve varlığını toplumdan alan bağımsız bir organda bulunmalıdır.

<sup>1</sup> Bu bilgiler Cengiz. ARIKAN'ın eserinden özetlenmiştir. Bkz. ARIKAN, Cengiz, "Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, [acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/cengiz\\_arikan\\_tez.pdf](http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/cengiz_arikan_tez.pdf). Kuvvetler ayrılığı ilkesi hakkında ayrıca bkz. ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s.40 vd.; KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar, İstanbul 2011, s.108 vd.; GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s.30 vd.; AKAD, Mehmed - DİNÇKOL, Bihlerin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2009, s.148 vd.

İlk kez 1787 tarihli ABD Anayasası'yla uygulanan kuvvetler ayrılığı, daha sonra 1791 Fransız Anayasası'nda düzenlenmiş ve giderek tüm gelişmiş demokratik ülkelerde uygulanmaya başlanmıştır. Avrupadaki Anayasal gelişmeleri etkileyen 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesindeki şu ifade çok önemlidir: "Bir toplumda, hakların teminatı sağlanmamış ve iktidarların ayrılması gerçekleştirilmemişse, o toplumda anayasa yoktur."

Kuvvetler ayrılığı kuramı gereği devlet fonksiyonları arasında yapılan taksim, bu organlara verilen yetkilerin birbirlerine karşı devredilememelerini de ifade eder. Her bir organ kendi icra ettiği fonksiyonu kendisine bırakılmış alanda kullanmalı ve bir diğerinin alanına müdahale etmemeli, kendisine verilmiş yetkileri bir başka organa bırakmamalıdır. Bu husus şöyle ifade edilmektedir: "Anayasa güçleri ayırdı ve egemenliğin kullanılmasını muhtelif otoriteler arasında taksim etti. O, zımnen, fakat zorunlu olarak bu güçlerden birinin görev ve fonksiyonunu başka bir organın üzerine aktarmasını yasakladı. Aynı şekilde, bu güçlerden biri diğerinin yetkilerini ele geçiremez ve kendi yetkilerinden bir başkası yerine vazgeçemez. Yasama yetkisi Meclisler için hiçbir şekilde özel bir hak değildir; bu, Anayasa'nın onlara verdiği bir fonksiyondur. Bu fonksiyonu istediği şekilde kullanamazlar; Anayasa kuralları çerçevesinde bizzat kendileri kullanabilirler"<sup>2</sup>.

Günümüzde siyasi partiler, parlamenter sistemde yürütme organının yasama alanında daha etkili olmasına yol açmıştır. Parlamentolar, monarşilere karşı halkı koruyan kurumlar olarak görülmemektedir. Dolayısıyla artık kamu yönetiminde, yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan ve sıkılaştıran bir işbirliği gerekli olmaktadır. Ancak yürütmenin güçlenmesi, etkili olması şeklindeki bu gelişme yukarıdaki ilkeyi geçersiz kılmamaktadır. Tekrarlamak gerekirse: Egemenliği kullanan organların görev ve fonksiyonları bir başka organ tarafından ele geçirilemez.

Türkiye'de 1921 dönemi hariç tutulursa, kuvvetler ayrılığı sisteminin benimsendiğini görmekteyiz<sup>3</sup>. Cumhuriyet dönemindeki Parlamenter sistem tercihi, 1982 Anayasası'yla da sürdürülmüştür. 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmına göre, kuvvetler ayrımı, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmemektedir. Kuvvetler ayrımı, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliğidir. Üstünlük ancak Anayasa ve kanunlardadır.

Bilindiği üzere yasama yetkisi, Anayasa'da tanımlanmamıştır. Yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılacağı belirtilmektedir. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini dü-

<sup>2</sup> KUZU, Burhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, İstanbul 1985, s.200.

<sup>3</sup> 1924 Anayasası sistemine, konuyu dağıtmamak için değinilmeyecektir. Önemli olan yasama ve yürütmenin iki ayrı organ olarak düzenlenmiş olmasıdır.

zenleyen 87. maddede, yasama yetkisinin içeriğini görmekteyiz. 87. maddede Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri “genel olarak” şöyle düzenlenmiştir: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.”

İnceleme konusu itibarıyla önemli olan husus, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisinin yasama fonksiyonu kapsamında olmasıdır. Yasama yetkisinin genelliği ve asliliği olarak adlandırılan iki ilke doğrultusunda TBMM'nin kanun yapma yetkisi şu şekilde nitelendirilmektedir: Yasama organı, dilediği bir konuyu doğrudan doğruya, araya bir başka organın işlemi girmeksizin düzenleyebilir; ayrıca dilediği konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebilir.

Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle; Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama organı anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, yasa yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir. Bu husus kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir<sup>4</sup>.

Bu noktada kanun kavramı üzerinde de kısaca durmakta yarar vardır. Hem yasama fonksiyonu hem de kanun kavramı başlıca iki ölçütü tanımlanmaktadır. Maddi ölçüt olarak adlandırılan görüşe göre; Devlet tarafından emredici bir şekilde konan genel, soyut, gayri şahsi olan her hüküm, yasama işlemidir. Şekli kanun anlayışına göre ise yasama organınca kanun yapma usulüne göre yapılan her işlem kanundur. Dolayısıyla kanunların genel kurallar içermeleri şart değildir<sup>5</sup>.

Maddi kanun anlayışının eksik yönleri sebebiyle, yasama organı tarafından kanun yapma usullerine uyularak kanun adıyla yapılan tüm işlemlerin kanun olduğu kabul edilmektedir. Ancak, yasama işlevinin esasen genel soyut kurallar koymak; kanunların da nesnel soyut genel ve sürekli nitelikteki hukuk kuralları olması sebebiyle kanunlar arasında maddi anlamda kanun, şekli anlamda kanun ayrımı yapılmaktadır<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> AYMK, E. 2009/9, K. 2011/103, T.16.06.2011, Anayasa Mahkemesi Kararları için bkz. www.anayasa.gov.tr.

<sup>5</sup> TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s.33.

<sup>6</sup> ÖZBUDUN, a.g.e., s.204.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında kanunu şöyle tanımlamaktadır: “Yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural işlemler bölümüne girerler”<sup>7</sup>.

Bir başka kararda da şu ifadelere yer verilmiştir: “Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte olmaları gerekir. Kanunların genelliği olarak adlandırılan bu ilke, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanun, genel hukuk kuralları koymalı, kişiye özel hükümler içermemelidir. Her kanunun sonuç itibarıyla belli bir grup ya da kişiye haklar ya da mükellefiyetler getirmesi kaçınılmazdır. Burada aslolan, yapılan bu geçici düzenlemenin aynı durumda bulunan herkesi kapsamına alıp almadığı ve kişilere özel çıkar sağlayıp sağlamadığıdır. Bir başka ifadeyle yapılan düzenlemenin kanunların genelliği ilkesine aykırılığının saptanmasında, kanunun kapsamına aldığı kişilerin bazılarına ayrıcalık yapıp yapmadığı ile kapsamına aldığı kişilerin tümüne ayrıcalık yapıp yapmadığına bakılmalıdır.”

Ancak hemen belirtmek gerekir ki yasama organı, kural olarak kanun adı altında objektif, genel kurallar koymakla birlikte kanun ismiyle birel işlemler de tesis etmektedir. Somut olarak örneklemek gerekirse: Şişli İlçesinin üç mahallesini Sarıyer İlçesine bağlayan işlem, idare hukukundaki adıyla birel koşul işlemidir. Nitekim benzer bir örnekte, Ankara İli Pursaklar İlçe Belediyesi Gümüşyayla Mahallesinin Çubuk İlçesine bağlanması, 23.10.2012 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanan müşterek Kararnameyle gerçekleştirilmiştir. İnceleme konusu yasa hükmüyle aynı sonucu doğuran işlem, İl İdaresi Kanununun 2.maddesinin(B) ve (D) bentleri uygulanarak, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve İçişleri Bakanı tarafından imzalanan müşterek Kararnameyle tesis edilmiştir<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> AYMK, E.1990/31, K.1990/024, T.24.09.1990.

<sup>8</sup> [İçişleri Bakanlığından:](#)

**Karar Sayısı : 2012/713**

1 – Ankara İli Pursaklar İlçe Belediyesi Gümüşyayla Mahallesinin Çubuk İlçe Belediyesine bağlanması, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2 nci maddesinin (B) ve (D) bentlerine göre uygun görülmüştür.

2 – Bu Kararı İçişleri Bakanı yürütür.

22/10/2012

**Abdullah GÜL**

CUMHURBAŞKANI

Recep Tayyip ERDOĞAN

Başbakan

İdris Naim ŞAHİN

İçişleri Bakanı

Fakat Şişli İlçesinin üç mahallesinin Sarıyer İlçesine bağlanması, TBMM tarafından kanun yapma yöntemiyle ve kanun adıyla gerçekleştirildiği için, idari işlem olarak nitelenemez. Diğer kanunlarla aynı hukuki rejime tabi bir kanundur.

Bu noktada şu soru sorulmalıdır: TBMM dilediği alanda dilediği gibi birel idari işlemler yapmak yetkisine sahip midir? Örneğin bir öğretim üyesine kanunla akademik ünvan verilmesi mümkün müdür? Bir öğrencinin sınıfta kalmasına dair kanun çıkarılabilir mi? Yukarıdaki sorular bağlamında idari işlemle yapılması gereken ilçe değişikliğinin yasa koyucu tarafından yapılıp yapılamayacağı da tartışılmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanunların mutlaka kural koyan işlemler olması gibi bir Anayasal zorunluluk söz konusu değildir. Ancak yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanan kanun kavramının dışına çıkılması için haklı, kabul edilebilir bir gerekçe olmalıdır. Örneğin Meri kanuna göre idari işlem konusu olamayacak bir sonuç için kanun çıkarılabilir<sup>9</sup>. Mevcut kanunlara istisna oluşturacak bir kanunun, belli kişi veya kişileri kapsayabileceği düşünülebilir. Ancak bu tür istisnalar zorunluluk olmadığı takdirde, genel düzenleme olarak yapılmalıdır. Bir başka ifadeyle, Anayasanın 10.maddesindeki “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” hükmü dikkate alınmalıdır. Ayrıca ülkeye ve insanlığa katkıları sebebiyle millet adına şükran ifadesinde bulunmak için belli kişi veya kişilere dair kanun yapılabilir. Bu konuda verilebilecek bir başka örnek ise geçmişte mağdur edilen kişilerden millet adına özür dilenmesi, itibarlarının iade edilmesidir. İlçe ve belediye sınırlarının kanunla belirlenmesini haklı kılacak bir diğer gerekçe ise yeni il veya ilçe kurulmasıdır. Bu durumda il ve ilçelere bağlanacak beldeler, köyler ve mahalleler kanunla belirlenebilir. Bu ve benzer bir zorunluluk olmadıkça kanunların idareye tanıdığı yetki yasama organı tarafından kullanılmamalıdır.

Nitekim şekli anlamda kanun anlayışını kabul eden hukukçular da yasama organının istisnasız her türlü işlemi kanun biçiminde yapamayacağını kabul etmektedirler. Bir başka ifadeyle şekli anlamda kanun anlayışında da kanun alanı sınırsız değildir. Bu konuda verilen ilk örnek, yargı işlemi niteliğinde kanun yapılamayacağıdır. Yasama kavramı dışında kaldığı gerekçesiyle, TBMM'nin yargısal karar vermeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, belli bir kişiye yükümlülük yüklenemeyeceği, belli bir kişiye kanunla çıkarılamayacağı gibi istisnalardan da söz edilmektedir<sup>10</sup>.

Yasama yetkisinin sınırını belirlerken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise yargı işlevinde olduğu gibi, yürütme işlevine giren işlemlerin de kanunla yapı-

<sup>9</sup> Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz'un Annesine Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, böyle bir düzenlemedir. 1416 sayılı Kanuna göre yurt dışında öğrenime gönderilemeyecek olan İdil Biret ve Suna Kan için 5245 sayılı Kanunun çıkarılması da bir başka örnektir. Bkz. ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s.424.

<sup>10</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2010, s.217.

lamamasıdır. Yürütme işlevinin gaspı niteliğini taşıyan kanunlar, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasanın yürütmeyi-idareyi düzenleyen hükümlerine aykırı olacaktır.

Dolayısıyla kanunların uygulanmasına yönelik birel idari işlemler kanunla yapılmamalıdır<sup>11</sup>. Örneğin bir kanun ile kişilere akademik ünvan verilemez, bir öğrencinin sınıfta kalmasına dair kanun çıkarılamaz. Çünkü akademik ünvan verilmesi, öğrencilere not takdir edilmesi mevcut kanunların uygulanması niteliğinde işlemlerdir. Kanunları uygulamak görevi ve yetkisi ise Anayasaya göre Yürütme Organına ve idareye aittir.

Anayasanın 8.maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Anayasaya ve kanunlara uygunluk ifadesi, yürütme fonksiyonunun kanunları uygulamak olduğuna açıkça işaret etmektedir. Bu fonksiyonun uygulanmasına yönelik olarak Anayasada çeşitli hükümler mevcuttur. Örneğin 113.maddeye göre bakanlıkların görev ve yetkileri kanunla düzenlenecektir. Ayrıca Anayasanın 112.maddesinde Başbakanın bakanların görevlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek yetkisi verilmiştir. 123.maddedeki, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi kuralı da yürütme ve idare işlevinin, kanunları uygulamak olduğunu açıklayan bir diğer Anayasal esastır. Bu esas, kanuni idare ilkesi olarak adlandırılmaktadır.

Yürütme ve idare, kanunların uygulanması için sadece birel işlemler tesis etmezler, soyut, objektif genel düzenleyici işlemler de yapabilirler; ama bu işlemler bir yasaya dayanmak, bir yasayı uygulama amacına yönelik olmak zorundadır.

1982 Anayasasının Başlangıç kısmına göre, kuvvetler ayrımı, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmemektedir. Kuvvetler ayrımı, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbirliği ve işbirliğidir. Üstünlük ancak Anayasa ve kanunlardadır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin, her organın Anayasal sınırlar dahilinde kendi görevlerini yerine getirmesini gerektirdiği açıktır. Buna göre mevcut kanunların uygulanması görev ve yetkisi, Anayasayla Yürütme ve idareye verilmiştir. Yasama organı, kanun yapmakla yetkili olup, kanunları uygulamak için birel işlem niteliğinde kanun yapmak yetkisine sahip kılınmamıştır. Mevcut İl İdaresi Kanunu ve Belediye Kanununda idareye bırakılan bir işlemin Yasama Organı tarafından tesis edilmesi, idare fonksiyonunun gaspı olacağı için Anayasaya aykırıdır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, mevcut İl İdaresi ve Belediye Kanununda ilçe ve belde sınırlarının değişmesi hususunda bir düzenleme olmasaydı, yasama fonksi-

<sup>11</sup> BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970, Nakleden TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2012, s.19.

yonunun aslilığı ilkesi gereğince işlem tesisi mümkündür. Yine yasama fonksiyonunun aslilığı ilkesi gereğince söz konusu Kanunlarda değişiklik yapılarak TBMM'nin yetkili kılınması da mümkündür. Ancak meri kanunda değişiklik yapmaksızın Kanun hükmüne aykırı şekilde işlem tesisi yürütme ve idare alanında Yasamanın işlem yapması anlamına gelmektedir. Bu durum ise Anayasanın başlangıcındaki kuvvetler ayrılığı ilkesine, Anayasanın 8.,112.,113.ve 123.maddelerine aykırıdır.

### 3. Yasama Organının Kanuna aykırı davranması

Şişli İlçesi sınırlarındaki Ayazağa, Maslak ve Huzur Mahallelerinin Sarıyer İlçesine dahil edilmesine dair Kanun hükmü, yukarıda açıklandığı üzere maddi anlamda birel idari işlemdir. Bir ilçenin sınırlarının değişmesi ve bir beldenin bazı kısımlarının bir başka beldeye katılması sonucunu doğuran işlemlerin, İl İdaresi Kanunu ile Belediye Kanununda düzenlendiği de yukarıda aktarılmıştır.

Somut olayda TBMM, mevcut Kanun hükümlerine aykırı olarak bir işlem tesis etmektedir. Çünkü her iki Kanunda da sınır değişikliği ve katılma idarenin yetkisindedir. Yasama organının kanunlara aykırı işlem yapması hukuk devleti ilkesine göre mümkün olmasa gerektir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin yerleşik tanımına göre; “*hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir*”<sup>12</sup>.

Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözeten devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır. Dolayısıyla Yasa Koyucu da yasa kurallarıyla bağlıdır. Türkiye Cumhuriyeti hukuk devleti olduğuna göre, yasa yapılırken mevcut kurallar dikkate almak, mevcut yasa kuralını açıkça ihlal etmemek zorunludur. Yasama organı İl İdaresi ve Belediye Kanunlarını açıkça ihlal ederek hukuk devleti ilkesine aykırı işlem tesis etmiştir.

Hemen belirtelim ki, Kanun koyucunun kanunlarla bağlı olması, kanunların değişmezliği anlamına gelmemektedir. Elbette gerekli görüldüğünde yürürlükteki kanunlar değiştirilebilir. Bazen yeni kanunla önceki kanun zımnen değişir veya kaldırılır. Ancak, somut olayda açık veya zımni kanun değişikliği söz konusu değildir. Şişli İlçesinin üç mahallesinin Sarıyer İlçesine bağlanmasına dair kanun hükmü, hiçbir kuralı değiştirmemektedir. Esasen daha önce de değinildiği üzere bu işlem, kural koyan bir yasama işlemi de değildir. Sadece üç mahallenin statüsünü değiştiri-

<sup>12</sup> AYMK, E.2011/119, K. 2012/33, T.01.03.2012.

ren birel bir işlemdir. Dolayısıyla bir başka kuralı açıkça veya zımnen değiştirmesi imkansızdır. Bir başka söyleyişle üç mahalleye ilişkin Kanun hükmü, İl İdaresi Kanununun 2.maddesinde ve Belediye Kanununun 8.maddesinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın bu hükümlere aykırı şekilde hukuki sonuç doğurmaktadır.

Nitekim yürürlükteki kanunun uygulanmamasına ilişkin bir yasa hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştur. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, getirilecek kuralın, ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir. İnsanın, toplumun ve çevrenin varlık, sağlık ve güvenliği ile bu konuda Anayasa’nın Devlet’e yüklediği görev göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu ibare ile Ereğli Kömür Havzasındaki Türkiye Taşkömürü Kurumu’nun yürüteceği taşkömürü faaliyetlerinin Maden Kanunu’nun 7. maddesine tabi olmaması kabul edilemez. Anayasa’nın 5. ve 56. maddelerinde belirtilen ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği yasa koyucunun takdirinde ise de söz konusu ödevler yerine getirilirken Ereğli Kömür Havzasında taşkömürü için kamu tarafından yürütülecek faaliyetlere ayrıcalık tanınarak Maden Kanunu’nun 7. maddesinde belirtilen hükümlere tâbi olmaktan çıkarılması, Anayasa’nın hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı gibi 5. ve 56. maddeleri ile de bağdaşmaz”<sup>13</sup>.

Tekrarlamak gerekirse: Kanun Koyucunun, kendini kanun kurallarıyla bağlı saymaksızın işlem yapması, Anayasanın 2.maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

#### **4. Belirlilik ve hukuk güvenliği**

İnceleme konusu yasal düzenleme, belirlilik ve hukuk güvenliği ilkeleri bakımından da hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre; Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

<sup>13</sup> AYMK, E.2010/110.



Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. “Öngörülebilirlik şartı” olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar<sup>14</sup>.

Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı gibi “*Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır*”<sup>15</sup>.

Belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ilçelerin ve beldelerin mevcut sınırlarının hangi koşullar gerçekleştiğinde ve hangi usullerle değiştirileceğinin önceden düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim ilgili Kanunlarda bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Yasama organı, hukuk düzenine olan güveni sarsacak şekilde, Kanunlardaki kuralların aksine işlem tesis edemez. Bu durumda kanunlara ve hukuka güven ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır. Bireylerde hak ve hürriyetlerin yasama organı tarafından, istenildiği şekilde düzenleneceği, yasalardaki güvencelere aykırı düzenlemeler yapılabileceği kanaatini uyandıracak bir yasa hükmü, belirlilik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Herhangi bir kanun görüşülürken verilen bir önergeyle ilçe sınırının, belde bağlılığının değişmesi, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında bu işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini önceden öngörmelerini mümkün kılacak bir norm niteliğinde değildir. Yasama organının mevcut kanunları dikkate almaması hukuka ve Devlete güveni sarsacaktır. İncelenen yasa hükmü, belirlilik, öngörülebilirlik özelliklerini taşımaması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem de içermemesi nedenleriyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

## 5. Kamu yararı

Hukuk devleti olmanın bir başka gereği ise yasaların kamu yararını sağlama amacıyla çıkarılmasıdır. Bu sebeple Şişli İlçesi sınırlarındaki üç mahallenin Sarıyer İlçesi sınırlarına dahil edilmesinde kamu yararı olup olmadığı da incelenmelidir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi, kazanılmış hakları ihlal etmemesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın

<sup>14</sup> Bu konudaki örnek Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. E.2005/5, K.2008/93, T.05.11.2008; AYMK, E.2010/85, K.2012/013, T.26.01.2012.

<sup>15</sup> AYMK, E.2011/103.

gereğidir. Bu nedenle, yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir<sup>16</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle kamu yararı tanımı yapmak mümkün değildir. Ancak Mahkeme uygulamasına bakarak şu tespiti yapmak kolaydır. Anayasa Mahkemesi, somut uyuşmazlıkta kamu yararı olup olmadığını incelemektedir. Ayrıca özel veya bireysel çıkarlar için veya belli kişilerin yararına çıkarılan kanunlarda da kamu yararı amacı olamayacağı belirtilmektedir.

Örneğin bir kararda şöyle denilmiştir: “Anayasa’nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında “hukuk devleti” ilkesi de yer almaktadır. Hukuk devletinde diğer tüm kamusal yetkilerde olduğu gibi, yasama işlemlerinde de kişisel yararların değil, kamu yararının gözetilmesi gerekir. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç ögesi bakımından anayasaya aykırı sayılabilmesi için, kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetildiğinin saptanması gerekir. Dava dilekçesinde düzenlemenin amacının kamu yararı olmadığı ileri sürülmüşse de yasanın amacının kamu yararı dışında ne olduğu ya da hangi özel yararın gözetildiği açıklanmamıştır. İptali istenen düzenlemenin gerekçesinde amacın kamu yararı olduğu ifade edilmiş, ayrıca metninde, gerekçesinde ve meclis tutanaklarında düzenlemede kamu yararının gözetilmediğine dair bir hususa rastlanmamıştır<sup>17</sup>.”

Anayasa Mahkemesinin 1990/30 Karar Sayılı kararında da benzer bir görüş mevcuttur. Kararın ilgili kısımlarında şu ifadeler vardır: “Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı Anayasanın 2 nci maddesine aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir. Çıkarıldığı zaman kamu yararına dayanan kuralın, koşulların değişmesi sonucunda kamu yararını karşılamaz duruma geldiğinde dahi iptali gerekir. Buna göre yasaların, amaç ögesindeki sakatlık başlı başına bir aykırılık nedeni oluşturabilecektir.”

Anayasa Mahkemesine göre, aksi yönde çok açık deliller olmadıkça yasama organının kamu yararı amacıyla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Mahkeme bir kararında kuralın Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesi’nin yapacağı incelemeyi kanunun yalnızca kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığını araştırmak olarak sınırlamıştır. Bu karardaki görüşe göre bir kanunun kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke

<sup>16</sup> Örneğin bkz. E:2010/85, K.2012/013, T.26.01.2012; AYMK, E.2010/110.

<sup>17</sup> AYMK, E. 2010/30, K. 2012/007, T. 19.01.2012.

gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve kanun koyucunun takdiri kapsamındadır. Ancak aynı kararın ilerleyen bölümlerinde, yapılan düzenlemelerin kamu yararına olup olmadığı incelenerek, yukarıda belirttiğimiz asıl içtihadı dönülmüştür. Yani Anayasa Mahkemesi somut uyuşmazlıkta yapılan düzenlemede kamu yararı olup olmadığına karar vermektedir.

2009/9 Esas Sayılı Karara bakıldığında Mahkemenin kamu yararı denetimini nasıl yaptığı daha belirgin şekilde anlaşılacaktır. Kararın ilgili bölümleri şöyledir:

*“... Aksi yönde çok açık deliller olmadıkça yasama organının kamu yararı amacıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla değişik yol veya araçlar arasında yapılacak tercih, kanun koyucunun takdirine girer...”*

*Değişiklikten önce Kurumun bu yetkiyi geniş ve etkin biçimde kullanması tartışmaları neticesinde, idareyi ihale yapmaya zorlama anlamına gelecek bu tür tasarrufların sınırlandırılması kanun koyucunun takdirinde olup, düzenleme, hukuk devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına aykırılık oluşturmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...”*

*Düzenlemenin, idari başvuru yolunun amaca uygun biçimde kullanılmasını temin bakımından iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenmesinin, aynı zamanda inceleme sürecinin kısa sürede sonuçlandırılmasını amaçladığı anlaşıldığından, kuralın kamu yararına aykırı olarak yasalaştırıldığından söz edilemez. Bu nedenle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir...”*

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere idareyi ihale yapmaya zorlamanın önlenmesinde ve inceleme sürecinin kısaltılmasında, Anayasa Mahkemesi, kamu yararı olduğunu belirleyerek, Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmektedir.

01/06/1954 tarih ve 6324 sayılı kanunla kurulan Şişli ilçesinin Sarıyer ile olan sınırları, ilçe henüz Beyoğlu ilçesinin bir nahiyesi iken “Beyoğlu nahiyesinin nüfus kesafeti itibarıyla idarî, inzibatî ve malî bakımdan idaresindeki müşkilâtın bertaraf edilmesi, halk ve hükümet işlerinin sür'at ve kolaylıkla görülmesi” amacıyla, bir başka ifadeyle kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda, İl İdare Kurulunun 22/01/1944 tarihli ve 68 sayılı kararıyla belirlenmiştir.

İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu, Şişli ilçesine bağlı Maslak mahallesi ile Sarıyer ilçesine bağlı Mirgün mahallesi arasında kalan 48 pafta 154 sayılı taşınmazın doğurduğu anlaşmazlık üzerine 08/12/2000 tarihinde verdiği kararda, “İl İdare Kurulunca çizilen hudutnamenin bugüne değin aralıksız devam edegeldiğini, hiçbir değişikliğe uğramadığını, 1944'ten bu yana her iki ilçenin gerek sınır ve gerekse idari istikrarının sukunetle korunduğunu, ihtilafın sunî bir sınır çekişmesinden ibaret olduğunu” belirttiikten sonra ihtilafın sınır değişikliği yoluyla çözümlenmesinin, “iki ilçe arasında siyasal ve sosyal gerginliklere yol açabileceği gibi, halkın huzur ve

güvenini, can ve mal emniyetini zedeleyeceğini, yöre halkının bir arada barış içinde yaşama istek ve arzularında zayıflamaya sebebiyet vereceğini, kitleleri kin ve husumete yönelterek idari istikrarı bozabileceğini” tespit etmiştir.

Kamu yararı amacını somut olayda araştırdığımızda şu soruları sormak gerekmektedir: Şişli İlçesinin 1954 senesinden itibaren kabul edilen sınırlarının değişimindeki kamu yararı nedir? Mevcut Kanunlarda sınır değişikliği ve bir başka beldeye katılım için idari işlem yapılmasına elverişli bir hüküm varken niçin yasa hükmüne ihtiyaç duyulmuştur? Hazırlanan Kanun büyükşehir belediyeleri kurulmasına ve büyükşehir yönetimine ilişkin olduğu halde, Komisyon görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle bu düzenlemenin getirilmesi de kamu yararı amacının sorgulanmasında dikkate alınması gereken bir husustur.

Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte olmaları gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Kanunların genelliği olarak adlandırılan bu ilke, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanun, genel hukuk kuralları koymalı, kişiye özel hükümler içermemelidir<sup>18</sup>.

Anayasa Mahkemesinin Abana İlçe Merkezinin Abana'dan kaldırılıp Bozkurt'a nakline ilişkin 1963/145 Esas Sayılı kararının aşağıda alıntılan bölümlerinde, sınır değişikliğinin kamu yararı amacı bakımından Anayasaya aykırılığı gerekçesi de net bir şekilde ortaya çıkmaktadır:

*“...Seçimlerin serbestliğini doğrudan doğruya veya dolayısıyla bozmaya elverişli bulunan veya bozmak amacı ile konulmuş olan bütün hükümler, Anayasa'ya aykırı niteliktedir... Bir takım seçimlerde Abana'lıların ....'ye ve Bozkurt'ların ise ....'ye oy verdikleri anlaşılmaktadır. Ortada ilçe merkezinin değiştirilmesi için Anayasa'ya uygun bir neden bulunmamasına ... ve bir takım seçimlerde Abana'lıların sürekli olarak ...'yi benimsediklerinin sabit bulunmasına göre dâva konusu hükmün kabulü ile seçimlerde yurttaşların serbestçe oy kullanmalarının sınırlandırılması ve sonraki seçimler bakımından onların etki altında bırakılması yoluna gidildiği veya böyle bir yol tutulmadığı düşünülse bile, bu hüküm yüzünden yurttaşlar üzerinde bir korkunun seçim propagandası sırasında ortaya sürülebilecek söylentilerle pek kolaylıkla yaratılabileceği ve seçim serbestliğinin rahatlıkla etkileyebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre dâva konusu hüküm Anayasa[ya] aykırıdır ve bu bakımdan dahi iptal edilmelidir.*

*Hukuk devletinin tanımına giren bir çok unsurlardan birisi de, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka deyimle, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli partilerin veya kişilerin yararına olarak herhangi bir yasanın kabul edilmeyeceğidir. Buna*

<sup>18</sup> AYMK E.2009/9, K. 2011/103, T.16.6.2011.

*göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir kanun, Anayasa'nın 2 nci maddesi hükmüne aykırı nitelikte olur ve dâva açıldığında iptali gerekir... Dâva konusu kanun idari bölümlere ayırmada veya bu bölümlerin merkezini seçme yahut değiştirmede kamu yararının ölçüsünü bildiren Anayasa ... hükmüne aykırıdır ve aynı zamanda Anayasa'nın... güvenlik altına almak istediği seçim serbestliği ilkesine dahi aykırı niteliktedir. Demek ki bu kanunun konusunu kamu yararı düşüncesine değil, bunun dışında kalan düşüncelere dayanmaktadır. O halde bu hüküm, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olması dolayısıyla de iptal edilmelidir...”*

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre coğrafi durum, ekonomik şartlar ve kamu hizmetinin gerekleri ölçütleriyle belirlenmiş olmayan, kolaylıkla vatandaşların seçimlerdeki tercihleriyle ilişkilendirilebilecek sınır değişikliğine ilişkin bir kanun hükmü, Anayasaya aykırı olacaktır.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırlarındaki ilçe ve mahalleler içinden sadece üç tanesinin seçilerek bir başka ilçe sınırına dahil edilmesinde coğrafi şartlar, ekonomik koşullar ve kamu hizmetinin gerekleri bakımından zorunluluk olmadığı aşıkardır. Bu durum karşısında yapılan sınır değişikliğini kamu yararı amacıyla açıklamak mümkün görünmemektedir. İçişleri Bakanlığı tarafından bu konuda bir çalışma yapılmaksızın Komisyon görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle eklenen düzenleme Şişli İlçesinin siyasal tavrıyla kolayca ilişkilendirilebilir. İdare tarihinde görülen ve senelerdir unutulmayan Kırşehir'in ilçe yapılması örneği, Şişli İlçesi bakımından da ileri sürülebilir.

## **6. Sınır değişikliği işleminin idari yargı denetimi dışında tutulması**

İnceleme konusu hükmün hukuk devletine aykırı bir diğer yönü ise idari yargı denetimine tabi bir işlemin kanun şeklinde yapılarak, yargı denetimi dışında tutulmasıdır. Bu görüşe karşı, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlendiği; Anayasa Mahkemesinde bu hükmün Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle dava açılabilirliği; işlemin yargı denetimi dışında kalmadığı söylenebilir.

Ancak unutmamak gerekir ki, yürürlükteki kanunlara göre idare tarafından tesis edilmesi gereken ilçe sınırı değişikliği ve beldeye katılma işlemlerine karşı, hemşehrilerin doğrudan iptal davası açma hak ve imkanları bulunmaktadır. Kanunların iptali için doğrudan iptal davası açma hakkı Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.

Anayasanın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunu işletmek de somut olayda kolay görünmemektedir. Çünkü üç Mahallenin Sarıyer İlçesi sınırlarına dahil edilmesi, daha önce de belirtildiği gibi kural işlem niteliğinde değildir. Üç Mahallenin statüsünü değiştiren birel bir işlemdir. Bu sebeple, “görülmekte olan bir davada uygulanacak kural” niteliğini taşıması zordur. İmar, vergi işlemleri sebebiyle

açılacak iptal davalarında sınır değişikliğine ilişkin Kanunun itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi teorik olarak düşünülebilir. Fakat, Anayasaya aykırılık iddiasının davayı çözümleyecek mahkeme tarafından ciddi görülmesi gerekmektedir. Mahkeme Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulmazsa Anayasa Mahkemesine gidilememektedir. Dolayısıyla üç Mahallenin Sarıyer İlçesi sınırlarına dahil edilmesi işlemleri, mevcut yasalara göre yapıldığında dava konusu edilebilecek iken; yasama organı tarafından tesis edildiğinde, menfaati ihlal edilenlerin dava açma hakkı kaldırılmış olmaktadır.

İdari işlem niteliğindeki bir işlemin kanunla yapılarak idari yargı denetimi dışında bırakılması ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

## **SONUÇ**

Yukarıda yer verilen Anayasaya aykırılık gerekçelerine, Yasama Organının asli düzenleme yetkisine sahip olduğu, dilediği alanda dilediği düzenlemeyi yapabileceği düşüncesiyle karşı çıkılabilir. Ayrıca Yasama Organının takdir yetkisini kullanarak dilediği il ve ilçenin sınırlarını değiştirebileceği de ileri sürülebilir.

Bu çalışmada, yukarıda özetlenen itirazlara rağmen, düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır.



# SAVUNMA HAKKI VE SINIRLARI

## (*Right of defense and its limits*)

Hamide ZAFER\*

### ÖZET

*Ceza muhakemesi hukuku*, devletin cezalandırma hakkının yerine getirilmesine ve dolayısıyla cezanın genel ve özel önleme fonksiyonunun sağlanmasına hizmet eder. Diğer bir söyleyişle ceza muhakemesi sonunda gerçek suçluya ulaşırsa ceza genel ve özel önleme fonksiyonunu gerçekleştirir. Gerçek suçlunun cezalandırılıyor olması, toplumdaki bireylerin güven duygusunu tatmin eder. Ceza muhakemesinde gerçek suçluya yani maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak suç isnadı altındaki kişiye etkin bir savunma yapma imkânının tanınmasıyla mümkündür.

Savunma hakkı, anayasal nitelikte olan adil, hukuk devleti ilkelerine uygun bir muhakemede yargılanma hakkından temellerini almaktadır. *Bireyin veya devletin normlara uygunluğunu denetleyecek* mekanizmaların sağlıklı ve objektif çalışabilmesi açısından savunma hakkının özel bir yeri bulunmaktadır. Savunma hakkından yoksun bırakılan, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanmayan kişinin, bir hukuk devleti içersinde temel haklara sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. *Ceza muhakemesinde özellikle* devletin normlara uygunluğunu denetleyecek olan kişi müdafidir. Bu nedenle savunma hakkı kapsamında avukat müdafiden yararlanma hakkının korunması hukuk devletinde zorunludur. Ancak, bütün bunlar savunma hakkının kısıtlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Savunma hakkının sınırları, ölçülülük ilkesi içinde ancak bu hakkın özünü ortadan kaldırmayacak şekilde ve demokratik bir devlette kabul edilebilir ölçüde kısıtlanabilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Hukuk devleti, Savunma hakkı, Müdafii, Avukat, Avukatını serbestçe seçme hakkı.

### *Abstract*

The Criminal Procedure Law helps the state to fulfil its right of punishment and as a result the procurement of its deterrent penalty function in ge-

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

Bu yazı, "Hamide Zafer, *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004*" başlıklı çalışma esas alınarak hazırlanmıştır.



neral and in private characters. In other words, if the real criminal is seized after criminal procedures, the punishment puts its general and private deterrent functions into practice. The fact that the real criminal is being penalised would provide a sense of security for the members of the society. In criminal procedures, detaining real criminal, or tangible truth, is only possible after person under allegation is given effective right to defend himself.

The right of defence grounds from the right of being tried in a just court which has constitutional qualities and is suitable to the principles of a state of law. The right of defence has a special place for mechanisms, which would safeguard the individual's or state's suitability to the norms, to function in a reliable and objective fashion. It is impossible to say that a person, who is deprived of his right of defence and not tried by an unbiased and independent court, has basic rights of a state of law. In a criminal procedure, the person who is especially responsible to oversee if the state is following the norms is defendant. For this reason, within the right of defence, it is an obligation to protect the right of advocating in a state of law. However, this does not mean that the right of defence cannot be restricted. The confines of right of defence can be, within the principle of moderation yet without abolishing the quintessence of this right and in an acceptable manner for a democratic state, can be restricted.

**Keywords:** State of law, Right of defence, Defender, Right of choosing lawyer freely.

## I- Giriş

Savunma hakkı, şüphelinin/sanığın en temel haklarından biridir. Savunma hakkının temelini irade özgürlüğü oluşturur. Bu hak kapsamında şüpheli/sanık<sup>1</sup>, savunma araçlarını ve kendi savunmasının kapsamını kendi iradesiyle özgürce belirleyebilmelidir. Suçlama karşısında susmak da bir savunma şeklidir. Kişi serbest iradesiyle bu savunma şeklini de tercih edebilir. Şüpheli/sanığa genel nitelikteki savunma hakkı kapsamında, isnat edilen fiille ilgili olarak susma hakkı ayrıca ve açıkça tanınmıştır (Ay m.38/5, CMK m.147).

Savunma hakkı kural olarak sanığa ait bir haktır. İddiaya, iddianın muhatabının cevap vermesi gerekir. Uyuşmazlığın hukuki cephesinin uzmanlığı gerektirmesi ve avukatlığın bir meslek olması kural olarak avukat müdafinin hizmetinin satın alınmasını gerektirir. Sanığın hukuki savunmasını hazırlarken bu uzman kişiden yardım alması veya bu uzman kişinin sanık adına veya onun yanında ve onun yararına hukuki savunmayı üstlenmesi mümkündür. Avukatın müdafii sıfatıyla ceza muhakemesine dahil olması kural olarak hak sahibi sanığın iradesine bağlıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.149'a göre, şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuştur-

<sup>1</sup> Bu çalışmada bundan sonra, sanık kavramı, geniş anlamda; yani şüpheliyi de kapsar şekilde kullanılmıştır.

manın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiiin yardımından yararlanabilir; sanığın kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheli veya sanığa müdafii seçebilir. Müdafiiin sanığın iradesine uygun olarak belirlenmesi ve görevlendirilmesi halinde, sanıkla avukat müdafii arasında özel hukuk ilişkisi kurulmaktadır. Ancak kişinin avukat seçebilecek maddi güce sahip olmaması nedeniyle, sanığın iradesiyle ancak masrafi devlet tarafından ödenecek olan görevlendirilmiş bir avukat müdafiiin devreye girdiği hallerde bu özel hukuk ilişkisi kamusal bir ilişkiye dönüşebilmektedir. Aynı şekilde, cezalandırma hakkının devlete geçmiş olması ve gerçek suçlunun cezalandırılmasındaki yani maddi gerçeğe ulaşmadaki kamusal menfaat, bazı suçların tabibinde sanıkla avukat arasındaki hukuki ilişkiye müdahaleyi de beraberinde getirmiştir. Sanığın iradesi hilafına, kanun ve adalet gereğince sanığa müdafii tayin edilmesi halinde de avukat müdafii ile sanık arasındaki hukuki ilişki kamusal bir boyut kazanmaktadır.

Savunma hakkının temel unsuru, sanığın müdafiiini özgürce seçmesi ve seçilen müdafiiin özgürce kendisine verilen yetkileri yani “*müvekkilini savunma hakkını*” etkin bir şekilde kullanabilmesidir<sup>2</sup>.

Müdafiiin müvekkilini savunma hakkının kapsamının belirlenebilmesi, onun ceza muhakemesindeki hukuki statüsünün ortaya koyulması ile mümkündür. Müdafii hangi usulle muhakemeye dahil olmuş olursa olsun, sanıktan bağımsız, ancak onun yararına çalışan adli bir organdır<sup>3</sup>.

Müdafiiiliğin kamusal yönüne ve müdafiiin hak ve yetkilerine yönelik yapılacak yasal müdahalelerde ve yorumlarda esas itibariyle sanığın savunma hakkına, özünde ise savunma araçlarını ve savunmasının kapsamını özgürce belirleme hakkına müdahale edilmektedir. Sanığın bilgisiz ve ceza muhakemesinde zayıf konumda olduğu ortadadır. Adil bir yargılama yapılabilmesi ve gerçek suçluların ele geçirilip cezalandırılmasında kamusal menfaat bulunduğu için sanığın savunma araçlarını özgürce seçmesine müdahale edilmesi gerektiği de ortadadır. Sorun, bireysel nitelikteki savunma hakkı ile kamusal menfaatlerin dengelenmesi sorunudur.

## II- Savunmanın tanımı

*Dar anlamda savunma*, suç işlediği iddia edilen kişinin, yetkili organ önünde, üzerine atılan suçu işlemediğini, fiilin hukuka aykırı olmadığını, bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini ileri sürmesidir<sup>4</sup>. Örneğin, sanığın, fiili bir hukuka uygunluk sebebi

<sup>2</sup> Zorunlu müdafiiiliğin söz konusu olduğu hallerde ise, atanan müdafiiin özgürce kendisine verilen yetkileri yani “*görevlendirildiği kişiyi savunma hakkını*” kullanabilmesidir.

<sup>3</sup> Müdafiiin hukuki statüsünü açıklayan görüşler için bak. **Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul 1984, 40 vd.; **Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, 162-165.

<sup>4</sup> **Yüce, Turan Tufan**, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (I)”, AD LI,

olan meşru müdafaa halinde işlediğini veya annesinin malını almış olması nedeniyle şahsi cezasızlık sebebinden yararlanması gerektiğini veya olaydaki haksız tahrik nedeniyle cezasının indirilmesi gerektiğini ileri sürmesi halinde dar anlamda savunmadan söz edilir<sup>5</sup>. Dar anlamda savunmanın fiili ve hukuki yönü bulunur.

*Geniş anlamda savunma* ise suç işlediği iddia edilen kişinin, devlet ya da bireyler tarafından kendi varlığına yöneltilen eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması veya yasal imkânlardan faydalanmasıdır<sup>6</sup>. Diğer bir tanıma göre geniş anlamda savunma, sorular sorma, itirazda bulunma, açıklamalar yapma, işlemlerde hazır bulma ve dilekçeler verme şeklinde gerçekleştirilir<sup>7</sup> ve Yasadaki birçok hüküm sanığın geniş anlamda savunması ile ilgilidir. Sanığın bütün hakları geniş anlamda savunma hakkı kavramı altında toplanabilir. Savunma hakkı, sanığın birçok hakkını içeren temel bir haktır<sup>8</sup>. Örneğin işkence görmeme hakkı, keyfi tutuklanmama hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede aleni olarak yargılanma hakkı geniş anlamda savunma hakkı ile ilgili olan haklardır<sup>9</sup> ve hukuk devletinin değerler sisteminde yer alırlar.

Savunma, *maddi ve hukuki* savunma şeklinde de sınıflandırılabilir. *Maddi savunma* veya başka bir anlatımla *fiili savunma*, bir fiilin gerçekten işlenip işlenmediğine ilişkin savunmadır. Bu tür savunmayı, sanık kendisi de yapabilir. Eylemin hukuk kuralları karşısındaki durumuna ilişkin savunma ise *hukuki savunmadır*. Sanığın kendi kendisini savunmasına *bireysel savunma*, müdafî aracılığıyla savunulmasına da *kolektif savunma* adı verilir<sup>10</sup>.

Savunma hakkı, “yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan söz ve düşünce özgürlüğüdür”<sup>11</sup>. Bu anlamda savunma, fiilin işlenmediği veya iddia edildiği gibi işlenmediği, failin cezalandırılmaması ya da az ceza alması gerektiğinin ifade edilmesi olarak anlaşıldığında gerçek anlamda maddi ve hukuki savunmayı, savcının mahkûmiyet talep eden esas hak-

11-12(Kasım-Aralık 1960), 1017; **Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, 204, 205-203; Öztürk, **Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, Ankara 2002, kn.329.

<sup>5</sup> **Centel/Zafer**, 159; **Feyzioğlu**, 204, 205-203; Öztürk/**Erdem/Özbek**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, kn.329.

<sup>6</sup> Bu savunma şekline aktif savunma da denilmektedir. Bak. **Ergül, Teoman**, “Savunmanın Teori ve Uygulaması”, ABD, 1990, S.4, 591.

<sup>7</sup> **Demirbaş, Timur**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, 52.

<sup>8</sup> **Centel/Zafer**, 142; **Demirbaş, Timur**, “Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik”, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, 92; **Oral, Mehmet**, “Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Prof.Dr.Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, 600.

<sup>9</sup> **Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 12.Bası, İstanbul 2002, N.29.8(248).

<sup>10</sup> **Centel/Zafer**, 131.

<sup>11</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 11; **Eser, Albin (Çev.N.Centel)**, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, YD 1990, S.3, 326.

kındaki mütalaasına karşılık gelen muhakeme işlemi olarak anlamak mümkündür (CMK m.216). Bu savunmaya esasa ilişkin savunma da denilebilir. Bu savunmada, duruşmada ortaya koyulmuş olan tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve hukuki dayanakları gösterilerek ceza uyumsuzluğuna ilişkin olarak mahkemeden suçluluk konusunda belirli bir yönde karar vermesinin talep edilmesi söz konusudur<sup>12</sup>. Bu husus Ceza Muhakemesi Kanunu m.216'da delillerin tartışılması başlığı altında kurala bağlanmıştır ve hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. Sanık tüm değerlendirmeleri dinleyerek esasa ilişkin son sözünü söyler. Belirtelim ki, maddi savunma ve hukuki savunma bu işlemlerde genellikle ardı ardına gelir.

Belirtelim ki, maddi savunma kapsamında, aktif bir savunma yapılması zorunlu değildir. Sanık, *kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak susarak da* savunmasını gerçekleştirebilir<sup>13</sup>. Susma hakkının temelinde, sanığın kendi kendini suçlamaya ve *kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamaması* (nemo-tenetur se ipsum accusare) yatar<sup>14</sup>. Pasif bir hak niteliğinde olan susma hakkı<sup>15</sup>, sanığın aktif olarak muhakemeye katılma hakkı kadar önemlidir ve sanığın kişilik hakkının bir ifade biçimidir<sup>16</sup>. Bu hak, sadece sanığa isnat edilen fiille ilgili olmayıp, tüm muhakeme işlemleriyle ilgilidir<sup>17</sup>. Bu hakkın özünde sanığın ifade **özgürlüğü yat-**

<sup>12</sup> Aynı şekilde sorgu işlemi de kısmen esasa ilişkin savunmanın yapıldığı bir işlemdir (CMK m.146, 191,206). Sanık maddi savunmasını, doğrudan doğruya esas hakkındaki savunması ile yapabileceği gibi sorgu/ ifade vasıtasıyla veya tanık, bilirkişi ve emare delillerine karşı yaptığı açıklamalarla da gerçekleştirebilir.

<sup>13</sup> “Schmerber alkollü vaziyette araç kullanma şüphesi ile yakalanmış ve tahlil için kendisinden kan alınmak istemiştir. Sanığın karşı gelmesine rağmen sanıktan kan alınmıştır. Hiç kimsenin kendisi aleyhine delil vermek mecburiyetinde olmadığını ileri sürerek, Schemerber, “kendi kanının kendi aleyhine tanıklık yapmasına” karşı çıkmış ve delilin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yüksek Mahkeme verdiği kararında bu görüşü kabul etmemiştir. Kararının gerekçesinde “susma hakkının” sadece sanığın kendisi aleyhine vereceği ifadeler bakımından geçerli olduğu, diğer emare türü delilleri kapsamadığı görüşüne yer vermiştir. /Yukarıda açıklanan görüşün uzantısı olarak, sanığın yeniden teşhis edilmesine yönelik tanıma yöntemleri (parmak izi alma, resim çekme v.s. gibi) kendisi aleyhine delil verme yasağı kapsamına girmezler. Mesela kimlik tespiti amacıyla alınan yazı örnekleri veya ses örnekleri ya da belli bir yerde durma, belli hareketi tekrar etme gibi istekleri yeri getirme mecburiyeti vardır”. Yenisey’e göre, bu tür delillerin sanığın karşı iradesine rağmen ondan alınabilmesi için işlem yasa ile düzenlenmeli ve işlem müessir fiili gerektiriyorsa hakimden karar alınmalıdır. Bak. **Yenisey, Feridun**, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No.12, Seminer Yayın Dizisi No.3, 160-161.

<sup>14</sup> Anayasa'nın 38. maddesinde “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” denilmek suretiyle bu ilkeye yer verilmiştir; Bu ilkenin tarihi gelişimi hakkında bak. **Wolff, Heinrich Amedeus**, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, Berlin 1997, 25, 28-29.

<sup>15</sup> **Cihan, Erol/Yenisey, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996, 121.

<sup>16</sup> **Beulke, Werner**, Strafprozessrecht, 6.Bası, Heidelberg 2002, §7, kn.125; Bak. **Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, 265 vd.

<sup>17</sup> **Centel/Zafer**, 144; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, kn.135.

**maktadır**<sup>18</sup>. Sanığın savunma hakkını susarak kullanması halinde, bu durum onun aleyhine değerlendirilemez. Zira ispat külfeti suç muhakemesine yabancıdır<sup>19</sup>.

İddiaya, iddianın muhatabının cevap vermesi gerekir. Bu noktadan konuya yaklaşıldığında, maddi savunma hakkı kural olarak sanığa ait bir haktır. Bu nedenle maddi savunma bireyseldir. Müdafî maddi savunma yapamaz. Hukuki savunma ise bireysel olabileceği gibi kolektif de olabilir yani sanık tarafından yapılabileceği gibi müdafî tarafından da yapılabilir. Sonuç olarak sanık, savunma hakkı çerçevesinde somut ve gerçek bir hukuki savunma için iki olanağa sahiptir; ya kendisini bizzat savunur ya da bir müdafîin yardımından yararlanır. Diğer bir söyleyişle sanık, teorik olarak maddi savunmanın yanı sıra hukuki savunma da yapabilir. Ancak müdafî sadece hukuki savunma yapabilir. Maddi ceza hukuku kurallarını değerlendirerek taleplerde bulunur. Hukuki savunmanın yapılabilmesi belirli bir bilgi birikimini gerektirir.

Belirtelim ki nihai nitelikteki maddi ve hukuki savunmanın yapılacağı aşamaya gelinebilmesi için bir sürü muhakeme işleminin yapılması ve ispat sürecinin yaşanması gerekmektedir. Bu muhakeme sürecinde sanığa ve müdafîe tanınmış hak ve yetkiler bulunmaktadır. Sanığın bu eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması ve imkânlardan faydalanması da geniş anlamda savunma kapsamında değerlendirilmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davacı ve davalının hak ve yetkilerini ortaya koymaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bütün kurumlar davacı ve davalı üzerinden açıklanmaktadır. Ayrı bir bölümde davaya vekâlet yani vekâletin verilmesi ve vekâletnamenin ibrazı konuları düzenlenmiştir (HMK m.71-83). Buna karşılık ceza muhakemesinde müdafîin hak ve yetkileri sanıktan ayrı olarak tek tek gösterilmiştir. Sanığa tanınan hak ve yetkilerin aynıysa birkaç husus hariç açıkça müdafîe de tanınmıştır. Müdafîin kamu hizmeti görüyor olması ve adli bir organ olması nedeniyle ceza muhakemesinde müdafîi âdete sanıktan ayrı bir savunma süjesi olarak ortaya koyulmuştur. Örneğin, sanığın tanıklara soru sorma hakkı müdafîinkinden bağımsızdır. Sanık müdafîinden ayrı olarak temyiz dilekçesi verebilir, müdafîinden ayrı olarak tahliyesini talep edebilir. Müdafîinden ayrı olarak soruşturma ve kovuşturma evrakını görebilir. Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunma hakkının müdafîe devredilmesi söz konusu olmayıp sanığın savunma hakkının yanı sıra müdafîe müvekkilini savunma hakkının verilmesi söz konusudur. Sanık ve müdafî, bazı hak ve işlemler açısından aynı tarafta, ancak bir-

<sup>18</sup> **Wolff**, 29; Bu hak susma hakkının bir sonucudur. Sanık olayın açıklanmasında ne maddi hukuka, ne de muhakeme hukukuna ilişkin konularda aleyhine sonuç doğuracak şekilde olayın açıklanmasına katılmak zorundadır. Sanık konuşmak, belge vermek, delil göstermek, keşif veya yüzleştirme objesi göstermek zorunda değildir. **Stumpf, Olav**, Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB), Baden-Baden 1999, 131.

<sup>19</sup> **Centel/Zafer**, 672.

birinden bağımsız sùjeler olarak kabul edilmiş gibi gözükmektedir. Ceza muhakemesinde birçok hak hem sanığa hem de müdafisine ayrı ayrı tanınmıştır. Bu durum ceza muhakemesinin özelliğinden yani isnat altında olan kişinin kendisini savunma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Sanık ve müdafiiin kural olarak aynı haklara sahip olması asıl savunma sùjesinin sanık, müdafiiin ise onun yardımcısı olduğu gerçeğini değiştirmez. Nitekim müdafiiin kanun yoluna başvurudan vazgeçebilmesi vekâletnamede bu hususta özel olarak yetkili kılınmış olması koşuluna bağlanmıştır (CMK m.266). Aynı şekilde, müdafie ancak yetkili kılınmış olmak koşuluyla sorgusu yapılmış olan sanığın duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulmasını talep etme yetkisi tanınmıştır (CMK m.196). Yasa koyucu, sanığın müdafii gönderebilmesi başlığı altında, sanık hazır bulunmasa da müdafiiin bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahip olduğunu belirtmek suretiyle aslında dolaylı olarak sanığın savunma sùjesi olarak ceza muhakemesindeki yerine işaret etmiştir (CMK m.197). Sonuç olarak muhakemeye ilişkin birçok hakkı, sanık bizzat ve tek başına kullanabileceği gibi müdafii ile birlikte ayrı ayrı da kullanabilir veya bu hakları kendi kullanmayıp sadece müdafiiin bu hakları kullanmasına izin verebilir.

Belirtelim ki, uygulamada sanık sorgu dışında aktif olmamaktadır. Sanığın müdafii yanında veya tek başına geniş anlamda savunma haklarını kullanabilmesi ancak müdafiiin onu hakları konusunda bilgilendirmesine bağıdır. Uygulamada geniş anlamda savunma hakkının gerçek sahibi müdafii gibi görünmektedir. Müdafiiin bireysel nitelikteki geniş anlamda savunmaya yardım fonksiyonunun eksik kaldığı ortadadır. Diğer bir söyleyişle sorgu işlemi dışında muhakeme sürecinde savunma makamında sadece müdafii aktif olmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere ceza muhakemesinde, müdafiiin yapacağı savunmadan (kolektif savunmadan) yararlanma hakkının kullanılması halinde bireysel savunmanın ortadan kalkacağını söylemek mümkün değildir. Bu halde, bireysel ve kamusal (*kolektif*) savunma birlikte gerçekleştirilir. Bireysel savunma makamı sanık, kamusal savunma makamı ise müdafii tarafından işgal edilmiş olur<sup>20</sup>. *Müdafiiin müvekkili adına savunma yapmasından veya sanığın müdafii aracılığıyla savunma hakkını kullanmasından değil, müdafiiin müvekkili sanık yanında ekstra bir savunma yapmasından söz edilebilir. Bu savunma kolektif savunma veya hukuki savunma şeklinde de adlandırılmaktadır. Ceza muhakemesinde müdafiiin kolektif savunması, sanığın bireysel savunması yerine geçen bir savunma özelliği göstermez. Ancak bireysel ve kolektif savunmanın birlikte yapılması birçok olumsuz sonuç doğurabilir. Bu halde sanıkla müdafiiin birlikte çalışması gerekir.*

*Sanığın hazır bulunmadığında veya bulunup da bireysel savunma hakkını kullanmadığında yani müdafii müvekkilini savunma hakkını kullandığında müdafiiin*

<sup>20</sup> Erem'e göre, müdafiiin tamamıyla özel bir anlaşmaya bağı kalması halinde savunması özeldir. Halbuki, müdafiiin, sanığı aynı zamanda toplumun bir ferdi olarak da savunmasını gerektiren bir sistemde savunma kamusaldır. **Erem, Faruk**, "Savunma Hakkının Kökeni", ABD, 1984, S.5, 692.

temsil fonksiyonundan söz edilebilir. Nitekim CMK m.2/1-c'de müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade eder denmektedir. Müdafî isnat altında olmadığından onun doğrudan savunma hakkından değil, *müvekkilini savunma hakkından söz etmek* daha isabetlidir. Kanımızca sanığın hazır bulunmadığı hallerde veya bireysel savunma hakkının kullanmadığı hallerde, sanık bireysel savunma hakkından vazgeçmiş, müdafî sanığın yanında müvekkili sanığı savunma hakkını kullanmıştır. Sanığın bulunmaması halinde müdafîin muhakeme işlemlerinde hazır bulunması veya muhakeme işlemlerini yapması teknik anlamda bir temsil değildir. *Bu nedenle ceza muhakemesinde sanıkla müdafî arasındaki ilişkiyi her zaman temsil ilişkisi ile açıklamak mümkün değildir.*

Buraya kadarki açıklamalar, müdafîin, sanığın temsilcisi olmayıp; sanığın hukuki savunmasını destekleyen veya ona savunmasını hazırlamasında yardımcı olan bağımsız bir savunma süjesi olduğunu ortaya koymaktadır. Müdafîin bu görevlerini nasıl yerine getireceği hangi haklara sahip olduğu hangi muhakeme işlemlerini nasıl yapacağı kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilmiştir.

Müdafîin sanığın kural olarak temsilcisi olmayıp yardımcısı olduğunun söylenmesi uygulamada doğacak şu sorulara ışık tutmaktadır: Örneğin, sanığın müdafî avukata vekâletname verme zorunluluğu var mıdır? HMK'ya göre vekâletnamesiz avukat duruşmaya alınmaz ve yaptığı işlemler de geçersiz olur (HMK m.77). Ceza Muhakemesinde CMK'da belirtilen sınırlı haller hariç<sup>21</sup> sanık ile avukat arasında vekâlet ilişkisinin kurulması zorunluluğu yoktur. Zira ceza muhakemesinde savunma makamını oluşturan süjeler arasında bir temsil ilişkisi yoktur. Muhakeme işlemlerinin avukat tarafından yapılabilmesi için sanıkla müdafîi avukat arasında avukatın yardımcı olarak seçildiğini gösteren bir ispat vasıtasının varlığı yeterlidir. Bu ilişkinin HMK'da öngörüldüğü gibi kural olarak bir vekâlet sözleşmesi ile kurulmuş ve ispat edilmiş olmasına da gerek yoktur. Avukatlık Kanunu'nun 2/2. maddesindeki hükümler saklıdır. Tebligat hukukunun da yukarıdaki bilgiler doğrultusunda yorumlanması ve sanık ve müdafîine ayrı ayrı tebligat yapılması gerekir<sup>22</sup>.

### III- Hukuk devleti ilkesi ile savunma hakkı arasındaki ilişki

*Ceza muhakemesi hukuku*, devletin cezalandırma hakkının yerine getirilmesine ve dolayısıyla cezanın genel ve özel önleme fonksiyonunun sağlanmasına hizmet eder. Diğer bir söyleyişle ceza muhakemesi sonunda gerçek suçluya ulaşırsa ceza genel ve özel önleme fonksiyonunu gerçekleştirir. Gerçek suçlunun cezalandırılıyor olması, toplumdaki bireylerin güven duygusunu tatmin eder. Ceza muhakemesinde

<sup>21</sup> Örneğin sanığın Yargıtay'daki duruşmada kendisini temsil ettirebilmesi bir avukata vekâletname vermesi koşuluna bağlanmıştır (CMUK m.318). 5271 sayılı CMK m.299'da bir müdafî ile sanığın kendisini temsil ettirmesinden söz edilmiş ise de bu temsilin vekâlet ilişkisine dayanması aranmamıştır.

<sup>22</sup> Centel/Zafer, 183.

gerçek suçluya yani maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak suç isnadı altındaki kişiye etkin bir savunma yapma imkânının tanınmasıyla mümkündür.

Somut olayda devletin cezalandırma hakkını kullanmasını mümkün hale getiren muhakeme hukukunun kendine özgü değerler dengesi bulunmaktadır. Görevi hükme ulaşmak olan ceza muhakemesinin kuralları oluşturulurken, cezalandırma-ya, dolayısıyla kamu barışına<sup>23</sup> hizmet eden kurallarla sanığın bireysel özgürlüklerine hizmet eden kurallar yarışır. Ceza muhakemesi, kamu barışından sorumlu olan devlet ile birey arasındaki çatışmada dengeyi sağlayan bir hukuk dalıdır<sup>24</sup>. Diğer bir ifade ile ceza muhakemesi hukuku, bireyin menfaatleri ile toplumun hukuki güvenlik ihtiyacı arasındaki gergin ilişkiyi dengelemeye hizmet eder<sup>25</sup>. Muhakeme sürecinde bireyin hak ve özgürlüklerinin kamu menfaati karşısında feda edilmemesi için güvence altına alınması zorunludur. Bu nedenle muhakeme hukuku, hukuk devletine ilişkin değerlerle ve bu değerler de en açık ifadesini Anayasa'da bulduğundan, anayasal değerlerle yakından ilgilidir. Hukuk devleti ilkesini benimseyen bir muhakeme hukuku, sanığı yasayla tanınmış hak ve yetkilerle donatılmış bir usul süjesi olarak kabul etmek suretiyle hukuk güvenliğinin sağlanmasına ve hukuki değerleri korumaya çalışır. Muhakeme süresince sanığın haysiyet ve şerefine korumasına özen gösterir. Ne pahasına olursa olsun ulaşılabilecek gerçeğe itibar etmez<sup>26</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin, hem bireysel özgürlükleri hem de adliyenin işlevini görmesini güvence altına alması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşü ile Alman Anayasa Mahkemesi, sanığın obje konumuna indirgenmesine sebep olabilecek “*maddi gerçeğin bulunması ilkesi*” ile sanığı bir süje olarak kabul eden ve onun onurunu koruyarak maddi gerçeğe ulaşmayı öngören “*kurallara uygun adalet ilkesi*”ni hukuk devleti kavramının iki yüzü olarak kabul etmiştir<sup>27</sup>.

Savunma hakkının gelişmesi ile demokratik hareketin gelişmesi arasında sıkı bağlantı bulunmaktadır. Örneğin, sanığın “ilahi sınav”dan (*ordalies*) geçirildiği ve ağır işkencelere dayandığı takdirde beraat ettirildiği<sup>28</sup>, yani *bedensel savunmanın*

<sup>23</sup> Tez ve anti tez olarak ifade ettiğimiz kutupların yapısına baktığımızda şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Ortada bir “suçlama” ve buna karşı bir “savunma” mı vardır, yoksa birbirine zıt iki savunmadan mı söz etmek gerekir? Çünkü suçlama (itham) sonuçta toplumun savunmasıdır. Bu anlamda “özel savunma” ve “kamu savunmasından” da bahsedilebilir. Ancak, iddia makamı tarafından gerçekleştirilen bu kamusal savunmayı toplumun korunması için yapılan bir savunma olarak değil, daha çok adaletin savunulması şeklinde anlamak gerekir. Bak. **Erem**, “Savunma Hakkının Kökeni”, 692.

<sup>24</sup> **Cihan, Erol**, “50.Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, İHFM L, 1-4 (1984), 137.

<sup>25</sup> **Vogel, Hans-Jochen**, “Strafverfahrensrecht und Terrorismus”-eine Bilanz, NJW 1978, Heft 25, 1218.

<sup>26</sup> **Vogel**, 1218.

<sup>27</sup> **Eser** (Çev.N.Centel), “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, 325-326.

<sup>28</sup> **Taner, Tahir**, Ceza Hukuku, İstanbul 1953, 23, dn.1; İspat sisteminde dini safha hakkında bak.



yaptırıldığı ortaçağdan günümüze *sözle savunma hakkına* ulaşılmış olması bunun örneğini teşkil eder<sup>29</sup>. Bu açıdan savunma hakkını *söz ve düşünce özgürlüğünün bir uygulaması biçimi* olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Söz ve düşünce özgürlüğünün yasaklar altında bulunduğu bir toplumda, mahkeme önünde amaca uygun bir savunma hakkının varlığından bahsedilemez<sup>30</sup>.

Savunma hakkı, anayasal nitelikte olan adil, hukuk devleti ilkelerine uygun bir muhakemede yargılanma hakkından temellerini almaktadır<sup>31</sup>. *Bireyin veya devletin normlara uygunluğunu denetleyecek* mekanizmaların sağlıklı ve objektif çalışabilmesi açısından savunma hakkının özel bir yeri bulunmaktadır. Savunma hakkından yoksun bırakılan, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanmayan kişinin, bir hukuk devleti içerisinde temel haklara sahip olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>32</sup>. Ceza muhakemesinde *özellikle* devletin normlara uygunluğunu denetleyecek olan kişi müdafidir. Bu nedenle savunma hakkı kapsamında avukat müdafiden yararlanma hakkının korunması hukuk devletinde zorunludur. Ancak, bütün bunlar savunma hakkının kısıtlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Savunma hakkının sınırları, ölçülülük ilkesi içinde ancak bu hakkın özünü ortadan kaldırmayacak şekilde ve demokratik bir devlette kabul edilebilir ölçüde kısıtlanabilecektir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından olan adil yargılanma, adil hüküm açısından da savunma hakkının tanınması ve korunması zorunludur. Ceza muhakemesinde *iddia (itham)*, bir kimsenin bir suçu işlediğini iddia etmek, masum olduğunu inkâr etmektir<sup>33</sup> ve bir *şüpheye dayanır*. İddia, sadece ihtimallerden birini yani sanığın suçlu olduğunu ileri sürmüştür. Teknik tanımı ile savunma iddianın cürütülmesidir<sup>34</sup>.

Savunma da öteki ihtimali yani sanığın masum olduğunu tam bir eşitlikle söyleyebilmelidir ki, sağlıklı, *adil bir hüküm* kurulabilsin. Savunmaya imkân tanınmazsa, iddia hüküm olur<sup>35</sup>. İddiayı hükme yaklaştıran bir sistem veya uygulama, za-

**Feyzioğlu**, 42; 1532 Tarihli Constitutio Criminalis Carolina (CCC) veya diğer ismi ile "Kaiser Karls'ın Korkunç Mahkeme Düzeni"nin temel düşüncesi, maddi gerçeğin kayıtsız şartsız araştırılması olmuştur (s.14,15). Sanıklar hemen hemen bütün olaylarda işkenceyle ikrar etmeye zorlanmıştır. Bu nedenle, *yardımcı ve savunucu* olarak adlandırılan müdafilere CCC ile tanınmış olan hakların içeriği büyük ölçüde boşaltılmıştır. **Wessing, Jürgen**, Die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten, Diss., Köln 1985, 16.

<sup>29</sup> **Feyzioğlu**, 38-52.

<sup>30</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 11.

<sup>31</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.147.

<sup>32</sup> **Yarsuvat, Duygun**, "Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi", İÜSBFD, N.10, Ocak 1995, 98.

<sup>33</sup> **Erem**, "Savunma Hakkının Kökeni", 691.

<sup>34</sup> **Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, I, Genel Kısım, 4.Bası, İstanbul 1984, 252.

<sup>35</sup> **Erem**, "Savunma Hakkının Kökeni", 691.

rarlı ve tehlikelidir<sup>36</sup>. Savunma, vicdani ispat sisteminde<sup>37</sup> hakimın iddia konusundaki şüphesini yenip karar verebilmesini kolaylaştıran bir antitezdir. Bu şüphenin yenilebilmesi için iddiaya karşı bir antitez, yani savunma zorunludur. Savunmanın şekli anlamda iddia karşısında olması, onun sanığın lehine olan hususları ön plana çıkartmasını ve bir antitez geliştirmesini zorunlu kılar<sup>38</sup>. *Hüküm, tez (iddia)* ile antitezin (*savunmanın*) çatışmasının ürünü olmalıdır<sup>39</sup>. Doğru bir hüküm verilebilmesi için tez ile antitez arasında “görev dengesi” bulunmalıdır<sup>40</sup>.

Kıyasası, hukuk devleti düşüncesi, sanığın bir usul süjesi olarak kabul edilmesini ve iddia karşısında ceza muhakemesinin sonucuna ve gidişine etki edebilmesini gerektirir.

#### IV- Şüpheli/Sanığın savunma aracını –müdafii- seçme özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde bir suçla suçlanan kişinin *kendi kendini savunma ve savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkına* sahip olduğu belirtilerek bireysel savunma hakkının kullanılabilmesi güvence altına alınmıştır (m.6/3-b,c).

Anayasa m.36’da da, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilerek uyumsuzluğun tarafı olan kişinin yani şüpheli/sanığın savunma hakkı ve müdafii seçme hakkı koruma altına alınmıştır.

Sanık, savunmasının içeriğini *belirleme ve savunması* için yardıma ihtiyacı olup olmadığına karar verme hakkına sahiptir. *Bireyin iradesine ve onuruna saygı, onun usuli işlemlerde nasıl bir yol izleyeceğine dair kararlarına diğer bir söyleyişle usuli özgürlüğüne de saygı duymayı gerektirir*<sup>41</sup>. Sanığın muhakeme süjesi olması, onun muhakeme stratejisi konusunda da özgürce karar vermesini zorunlu kılar. Kendi geleceğini belirleme hakkı, usuli özgürlüğün de temelini oluşturur. Sanık, savunma hakkı çerçevesinde somut ve gerçek bir savunma için iki olanağa sahiptir. Ya, kendisini bizzat savunur ya da bir avukatın yardımından yararlanır. Sanığın bireysel savunma hakkı, savunmasını hazırlamada uzman bir kişiden yararlanma ve kendisi dışında uzman bir kişinin yasa ile tanınmış olan savunma işlemlerini kendisinin adına veya kendisi ile birlikte yerine getirilmesinden yararlanma hakkını da kapsamaktadır.

<sup>36</sup> **Erem, Faruk**, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6.Bası, Ankara (tarihsiz), kn.83, 167.

<sup>37</sup> Vicdani ispat sistemi hakkında bak. **Feyzioğlu**, 49-51.

<sup>38</sup> **Demirbaş**, Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, Prof.Dr.Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, 192-193.

<sup>39</sup> **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, 193; **Erem, Faruk**, *Meslek Kuralları Şerhi*, Ankara 1973, 39-40.

<sup>40</sup> **Erem**, “Savunma Hakkının Kökeni”, 691.

<sup>41</sup> **Demirbaş, Timur**, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Ankara 2011, 76-77.

*Serbestçe avukat seçme hakkı ve özgür avukat prensibi* ceza muhakemesinin ve savunma hakkının vazgeçilmez unsurlarındandır. Sanık kendisini bizzat tek başına savunmak istemezse, kendi seçeceği ücretli bir müdafii yardımından yararlanıp veya mali gücü yoksa adli makamlardan kendisi için bir müdafii görevlendirilmesini ister. Savunmanın kalitesini ve etkinliğini etkileyen güven ilişkisi en iyi şekilde seçilmiş müdafii ile müvekkili arasında kurulur. Müdafii de yardım görevini en iyi şekilde ancak, olay ve müvekkilinin kişiliği hakkında geniş bilgiye sahip olduğunda yerine getirebilir. Bu konuda ona birinci derecede yardımcı olacak olan kişi sanıktır. *Seçilmiş müdafie* duyulan güven, *atanmış müdafie* duyulandan daha güçlüdür<sup>42</sup>. Ayrıca, atanmış iradi müdafii seçilmiş iradi müdafii kadar hukuki koruma sağlamayaacağına ilişkin bir tezin varlığı da göz ardı edilmemelidir<sup>43</sup>. Ancak sonuç itibarıyla bu halde de müdafiden yararlanıp yararlanmamak yine sanığın iradesine bırakılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre, ücretsiz avukattan yararlanma hakkı da sınırsız bir hak değildir. Sanığın mali olanaklardan yoksun olduğu hallerde ve adaletin selameti açısından gerekli ise sanığın avukattan yararlanma hakkının gereği yapılır<sup>44</sup>. AİHS m.6/1-3-c'ye göre, her sanık, "kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek" hakkına sahiptir. Bu halde de sanık, mali gücünün olmadığını belirterek kendisi için bir avukat müdafii görevlendirilmesini talep etmek durumundadır. Müdafiden yararlanıp yararlanmamak sanığın iradesine bağlıdır. Ancak bu hal müdafii isim olarak belirleme imkânı tanınmadığı için sanığın, sadece istediği müdafiden yararlanma hakkını sınırlayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde müdafii tayini bakımından sanığın iradesine üstünlük tanınmıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müdafii seçimini sanık bakımından mutlak bir hak olarak da görmemektedir<sup>45</sup>.

Müdafii zorunlu olması yani sanığın iradesi dikkate alınmadan ve onun iradesi hilafına ona müdafii tayin edilecek hallerin kabul edilmesi kanımızca devletin cezalandırma hakkı ve muhakemenin maddi gerçeğe ulaşma amacı birlikte değerlendirildiğinde olağandır. Amaç sadece cezalandırma olmayıp doğru kişiyi yani ger-

<sup>42</sup> Bak. **Welp, Jürgen**, "Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens", ZStW 1978, Bd 90, 102-103, 107.

<sup>43</sup> Bak. **Welp**, "Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens", 107.

<sup>44</sup> Örnek kararlar için bak. **İnceoğlu, Sibel**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, 318; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m.5, Avukatlık Kanunu, İstanbul Barosu 2002, 267.

<sup>45</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.9.1992 tarihli *Croissant –Almanya* kararında, "adaletin selameti", somut olayda "yargılamanın uzun sürme ihtimali" ile "davanın kapsamı ve karmaşıklığı" gibi gerekçelerle, sanığın istemi ve rızası olmaksızın mahkeme tarafından sanığın seçtiklerine ek olarak müdafii tayinini Sözleşme'nin m.6/3-c hükmüne aykırı bulmamıştır.

çek faili cezalandırmaktır. Toplumsal menfaat gerçek failin cezalandırılmasındadır. Ceza ancak bu sayede genel önleme fonksiyonunu yerine getirebilir. Bu nedenle müdafiliğin zorunlu olduğu hallerin yaratılması gereklidir. Gerçek failin cezalandırılmasına duyulan toplumsal menfaat ile sanığın özgür iradesi ile geleceğini belirleme ve avukatını seçme hakkı çatışmaktadır. Bu iki menfaat arasındaki dengenin kurulması ve korunması zorunludur. Zorunlu müdafilik hallerinin gereğinden fazla genişletilmesi sanığın özgürce avukatını seçme hakkı aleyhine; hiç kabul edilmemesi ise kamusal menfaatler aleyhine dengeyi bozar.

Seçilmiş müdafii, sanığın iradesine bağlı olarak adli makamların talebi üzerine görevlendirilecek olan ihtiyari ve sanığın iradesi hilafına dahi görevlendirilecek olan zorunlu müdafiden daima önce gelir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, baro tarafından görevlendirilen müdafinin görevinin seçilmiş bir avukat görevlendirildiğinde sona ermesinin kabul edilmiş olması sanığın iradesine uygun savunmanın kanun koyucu tarafından korunduğunu göstermektedir (CMK m.156/3).

Sanık tarafından seçilmiş olan müdafii görevini aksatmadığı sürece onun iradesine aykırı müdafii tayin edilemez. Zorunlu müdafilik hallerinde baro tarafından görevlendirme, ancak seçilmiş müdafinin görevini yapmaması halinde söz konusu olabilir ve bu halde adalet ve kanun gereğince baro tarafından müdafii görevlendirilmesi yapılabilir.

*Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 29.3.2011 tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiştir. Ceza Genel Kurul'una göre; "şüpheli veya sanıkların savunmaları için seçtikleri müdafilerinin bulunması durumunda kendilerine baro tarafından zorunlu müdafii görevlendirilemeyeceği, başka bir anlatımla şüpheliye veya sanığa baro tarafından zorunlu müdafii görevlendirilebilmesi için şüpheli veya sanığın kendi seçtiği müdafininin bulunmaması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da, kendilerinin seçtiği müdafileri bulunan şüpheli veya sanıklara, bu müdafinin görevinin devam ettiği ve savunma görevlerini yerine getirdiği sürece zorunlu müdafii görevlendirilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.*

Mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören düzenlemenin amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların, bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek olası hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir.

Diğer taraftan, sanıkların kendilerinin vekâletname vermek suretiyle seçtikleri müdafileri bulunmadığı durumlarda, sanıklara müdafii olarak baro tarafından bir avukat atanacağına bildirilmesi gereklidir. Kendisine müdafii atandığını bilmeyen ya da kendisine müdafii atanmakla birlikte, bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği müdafinin tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu müdafinin yaptığı tüm işlemleri

*peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl olanaklı değilse*, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabilceğini düşünmek de olası değildir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanığın vekâletname ile görevlendirdiği ve azledildiklerine veya müdafilikten istifa ettiklerine ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmayan müdafileri bulunmakta iken, yerel mahkemenin istemi üzerine sanığa baro tarafından müdafî görevlendirilmesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır<sup>46</sup>.

## V- Müdafîin yardımından yararlanma hakkı ve ceza muhakemesinde müdafî ile savunulmanın gerekliliği

Müdafî, hem sanığın kendi savunmasını hazırlamasında hukuki bilgisi ile ona yardım etmekte, hem de sanıktan ayrı olarak kendisine tanınmış olan *müvekkilini savunma hakkını* kullanmaktadır. Savunma hakkı, bireysel savunmasını hazırlamak için müdafiden yararlanma ve ayrıca müdafî tarafından savunulma hakkı olmak üzere iki hakkı da içinde barındırmaktadır.

Müdafiden yararlanma hakkı Anayasamızda dolaylı olarak ortaya koyulmuştur. 1982 Anayasası'nın 36/1. maddesinde de önceki anayasal düzenlemelere benzer bir şekilde "herkes, *meşru vasıta* ve *yollardan faydalanmak* suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir. *Centel'e* göre<sup>47</sup>, "herkesin (ve sanığın) meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde savunma hakkı", müdafîin anayasal güvencisi sayılır. Bu açıdan, savunma, meşru bir yol; müdafî de meşru bir araçtır. İşte, Anayasa'nın belirtilen hükmü, bunları kapsamaktadır. Bununla birlikte, hükmün bu tür yorumu, sadece isteğe bağlı müdafîlik için geçerlidir. Zorunlu müdafîlik kavramı ise Anayasamızda bulunmamaktadır<sup>48</sup>.

Sanığı suçlamadan ve bunun yasal sonuçlarından olabildiğince, yasalara uygun olarak kurtarılma çabası *savunma* olarak adlandırılmaktadır. Bu savunma faaliyetini resmi organlar önünde yasalara göre yürüten, avukat veya dava vekili gibi sıfatları bulunan ve sanığın yardımcısı olan kişiye Arapça kökenli olan "müdafî"<sup>48</sup> veya Türkçe kökenli olan "savunucu"<sup>49</sup>, "savunman" denmektedir<sup>50</sup>. Müdafî ve müdafî kelimeleri, savunucu ve savunma karşılığıdır. Bu çalışmada yerleşmiş olması ve yasa koyucunun<sup>51</sup> da tercih etmiş olması nedeniyle "müdafî" ve "savunma" kavramları tercih edilmiştir.

<sup>46</sup> YCGK, 29.3.2011-10-5/25, www.kazanci.com

<sup>47</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 12-13.

<sup>48</sup> Müdafî, Arapça kökenli bir sözcük olup "koruyan", müdafî eden, savunan, dayanan" anlamına gelmektedir. **Develioğlu, Ferit**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1986, 844.

<sup>49</sup> Donay, savunucu ve müdafî kavramlarını birlikte kullanmaktadır. Bak. **Donay, Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, 150, 159

<sup>50</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 2, 48; **Öztürk/Erdem/Özbek**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, kn.329.

<sup>51</sup> CMK m.2 (Tanımlar).

Türk ceza muhakemesinin yapısı müdafie, Anglo-Amerikan ceza muhakemesinde olduğu gibi merkezi bir rol vermemektedir<sup>52</sup>. Kara Avrupası sisteminde, savcı ve mahkemenin kendiliğinden lehe olan delilleri araştırma yükümlülüğünün bulunması nedeniyle, ayrıca bir müdafie neden ihtiyaç duyulduğu dahi sorgulanabilmektedir<sup>53</sup>. Ancak, savcının kendi ileri sürdüğü iddiayı kendisinin yürütmesi her zaman kabul edilebilecek bir durum değildir. Böyle bir durum varsa bile, bu savunma olmayıp iddiadan vazgeçmedir<sup>54</sup>. Devletin adli organları ile sanık arasındaki silahların eşitliği ilkesi, *taraf muhakemesine* göre şekillendirilmemiş olan ceza muhakememizde tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ancak, silahların eşitliği ilkesi, ulaşılmaya çalışılan bir muhakeme hedefi olarak sistemde yerini korumaktadır. Sanık, olaydan etkilenen kişi olması nedeniyle, soğukkanlılığını ve olay üzerindeki hakimiyetini kaybettiği için, ceza soruşturmasını yürüten devlet ajanlarına karşı yeterli bir güç oluşturamamaktadır<sup>55</sup>. Ayrıca sanık, çoğu zaman gerekli hukuki bilgiye de sahip değildir. Diğer yandan sanığın, tutuklu olması veya parasının olmaması nedeniyle araştırma yapma olanağı da kısıtlıdır. Müdafî sanığın bu açıklarını, sanığın suçluluğunu kayıtsız şartsız tartışmaya açarak ve her zayıf noktayı sanığın lehine ortaya kayarak kapatır ve dengeyi sağlar<sup>56</sup>.

Savcılığın ve mahkemenin ceza muhakemesindeki sanık lehine rolünü müdafîin rolüyle bağdaştırmak mümkün değildir. Savcının, sanığın lehine ve aleyhine araştırma yapma yükümlülüğünün (CMK m.160/2) veya mahkemenin re'sen maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün bulunması "savunma" niteliği taşımakla birlikte, müdafîi yardımıyla savunulma gerekliliğini ortadan kaldırmaz<sup>57</sup>. Savcının, soruşturma görevi ile koşullanmış bulunmasından ve yaptığı iş sebebiyle psikolojik olarak kendini devletin vekili bir taraf gibi görme ihtimalinin yüksek olmasından dolayı sanığın lehine olan delilleri gözden kaçırmaması mümkündür<sup>58</sup>. Belirtmeliyim ki, savcı iddianame düzenleyerek kamu davası açmakla olay hakkında belirli bir ka-

<sup>52</sup> Anglo Amerikan sisteminde iddia ve savunma, ahlâki olarak maddi gerçeğe diğer bir söyleyişle adalete hizmet etmek yükümlülüğü altında olmayıp daha ziyade aralarındaki rekabette birbirlerine üstün gelme yükümlülüğü altındadırlar. Buna karşılık Kara Avrupası sisteminde iddia ve savunma kendi statülerine uygun olarak maddi gerçeğin ortaya çıkmasına diğer bir söyleyişle adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunmak yükümlülüğü altındadırlar. Bu nedenle Türk hukukunun da dahil olduğu Kara Avrupası sisteminde, savunma makamını işgal eden müdafîin hak ve yetkileri, yani savunmanın sınırları bu amaca uygun olarak belirlenmiştir.

<sup>53</sup> **Roxin, Claus**, Strafverfahrensrecht, 25.Bası, München 1998, §19, kn.1; **Stade, Monika**, Die Stellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss., Göttingen 1997, 1.

<sup>54</sup> **Tosun**, I, 252.

<sup>55</sup> Bak. **Hellmann, Uwe**, Strafprozeßrecht, Heilderberg 1998, §6, kn.2.

<sup>56</sup> **Yüce**, "Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (I)", 1017-1018; **Donay, Süheyl**, "Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü", İHFM 1977, S.1-4, Ord.Prof. Dr.Charles Crozat'ya Armağan, Özel Sayı 1979, 405; **Hellmann**, Strafprozeßrecht, §6, kn.1; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.1.

<sup>57</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 8.

<sup>58</sup> **Centel/Zafer**, 110; **Demirbaş**, "Hazırlık Soruşturmasında Savunma", 196.

naate sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Araştırmayı yapan makamlar önyargılıdır ve onların gerçeği algılamaları etki altındadır. Savcılar da davanın başarısızlığını kendi başarısızlıkları olarak kabul edebileceklerinden, sanığın lehine olan delilleri kolayca gözden kaçırabilirler. Aynı şekilde, dosyayı önceden incelemiş ve evrak üzerinden bir kanaate ulaşmış olan hakim de sanık tarafından ileri sürülen talepleri reddetme içgüdüğü ile hareket edebilir. Diğer taraftan, hakimin objektif davranma çabası içinde olması da, onun gerçeği aydınlatma görevini abartarak sanığın haklarını gerektiği gibi kullanmasını engelleyebilir veya kısıtlayabilir<sup>59</sup> <sup>60</sup>. Ayrıca, hakim tarafsız olduğundan sanığa yol gösteremez<sup>61</sup>. Örneğin, sanığa bir temyiz dilekçesi yazıp veremez. Bu nedenlerle, hakim de sanık için tam bir koruma sağlayamaz<sup>62</sup>.

Sanığın bireysel savunma hakkını kullanıyor olması da müdafii ile savunulmanın gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Sanığın korunması, savunma için seçilmiş bir usul tarafının sanığın menfaatlerini korumak için muhakemede *biçimsel olarak (şeklen)* yerini almasıyla gerçekleşebilir<sup>63</sup>. Çünkü sanıklar çoğu zaman eğitimsiz ve özellikle hukuki konularda deneyim ve bilgiden uzaktırlar. Sanığın, haklarını, savunma tekniklerini, savunmada hangi noktalara önem verilmesi gerektiğini, susmanın mı yoksa konuşmanın mı daha lehine sonuç vereceğini bilmesi zordur. Muhakeme hukuku yurttaşın hukuku olmayıp hukukçuların hukukudur. Bu hukuk kurallarının bilinmesi çoğu zaman eğitim almayı gerektirir. Ayrıca, sorunlara ihtiyatla yaklaşacak olan müdafinin savunması, duygusal olarak hareket eden sanığinkinden daha inandırıcı olacaktır<sup>64</sup>. Sanık ile hukuki donanıma sahip iddia makamı arasındaki mücadelenin *eşit araçlarla* yapılabilmesi için, sanığın aynı donanıma sahip bir kişiden yararlanması gerekir. Bu nedenle, ceza muhakemesinde tam anlamda bir savunmanın gerçekleştirilebilmesi için sanığın, kendisinin ve yasal temsilcisinin dışında, mahkeme karşısında deneyimli bir hukukçunun yardımına ihtiyacı vardır<sup>65</sup>. Aksi takdirde, sanığa tanınmış olan diğer birçok hak da kâğıt üzerinde kalır. Tedirginlik, bunalım, korku ve şaşkınlık sanığın durumunu daha da ağırlaştırır. Özellikle, tutukluluk savunma olanaklarını azaltır<sup>66</sup>. Sanık muhakeme süjesi olarak kendisine tanınan hakları etkin bir şekilde ancak müdafii aracılığı ile kullanabilir.

<sup>59</sup> **Demirbaş**, "Hazırlık Soruşturmasında Savunma", 196; **Eser** (Çev.N.Centel), "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", 329.

<sup>60</sup> Savcının ve mahkemenin sanığın haklarını koruyacağı iddiaları "mevhum savunma"dan başka bir şey değildir. **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, kn.85, 173.

<sup>61</sup> **Taner, Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3.Bası, İstanbul 1955, 126.

<sup>62</sup> **Hellmann**, §6, kn.1.

<sup>63</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.147.

<sup>64</sup> **Eser** (Çev.N.Centel), "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", 328.

<sup>65</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesinde Müdafii, 2; **Yurtcan, Erdener**, Ceza Avukatının El Kitabı, 4.Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara (tarihsiz), 67.

<sup>66</sup> **Peters, Karl**, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 4.Bası, Heidelberg 1985, §29 I, 212; **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, kn.85, 172; **Donay**, "Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü", 399; **Tosun, Öztekin**, "Ceza Muhakemesinde Temsil ve Vekalet", Temsil ve Vekalet'e İlişkin Sorunlar Sempozyumu (14-16 Haziran 1976), İstanbul 1977, 248.

En azından önemli davalarda müdafinin katılımı olmaksızın adil, hukuk devletine yakışır bir muhakemeden söz edilemeyeceği için müdafi hukuk devletine yakışır bir muhakemenin güvencesini teşkil eder<sup>67</sup>.

Müdafinin, hakim, savcı ve hatta yargılama kararlarına katılmayan yardımcı personelin yetkinliği, yargılama şeklindeki kamu hizmetinin kalitesini önemli derecede etkiler. Yargılamada kalite, bu hizmetin görülüşünde belli bir takım niteliklere uyulması; kalitenin denetimi ise söz konusu niteliklerin varlıklarının ve yeterliliklerinin sorgulanması demektir. Uyuşmazlıkları ortadan kaldıran, kesin hüküm veren ve bu hükmü uygulayan, süratli, hakkını arayanı veya haklı olanı tatmin eden, hak arayanları yüreklendiren, haksızlık yaratacakları caydıran, saygın, ulaştığı sonuç doğru ve adil olan bir yargılama kaliteli yargılamadır<sup>68</sup>. Avukat yargılama hizmetinde ve özellikle hüküm vermede görev olan hakim, savcı gibi *yargının kurucu* unsurlarındandır (Av.K m.1) ve onun yargılamaya katılması yargının kalitesini arttırır<sup>69</sup>.

## VI- Savunma hakkı ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü

### 1- Sanığın savunma hakkı ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü

Ceza muhakemesinin amacı şüpheli ve sanık haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olarak belirlendiğinde veya ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin muhakemeye katılan tüm süjelerin elbirliği ile ortaya çıkartılması olarak ortaya koyulduğunda, savunma hakkının sınırları kavramı da ortaya çıkmaktadır. Süjelerin birbirinin hasmı değil, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında ortak menfaati olan işbirliği içinde çalışan makamlar olarak belirlenmesi halinde de bütün süjelerin hak ve yetkilerinin sınırsız olmadığı kendiliğinden ortaya çıkar. Sanık da maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak zorunda olan bir süje olarak karşımıza çıkar. Ancak süjelerin bu yükümlülüğü kendi statüleri ile uyumlu bir yükümlülük olarak anlaşılır. Örneğin sanık, temel haklarından vazgeçmek durumunda olmayan ancak sadece gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için bazı sınırlamalara katlanması<sup>70</sup> gereken bir tür “özgü mağdur” durumundadır<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> **Beulke**, Strafprozessrecht, §9, kn.150; **Kniemeyer, Claus-Dieter**, Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Diss., Main 1997, 27.

<sup>68</sup> TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, Kasım 1998, 17-18.

<sup>69</sup> Avukatlar adalet dağıtımında temel bir unsurdur. Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m.12, Avukatlık Kanunu, İstanbul Barosu 2002, 268; “Bilgili, mesleğinin ehli ve Avukatlık Kanununun hükümlerine riayet eden bir avukat davanın görülmesinde mahkemenin işini çok kolaylaştırabilir. ... Ancak, fakülte eğitimi genellikle vasat olduğu ve avukatlık stajı da bir şekilde ibaret kalabildiği için, bu açıdan bilinçli sayılamayacak kimseler de maalesef avukat olabilmekte ve bilgi eksiklikleri nedeniyle davaların uzamasına ve adil olmayan bir şekilde sonuçlanmasına sebebiyet vermektedirler”. TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, Kasım 1998, 96.

<sup>70</sup> **Centel/Zafer**, 154-155.

<sup>71</sup> **Müller-Dietz, Heinz**, “Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess”, ZStW 1981, Bd. 93, 1206-1207.



Sanık Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmış ve savunmayı mümkün kılan somut haklarını kullandığında sorun bulunmamaktadır. Ancak ceza muhakemesi kuralları, örneğin sanık delilleri kararttığında, yalan söylediğinde bunun savunma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ortaya koymamaktadır. Bu nedenle sanık açısından dahi savunma hakkının sınırlarının belirlenmesi, yani maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ile sanığın korunması arasındaki dengenin kurulması gerekir. Muhakeme hukuku savunma hakkını tanımakla beraber bunun sınırlarını çoğu zaman ortaya koymaz. Bazı hallerde savunmanın sınırlarını maddi ceza hukukunda bulmak mümkün olabilir.

Doğal savunma içgüdüğü ile hareket eden sanığın savunma hakkının sınırları diğer süljelere oranla daha geniştir. Sanık suçun delillerini yok edebilir, gizleyebilir, değiştirebilir. Değiştirilmiş olan delilleri duruşmaya getirebilir ve kendi lehine kullanabilir. TCK m.281/1 gereğince sanık, kendi suçunun delillerini karartması halinde cezalandırılmaz. Sanık savunmasında *kendisine yüklenen fiil ile ilgili yalan* da söyleyebilir. Yalan söylemek savunma hakkının bir kullanım şekli olarak kabul edilebilir<sup>72</sup>. Ancak, öğretilerde sanığın *kendisine isnat edilen fiil* konusunda yalan söylememesi şeklinde ahlaki bir yükümlülüğünün olduğu da kabul edilmektedir. Sanığın hukuki nitelikte olmayan bu yükümlülüğe uymaması, onun cezalandırılmasını gerektirmez. Suçların yasallığı ilkesi uyarınca genel ve özel ceza kanunlarında suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilinden dolayı sanık cezalandırılmaz<sup>73</sup>. Sanık, savunma hakkını kendisine tanınan haklar çerçevesinde kullanır. Üçüncü şahıslara etki etmediği sürece sanık, her soruya gerçeğe aykırı cevap verebilir. Yalan söyleyerek savunma yapmak suç sayılmaz<sup>74 75</sup>. Ancak, hemen belirtelim ki, Türk öğretisinde, kendisine isnat edilen fiil hakkında gerçek dışı beyanlarıyla suçsuz olduğunu bildiği bir kişiyi zan altına sokan sanığın, iftira suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> **Kunter/Yenisey**, Birinci Kitap, N.251; **Erman, Sahir**, Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III, İstanbul 1987, kn.340, 509; **Toroslu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 130; **Erem, Faruk**, "Susma Hakkı", YD (Temmuz 1992), C.18, S.3, 298.

<sup>73</sup> **Özgenç, İzzet**, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", MÜHF Hukuk Araştırmaları, IX, S.1-3, 1995, 133-135; **Şahin, Cumhuriyet**, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1987, 114-116; **Tosun**, I, 640.

<sup>74</sup> **Tosun**, I, 753, **Kunter/Yenisey**, Birinci Kitap, N.30.1 (251)II; Yalanın usul hukukunda suç sayılması gerektiği hakkında bak. **Erem**, "Susma Hakkı", 298; Anglosakson ülkelerinde uygulanan sistem budur. Sanık, delil olmak üzere beyanda bulunmaya mecbur değildir. Ancak, kendisinin tanık olarak dinlenmesini isterse yemin etmek ve doğruyu söylemek zorundadır. Aksi takdirde, yalan tanıklıktan dolayı cezalandırılır. **Kunter/Yenisey**, Birinci Kitap, N.29.1 (251).

<sup>75</sup> Nitekim Danimarka CK'nun yalan ifade verme ve iftira suçlarını düzenleyen 17. Kısımında, kamusal nitelikteki ceza uyumsuzluklarında sanık sıfatıyla yalan söyleyen kişinin cezalandırılmayacağı açıkça belirtilmişti (Danimarka CK m.159), **Cornils, Karin/Greve, Vagn**, Das dänische Strafgesetz, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, 107, Freiburg im Breisgau 1997, §159 (1), 99.

<sup>76</sup> **Erman, Sahir**, Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III, İstanbul 1987, 508; **Özgenç**, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", 140, dn.41.

## 2- Müdafiiin müvekkilini savunma hakkı ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü

### a) Genel olarak

Türk Ceza Kanunu m.277'de yargı görevi yapanı etkileme, m.281'de suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme, m.282'de suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, m.283'de suçluyu kayırma, m.284'de tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, m.285'de soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal, m.286'da soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma, m.288'de adil yargılanmayı etkilemeye teşebbüs suçları tanımlanmıştır. Bu suçların faili, suç tanımında "kişi", "kimse" olarak gösterilmiştir. Kural olarak bu suçların faili herkes olabilir. Avukatlık K. m.62'ye göre, Avukatlık Kanunu ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat, Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.

Özellikle adliye aleyhine işleyen suçlar bölümünde tanımlanan suçlar adli mekanizmanın işleyişini, devletin cezalandırma hakkını, suçun aydınlatılmasıyla cezadan beklenen genel ve özel önleme fonksiyonunu güvence altına alan suç tanımlarıdır. Cezanın genel ve özel önleme fonksiyonundan dolayı, suçlunun cezalandırılmasında kamu menfaati vardır. Ayrıca, suçlunun cezalandırılıyor olması, toplumdaki bireylerin güven duygusunu da tatmin eder. Dolayısıyla yukarıda belirtilen adliye aleyhine işlenen suçların hukuka aykırılık unsurunu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanınmış olan yetkilerin ve özellikle savunma hakkının sınırlarının aşılması oluşturur.

Adli mekanizmanın işleyişini koruyan bu suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Dolayısıyla müdafii avukatın bu suçların faili olamayacağını kesin bir ifadeyle söylemek mümkün değildir. Bu suçlar kural olarak özgü suç olarak tanımlanmamıştır. Müdafiiin faaliyetleri adli mekanizmayı frenler, frenlemesi de gerekir. Çok genel bir söylemle, müdafiiin faaliyetleri ceza soruşturmasını engelle-yici faaliyetlerdir. Örneğin, müdafiiin sanığa susma hakkını öğretmesi bile belki de suçunu ikrar edecek olan sanığı bundan alıkoyacaktır. Ancak, ceza soruşturmasını engelleyen bu faaliyetler ya suç tanımına uymazlar<sup>77</sup> ya da suç tanımına uymakla birlikte mesleğin icrası, savunma hakkının kullanılıyor olması gibi nedenlerle hukukten meşru kabul edilirler. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan kaynaklanan yetkilerin yani kanun hükmünün icra ediliyor ya da savunma hakkının kullanılıyor ya da avukatlık mesleğinin icra ediliyor olması bu suçların oluşmasını engeller.

<sup>77</sup> Örneğin, Türk yasa koyucusu ceza soruşturmasını engelleme suçunun icra hareketlerini kazuistik metotla tanımladığı için bu tip düzenlemenin söz konusu olduğu suçlarda savunmanın sınırını belirlemek kolaydır. Ancak, suçun cezayı, ceza soruşturmasını engelleme şeklinde genel olarak tanımlandığı hallerde savunmanın sınırlarına ilişkin problem daha da önemli hale gelmektedir.

Bir hukuka uygunluk nedeninde sınırın, kasten, taksirle veya mücbir nedenle aşılması söz konusu olabilir<sup>78</sup>. TCK m.27'de, kusurluluğu azaltan bir hal olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılması hali düzenlenmiştir<sup>79</sup>.

Yukarıda belirtilen suçlar bakımından ilgili suçun hukuka aykırılık unsuru kapsamında, müvekkiline savunmasında yardım ederken veya müvekkili sanığın yanında bireysel savunmayı hukuki savunması ile desteklerken ya da muhakeme işlemlerinde hazır bulunarak bu muhakeme işlemlerinin yasaya uygunluğunu denetlerken, müdafinin kendisine *Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu ile tanınan yetkileri ve savunma hakkını sınırları* içerisinde kullanıp kullanmadığı sorgulanacaktır.

Alman<sup>80</sup> ve Türk öğretilerinde, belirli savunma hareketleri esas alınarak savunma hakkının sınırları değerlendirilmeyerek sorunun somutlaştırılmasından kaçınılmış; hukuku uygunluk nedenleri bakımından, “müdafinin anayasaya ve yasaya uygun savunma yapması”<sup>81</sup> şeklinde genel bir tespitten öteye gidilememiştir.

Adli mekanizmayı koruyan suç kalıpları bakımından *savunma hakkı genel bir hukuka uygunluk nedeni* olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, muhakeme kuralları müdafinin tüm faaliyetlerinin sınırlarını ortaya koymamaktadır. Muhakeme hukuku kurallarının yorumlanmasında standart kurallar olarak adlandırılan *meslek kuralları* önemli rol oynamaktadır. Standart kurallara uygun davranışlar ilke olarak muhakeme hukuku açısından kusurlu sayılmazlar. Ancak, standart kurallara aykırı olan her davranış şeklinin de mutlaka cezalandırılacağını söylemek mümkün değildir.

Belirtelim ki, savunmaya yardımın sınırları belirlenirken muhakeme hukuku çerçevesinde yapılacak olan değerlendirmeler de zaman zaman tatmin edici sonuçlar vermeyebilir. Çünkü müdafinin görevi, muhakeme hukuku kurallarına göre savunma yapmaktır. Ancak, *savunma kavramı* genel bir kavramdır ve muhakeme hukukunda da müdafinin savunmaya ilişkin yetkileri, *diğer bir ifadeyle meşru şekilde bireysel savunmaya yardım hareketleri tümüyle açık bir şekilde kurala bağlanmamıştır*. Yukarıda da belirtildiği üzere savunmanın tanımı ve kapsamı tartışmalıdır.

Müdafinin yapması ve yapmaması gerekenler ancak *müdafinin hukuki statüsüne* ve görevine ilişkin genel prensiplerden hareketle ve muhakeme hukuku kurallarına genel bir bakışla ortaya konulabilir. Bundan dolayı, müdafinin savunmaya yardım

<sup>78</sup> **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım II*, İstanbul 1994, k.no.839-842; **Zafer, Hamide**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, İstanbul 2011, 296-297.

<sup>79</sup> YCGK, 31.3.2009-1-201/81, www.kazanci.com, **Zafer**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 296-297.

<sup>80</sup> **Beulke, Werner**, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, Heidelberg 1989, kn.13, 14.

<sup>81</sup> Müdafinin meşru vasıtaları kullanılmalıdır şeklindeki belirleme için bak. **Önder, Âkil**, “HUMK 150 ve CMUK 378/379 ve 380. maddeleri Muvacehesinde Taraffarın, Avukatın ve Müdafinin Söz Söyleme ve Savunma Serbestliği”, AD, IXL, 9(Eylül 948), 1040, 1051.

tarzı olarak belirlediği davranış şekillerinin bir kısmının hukuken geçerliliği konusunda kesin bir açıklık bulunmamaktadır<sup>82</sup>.

Kural olarak müdafii bireysel savunmaya hukuki yardım ve müvekkilinin savunmasını desteklemek üzere yaptığı kolektif savunma faaliyetini nasıl yapacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilmiştir. Ancak şu soruların cevabını Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve savunma hakkının içinde bulmak zordur. Bu sorularla karşı karşıya kalındığında müdafii ceza muhakemesindeki hukuki statüsünü ortaya koymak, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu ile etik kuralları yorumlamak mecburiyeti doğmaktadır. Örneğin müdafii müvekkili ile görüşmesi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş ancak bu görüşmede yapacağı hukuki yardımın sınırları ortaya koyulmamıştır. Müdafii bu görüşmede, müvekkili sanığa ihtimalleri anlattıktan sonra kaçmasını, delilleri karartmasını söyleyebilecek midir? Yine aynı şekilde müdafii hukuka aykırı delilleri yaratması, tanık temin etmesi ve bunları mahkemeye sunması ve esas hakkındaki savunmasında hukuka aykırı veya sahte olduğunu tahmin ettiği belgelere dayanarak savunma yapması, davayı zamanaşımına uğratabilmek için sürekli taleplerde bulunulması, müvekkiline kendi lehine ancak gerçeğe aykırı tanıklık yapacak kişiler bulmasını veya müdafii müvekkiline yalan söylemesini tavsiye etmesi, sanığa sorgusunda ve esas hakkındaki savunmasında söyleyeceği hususları dikte ettirmesi, ikrar etmek isteyen sanığa susmasını öğütlemesi, hakkında başvurulacak olan koruma tedbirlerini örneğin yakalama veya arama kararını sanığa bildirmesi, sahte olduğunu bildiği veya tahmin ettiği bir delili duruşmaya getirmesi, müvekkilinin aleyhine tanıklık yapacak olan kişilere tanıklıktan çekinme haklarını hatırlatması, delilleri değiştirmesi ve bunları duruşmada kullanması, delilleri bürosunda muhafaza etmesi, müvekkilinin açıklamalarını basına iletmesi ve kamuoyunun desteğini alarak baskı yaratmaya çalışması, delillerin yerini bildiği halde adli makamlara bildirmemesi veya yanıltıcı bilgi vermesi, sanığın suçu işlediğini kesinlikle bilmesine rağmen müvekkilinin beraatini istemesi halinde müdafii savunma sınırları içinde kalıp kalmadığı, hukuka uygun olarak müvekkilinin savunmasına yardım edip etmediği tartışmaya açıktır. Bu soruların cevabı, yukarıda da belirtildiği üzere müdafii ceza muhakemesinde benimsenen hukuki statüsüne göre değişecektir. Aynı şekilde müdafii vekâletname ibraz etme zorunluluğunun olup olmadığı, tebligatların sanığa yapılmasının gerekip gerekmediği gibi sorunlar da müdafii hukuki statüsüne bağlı olarak cevapları değişecek sorulardır. Bu soruların cevabını doğrudan muhakeme kurallarında bulmak zordur.

Türk Ceza Kanunu m.6/1-d'de, yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adil idari ve askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar anlaşılır demek suretiyle, avukatlar iddia ve yargı makamları ile bir tutulmuştur. Kanımızca buradaki yargı görevi yapan deyimini adil görev yapan yeri-

<sup>82</sup> **Beulke**, Strafprozessrecht, §9, kn.174.

ne kullanılmıştır. Çünkü yargı görevi dar anlamda bağımsız mahkemelerce yerine getirilebilen bir görevdir (Ay m.138, 145).

Avukatlık Kanunu m.1'de “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek*” olarak tanımlamıştır. *Toplumun temel gereksinmelerini* karşılayacak faaliyetlerde bulunan ve ilke olarak idare tarafından, sürekli, düzenli, eşit ve genel bir şekilde yürütülen faaliyetlere kamu hizmeti denmektedir<sup>83</sup>. Toplumun temel ihtiyaçlarından olan “adalet” ihtiyacını yargılama faaliyeti karşılar. Yargılama, hak aramanın ve adaletin vazgeçilmez en güvenilir aracıdır. Toplumun “adalet” ihtiyacını karşılayacak olan *yargılama* faaliyeti bir kamu hizmeti, *yargılama örgütü* de bu hizmetin hukuki ve maddi cihazıdır<sup>84</sup>. Yargılama hizmeti, *kural olarak* devletin tekelindedir. Yargılama hizmetinin işlememesi, geç ve kötü işlemesi nedeni ile gerçeğe ve adalete ulaşılması toplum barışının bozularak kargaşa ortamının doğmasına yol açar. *Adalet dağıtımı gibi kamu hizmeti olduğunda şüphe edilmeyen bir hizmetin yerine getirilmesine katılımı ifade eden avukatlığın da kamu hizmeti sayılması doğaldır*<sup>85</sup>.

Avukatlık Kanunu m.1'de ayrıca, avukatın, yargının kurucu unsurlarından olduğu ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde avukatlığın amacı her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak belirlenmiştir. Aynı maddede, avukatın bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği gösterilmiştir. Avukatlık Kanunu, avukatın ve dolayısıyla müdafinin amacının adalete hizmet yani maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak olduğunu ortaya koymaktadır.

Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkısı, hiçbir zaman diğer adli organlarındaki gibi anlaşılmaz. Müdafii, *tam bir adli organ olmayıp sınırlı bir adli organdır*. Müdafii devletin bir ajanı olmayıp *serbest bir meslek icra* eder, fakat özel bir kamu hizmeti verir. Müdafinin verdiği hizmet türü, onun fonksiyonunu yerine getirirken bireysel menfaatler ile toplumsal menfaatler arasındaki dengeyi göz önünde tutmasını zorunlu kılar. Diğer bir ifade ile müdafii, adli bir organ olarak *adli organların fonksiyon kabiliyetine saygı* göstermeli<sup>86</sup>, adalete ulaşmayı engelleyici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Müdafinin, adli organların fonksiyon kabiliyetine dikkat etme yükümlülüğü, *kamusal menfaatlerden* kaynaklanmaktadır. Müdafii, *aktif ha-*

<sup>83</sup> Kamu hizmeti toplumsal gereksinmeyi karşılayan bir faaliyettir. Hizmet kamuya yönelmiştir. Çeşitli tanımlar için bak. **Sungurtekin, Meral**, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, 6.

<sup>84</sup> Organ kelimesi Yunanca “*Organan*” kelimesinden türetilmiştir. Bu kavram, bir fonksiyonun yerine getirilmesine hizmet eden “*aracı*”, “*aleti*” tanımlamaktadır. **Heinicke, Günther**, Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland, München 1984, 334.

<sup>85</sup> **Sungurtekin**, 7-8.

<sup>86</sup> **Kniemeyer**, 155.

*reketterle* adli organların işleyişini engellemekle yükümlüdür<sup>87</sup>. Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına iddia ve savunma makamı gibi aktif hareketleriyle katkıda bulunması beklenemez. Müdafinin, sanığın yardımcısı olduğu Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/1 ile ortaya koyulmuştur. *Yardımcı statüsü*, sanık aleyhine sonuç doğuracak hiç bir şey yapmamayı, sadece sanık lehine konuşmayı, sanığın sırlarını saklamayı (Av.K. m.36), hukuki bilgi vermeyi ve hukuki tavsiyelerde bulunmayı zorunlu kılar. Müdafinin müvekkili sanığa yardım yükümlülüğü maddi gerçeğin ortaya çıkarma yükümlülüğünü sınırlar.

### b) Müdafinin bazı savunma faaliyetlerinin değerlendirilmesi

Müdafinin, müvekkiline dosya içeriği, hukuk kuralları ve içtihatlar hakkında sanığın iradesini yönlendirmeden bilgi vermesi hukuki yardım kapsamındadır. Donanımlı iddia karşısında, sanığa hukuki bilgi verilmesi hukuk devleti ilkesinden türetilen silahlarda eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Muhakeme süjeleri arasında haklar bakımından bir dengelemeyi amaçlayan silahlarda eşitlik ilkesi, masumiyet karinesi ve adil yargılanma prensibi, sanığa hukuki bilgi verilmesi ile ilgili her türlü sınırlamayı yasaklamaktadır<sup>88</sup>. Müdafinin, müvekkiline *olaya ilişkin* bütün hukuki bilgisini aktarabilir. Sanığa, teorik olarak kendi kendine eğitim kaynaklarından öğrenebileceği tüm bilgilerin verilmesi gerekir. Hukuk düzeni, herkese hukuki bilgiye ulaşma hakkı tanımaktadır. Bu hakkın kısıtlanması adil yargılanma hakkıyla ters düşmektedir<sup>89</sup>. Müvekkil sanığa açıklanacak bilgi, öğreti ve içtihatlardan öğrenilmesi mümkün olan her şeydir. Müdafinin müvekkiline sadece usuli haklarını anlamada yardım etmez, ayrıca cezadan kurtulmasına yarayacak, örneğin meşru müdafinin şartları gibi maddi hukuka ilişkin tüm bilgiyi de verir<sup>90</sup>. Müdafinin, olayın kendisine anlatıldığı şekliyle hukuken nasıl sonuçlar doğuracağını müvekkiline anlatması<sup>91</sup> da hukuki bilgilendirme hakkı kapsamında değerlendirilir. Sanık bu bilgileri kullanarak kendisini cezalandırılmaktan kurtarabilir. Bildirimde bulunma hakkı veya sanığın hukuki yardım alma hakkı, sanığın aldığı bilgilere dayanarak gerçeğe aykırı talep ve davranışlarda bulunabilme tehlikesi ileri sürülerek özel durumlarda dahi kısıtlanamaz. Müdafinin, müvekkilinin, kendisinin verdiği bilgileri kullanarak gerçeğe aykırı bir şekilde beraat etmeyi veya cezasından indirim yapılmasını amaçladığını veya olayı kendi verdiği bilgilere uygun olarak yeniden tanımlayacağını tahmin

<sup>87</sup> **Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, 312.

<sup>88</sup> **Gatzweiler, Norbert**, "Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung", StrVert 6/1985, 250.

<sup>89</sup> **Bottke, Wilfrid**, "Wahrheitspflicht des Verteidigers", ZStW 1984, Bd 96, 756; **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.19; **Wassmann, Hans-Jörg**, Strafverteidigung und Strafrecht, Diss., Hamburg 1982, 131.

<sup>90</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; **Weiland, Bernd**, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, München 1996, §9, kn.176; **Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, (Kommentar), 44.Bası, München 1988, §258, kn.7.

<sup>91</sup> **Weiland**, §9, kn.175.

etse dahi hukuki bilgi vermeye devam etmelidir. Örneğin hırsızlık ile yağma veya hırsızlık ile güveni kötüye kullanma suçları arasındaki farkları veya meşru müdafaa'nın, hukuki yanılmanın veya ihtiyariyle vazgeçmenin şartlarını ve sonuçlarını anlatmalıdır<sup>92</sup>. Ancak müdafî, müvekkilini hukuku aykırı olarak bu koruyucu iddiaları ileri sürmeye zorlayamaz. Aksi takdirde, müdafîin bu hareketi ceza soruşturmasını yanlış yönlendirme teşkil edebilir ve müdafîin cezai sorumluluğu doğabilir<sup>93</sup>. *Müdafî, sanığı, ceza davasında suçun varlığının tespit edilmesini engellemesi ve buna bağlı olarak mahkemenin vereceği cezadan kurtulması için kışkırtmamalı ve bu yönde ümit vermemelidir*<sup>94</sup>.

Sanığın susma hakkı bulunduğu için müdafî sanığa bu hakkını hatırlatılabilir ve bu hakkını kullanmasını tavsiye edilebilir. Sanığın yalan söyleme hakkı bulunmamaktadır. Sanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü hukuki bir yükümlülük olmayıp ahlaki bir yükümlülüktür. Bu ahlaki yükümlülüğün yasalarda bir yaptırımı öngörülmemiştir. Sanığın yalan söylemesi onun açısından bir hak teşkil etmeyeceğinden müdafîin sanığa yalan söylemesini tavsiye etmesi veya sanık lehine yalan uydurması kabul edilmemektedir<sup>95</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, müdafîin, yalan söylemesi yasaklanmışsa, bu durumda, müvekkiline yalan söylemesini önermesi veya bir yalanın üçüncü şahıslar üzerinden muhakemeye getirilmesi de yasak olmalıdır<sup>96</sup>. Öğretide müdafîin yalan söyleyen sanığı doğruyu söylemeye ikna etmek gibi bir ödevi olmadığı kabul edilmektedir. Müdafî, müvekkilinin gerçeğe uygun savunma yapmasının kefilidir. Diğer bir söyleyişle müdafîin sanığı yalandan uzak tutma görevi yoktur. Bu durumda, müdafîin vekâlet ilişkisi söz konusu ise bu ilişkiye son verme gibi bir ödevi de bulunmamaktadır. Yalan söyleyen sanığın da, bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı vardır. Müdafî, müvekkilinin muhtemelen gerçek olmayan girişimleri konusunda sorduğu sorulara doğru cevap vermelidir. Ancak, müdafîin yalan icat etmesi veya müvekkilin bulduğu bir yalan üzerinde onunla çalışarak başka sonuçlara ulaşması, adli makamların etkinliği aç-

<sup>92</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; **Otto, Harro**, "Strafvereitelung durch Strafverteidigerhandeln", Jura 1987, Heft 6, 330.

<sup>93</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59.

<sup>94</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.19.

<sup>95</sup> **Weiland**, §9, kn.176; **Bottke**, "Wahrheitspflicht des Verteidigers", 757. Heeb'e göre, müdafî sanığa yalan söylemesini tavsiye edebilir. Bu durum müdafîin gerçeği söyleme yükümlülüğü ile uyumludur. Çünkü gerçeği söyleme yükümlülüğü müdafîe yalan söylememesini emretmektedir. Müdafî, kendisi yalan söylemediği veya kurgulamadığı sürece soyut olarak yalanı tavsiye edebilir. **Heeb, Wolfgang**, Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, Diss., Tübingen 1973, 53.

<sup>96</sup> **Peters**, Strafprozeß, 4.Bası, §29V, 227; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; **Beulke, Werner** Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtsstellung, Farankfurt 1980, 151; **Bottke**, "Wahrheitspflicht des Verteidigers", 757; **Dahs, Hans**, Handbuch des Strafverteidigers, 6.Bası, Köln 1999, kn.52; **Grube, Walter**, Der Ausschluß von Strafverteidigern wegen Begünstigung, Diss., Köln 1934, 26; **Heinicke**, 491; **Pfeiffer, Gerd**, "Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln", DRiZ 9/1984, 345; **Müller-Dietz**, Strafverteidigung und Strafvereitelung" 252.

sından büyük bir tehlike yaratır. Buna karşılık, sanık kendi kendisini koruyucu gerçek dışı iddialar bulmuşsa, bu sanığın tamamen normal olan bir kendini savunma şeklidir ve muhakeme hukuku başından itibaren bu durumu öngörmüştür. Müdafî, böyle durumlarda “gözlemci” veya “yorumcu” rolünü yitirmemelidir<sup>97</sup>. Müdafî “yönlendirmede tarafsız” kalmalıdır<sup>98</sup>. Susmakla yalan söylemek arasındaki seçimi, sanık kendisi yapmalıdır. Müdafîin, yalan söyleyen sanığa tavsiyelerde bulunması yasak olmamakla birlikte, örneğin, *bu yalan inanılır görünüyor, bunu seçmeniz lehinize olur* şeklindeki bir tavsiye gerçek olmayana doğru bir adım teşkil eder. Buna karşılık, *bu savunma şekline karşı hiç bir delil getirilemez* gibi bir ifade, tavsiye sınırları içinde kalmış olur. Müdafîin gerçeğe aykırı savunma bulması veya müvekkilinin yarattığı yalanları mükemmelleştirmesi hukuka aykırıdır<sup>99</sup>.

Ancak müdafîin müvekkiline, doğruyu söylemek zorunda olmadığını, iddiayı yalanlamasını tavsiye edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre yalan söylememe yükümlülüğü olan müdafîin yalanı tavsiye etmesi kabul edilmez. Bazı yazarlara göre ise müdafîin doğruyu söyleme yükümlülüğünün yumuşatılması adına müdafî yalanı tavsiye edebilmelidir. *Kühne*<sup>100</sup> ise yalan söylemenin tavsiye edilmesinin muhakeme hukuku açısından mümkün olduğunu, ancak standart kurallara aykırı olduğunu belirtmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, sanığın kendi savunmasını gerçekleştirebilmesi için mantıklı, özellikle işe yarayacak yalanlar hakkındaki tavsiyeler, hukuki konumuna ilişkin bilgiler gibi gerekli olabilir. Ancak, bu şekilde sanık, gerçeği söyleme, susma veya yalan söyleme imkânları arasında bir seçim yapabilir<sup>101</sup>. *Beulke*<sup>102</sup>, bu durumda “*fair play*” den değil ancak “*foul play*” den söz edilebileceğini ve bu halin savcılık makamını derhal karşı atığa geçmeye sevk ederek bu konularda kaçamak noktalar aramaya iteceğini belirtmektedir.

Müdafîin, sanık açısından suç teşkil etmeyen kaçmayı düşünülebilir bir alternatif olarak ortaya koyması mümkündür<sup>103</sup>. Ancak müdafî, karar vermeyi müvekkiline bırakmalıdır<sup>104</sup>. Yaygın olan görüşe göre, müdafîin, müvekkilini kaçmaya ikna etmesi hukuka aykırıdır<sup>105</sup>. Kanaatimce, müdafîin *kendisine sorulması üzerine* kaçma ve bunun sonuçlarını açıklaması mümkün olmalı, ancak kaçan sanığı teslim olmaya ikna etmek ve ihbar etmek zorunda olmamalıdır. Ancak müdafîin, sanığa kaçma fikrini aşılması ve ona bunu önermesi hukuka aykırı sayılmalıdır.

<sup>97</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.31.

<sup>98</sup> **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 756.

<sup>99</sup> **Heeb**, 43, 53.

<sup>100</sup> **Kühne, Hans-Heiner**, Strafprozeßrecht, 5.Bası, Tübingen 1999, 56.

<sup>101</sup> **Wassmann**, 134-135.

<sup>102</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.30.

<sup>103</sup> **Beulke**, Der Verteidiger im Strafverfahren, 155; Grube, 20.

<sup>104</sup> **Gatzweiler**, 250.

<sup>105</sup> **Wassmann**, 137-138; Ancak Wassmann’a göre kaçma imkânlarının anlatılması ve kaçmanın tavsiye edilmesi hukuka aykırı değildir. Müdafî ancak tüm üçüncü şahıslar gibi kaçmaya yardım ederse cezalandırılır. **Wassmann**, 138.



Sanığın savunmasını yalan üzerine kurması mümkündür. Ancak müdafî, planlı ve aktif olarak olayı karartamaz, olayın araştırılmasını zorlaştıramaz, özellikle delil kaynaklarını bozamaz<sup>106</sup>.

Müdafî, soruşturma evrakını hukuka uygun yollardan incelemişse edindiği tüm bilgileri bu bilgiler sanık tarafından kötüye kullanılacak olsa da onunla paylaşabilir. Ancak, müdafî dosyayı hukuka aykırı yollardan görmeyi başarmış, örneğin bilinçli olarak savcılık makamını, denetçileri ve memurları dolanmış ise bu halde bu tür bilgileri vermesi hukuka aykırıdır<sup>107</sup>. Kanaatimce, müdafîin dosyadan öğrendiği bilgileri müvekkiline bildirmesi konusunda böyle bir sınırlama getirilmesi müdafî ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini önemli derecede zedeleyecektir. *Centel'e* göre de, yakında sanığın aleyhine bir önlem alınabileceğini dava dosyasını incelediği sırada anlayan müdafîin, bunu sanıktan gizlemesi gerektiğini söylemek zordur. Ayrıca, bu konuda denetim gücü de bulunmaktadır. Bunun yerine, dosyayı inceleme zamanı iyi planlanarak, müdafîin bunu öğrenmesi engellenmelidir<sup>108</sup>.

Müdafîin, sanığın bilmesine degecek olan her şeyi sanığa bildirmesi, sadece hakkı değil aynı zamanda görevidir de. Müdafîin dosya dışından öğrendiği bilgileri müvekkiline iletmesi, özellikle aniden baskın şeklinde gerçekleştirilmesi gereken muhakeme tedbirlerinde araştırmanın amacını tehlikeye düşürecekse, bu hakkın, dosyadan edinilen bilgilerin iletilmesinde olduğu gibi, sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışılmaktadır. Örneğin, müdafî tesadüfen müvekkilinin evinin önünde yakalama için bekleyen polisleri görebilir ve telefonla müvekkilini durumdan haberdar edebilir. Meğerki müdafî bu bilgilere somut bir yükümlüğünü ihlal ederek ulaşmış olsun. Müdafî, yapılacak araştırmalara ilişkin olarak tesadüfen öğrendiği bilgileri müvekkiline iletir. Ancak belirtmem ki, bu konuda içtihatlar ve öğretide önemli görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Mahkeme kararları da Alman uygulamasında istikrarlı değildir. Alman uygulamasında, müdafîinin kaçmaya yardım ederek ceza takibatını engelleme ve geciktirme suçunu işlediğine dair kararlar bulunmaktadır<sup>109</sup>.

Müdafî, incelediği belgelerin içeriğini sadece savunma amacıyla kullanabilir. Sanığın rızası hilafına, özel konuşmalarda veya edebi eserlerde, bu bilgilerin kulla-

<sup>106</sup> **Müller-Dietz**, "Strafverteidigung und Strafvereitelung", 255; Laufhütte'ye göre, yasak olmayan ancak muhakemeye zarar verici (örneğin saç uzunluğunun değiştirilmesi gibi) davranışlarla isnadı zayıflatma imkanları hakkında bilgi verilmesi meşrudur. **Laufhütte, Heinrich (KK)**, Karlsruhe Kommentar, Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, (Yay.Gerd Pfeiffer), 5.Bası, München 2003, Vor §137, kn.7.

<sup>107</sup> **Dahs**, Handbuch des Strafverteidigers, kn.253.

<sup>108</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 116; **Centel/Zafer**, 177.

<sup>109</sup> Müdafîin tutuklu olan müvekkiline kaçması için anahtar veya silah gibi araçlar sağlaması veya tutuklu sanığın hakim önüne çıkartılacağı saati onun arkadaşlarına bildirerek kaçmasına zemin hazırlaması ya da sanığa uçak bileti, kimlik veya araç temin ederek kaçmaya yardım etmesi halinde, usule aykırı hareket edildiği ortadadır. Bak. **Zafer**, Faile Yardım Suçu, 385.

nilmaması gerekir. Aksi takdirde, müdafinin kişisel verilerin açıklanması veya görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumluluğu doğabilir.

*Centel'e* göre, müdafinin, dosyadan edindiği bilgilerden üçüncü kişilere, örneğin basın mensuplarına da söz etmemesi gerekir. Ancak *savunma için gerekli* ise, örneğin lehte delil bulmak gibi amaçlarla, bunun dışına çıkılabilir<sup>110</sup>.

Müdafinin özellikle gizlilik ilkesi hakim olan soruşturma evresinde yapılan işlemlerin evrakını basına vermesi veya içeriğini paylaşması da savunma hakkının kötüye kullanılmasını ve ceza sorumluluğunu gerektirebilir. Bilgiye ulaşma ve bilgiyi sanığa ve üçüncü kişilere ulaştırma hakkı meşruiyetini savunma hakkından almaktadır. Müdafinin savunma hakkı ile bağdaşmayan, savunma amacını aşan faaliyetleri hukuki değildir. Bu faaliyetler, basın aracılığı ile hakimler üzerinde baskı yaratarak tahkikatı yanlış yönlendirme sayılabilir<sup>111</sup>.

Müdafinin, sanığın lehine kabul ettiği delillerin gerçekten öyle olup olmadığını, bunları ikame etmeden önce, araştırmak durumundadır. Müdafinin, örneğin sanığın lehine olarak çağırdığı savunma tanığının duruşmada sanığın aleyhine konuşması savunmayı tehlikeye düşürür. Kanaatimce, müdafinin *müvekkilinin lehine konuşma* ödevi de müdafinin belirli sınırlar içinde tanıkla görüşmesini zorunlu kılabilir. Ancak, müdafinin aktif olarak ispat vasıtalarını müvekkilinin yararına değiştirmeye başladığı anda meşru alanı terk etmiş olur<sup>112</sup>. Müdafinin, ne olursa olsun müvekkilini kurtarmak için delilleri yok etmeğe, bozmağa, değiştirmeye çalışması veya bu tür faaliyetlere destek sağlaması görevinin gereklerine aykırıdır ve cezai sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin, bir belge içeriği değiştirilerek adli makamlara verilemez. Müdafinin, olay mahallindeki izleri karartması, olayda kullanılan silahı bürosunda saklaması veya alkol oranı yüksek olan kan örneğini oranı düşük olanla değiştirmesi yasaktır. Bütün bu eylemleri, *“delil kaynağını karartma yasağı”*<sup>113</sup> veya *“aleyhe delillerin bozulması”* diyebileceğimiz bir üst kavram altında toplayabiliriz<sup>114</sup>. Bu yasak temelini, tutuklama sebeplerinden birini teşkil eden delilleri karartma şüphesinden almaktadır (CMK m.100, Alm.CMUK m.112 II Nr.3). Buradaki delilleri karartma şüphesi sanık için öngörülmüştür. Ancak, maddedeki ifadenin müdafii kapsayacak şekilde formüle edilmesi ve yorumlanması mümkündür<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, 115.

<sup>111</sup> **Zafer**, Faile Yardım Suçu, 363.

<sup>112</sup> Engizisyon muhakemesinde dahi “Savunucu”nun maddi gerçeğin araştırılmasını hiçbir şekilde engelleyemeyeceği hükme bağlanmıştır (CCC m.88). Hatta, “Savunucu” kendi faaliyetleri ile gerçeğe hizmet edeceğine dair yemin etmek zorundadır. **Wessing**, 15; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; Müdafinin, soruşturma faaliyetlerine aktif olarak saldırması meşru sayılmaz. Müdafinin sadece fikri silahlarla mücadele edebilir.

<sup>113</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.59; Delilleri karartma yasağı da denilmektedir. **Pellkofer**, **Sandra**, Sockelverteidigung und Strafreitelung, Diss., Frankfurt 1998, 131.

<sup>114</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.62.

<sup>115</sup> **Pellkofer**, 131.

Sahte belgelerin veya içeriği değiştirilmiş delillerin, ister sanki tarafından ister müdafii tarafından değiştirilmiş olsunlar, sahtelikleri bilinerek adli makamlara sunulması, kullanılması hukuka aykırıdır<sup>116</sup>. Müdafii, aktif olarak adli makamların faaliyetini zora sokacak şekilde delillere etki etmesi savunma kapsamı dışında kabul edilmektedir. Buna karşılık, müdafii aktif olarak adli makamların faaliyetini kolaylaştırma gibi bir görevi de bulunmamaktadır. Müdafii, sanığın hak ve menfaatlerini maddi faaliyetlerle değil fikri silahlarla korumalıdır. *Aksi takdirde hiç kimse müdafie inanmaz.*

Öğretide, müdafii, kesinlikle bilmediği sürece, müvekkili tarafından ona sunulan delilleri, sahteliklerinden şüphelense dahi, kullanabileceği belirtilmektedir<sup>117</sup>.

Müdafii, muhakeme dışında yönlendirme amacıyla tanıklarla temasa geçmesi yasaktır (Meslek Kuralları m.24). Bu yasak, tanığın avukat tarafından etkilenmesini ve bu suretle algıladığı hususları sübjektif bir şekilde yanlış olarak vermeye teşvik edilmesini, kandırılmasını önlemeye hizmet etmektedir. Müdafii, *lehe tanıklık* halinde para ödülü verileceğini belirterek tanığın *gerçeğe aykırı tanıklık* yapmasını<sup>118</sup> veya gerçeğe uygun olarak verdikleri *ifadeleri geri almasını*<sup>119</sup> istemesi meşru değildir<sup>120</sup>. Ancak belirtelim ki, bu konuda öğretide fikir birliği bulunmaktadır<sup>121</sup>. Aynı şekilde müdafii, müvekkiline gerçeğe aykırı ifade verecek bir tanık tedarik etmesini tavsiye etmesi de meşru sayılmaz<sup>122</sup>.

Müdafii tanığa inandırıcılığını zedeleyici, telkin edici, tuzak sorular sorması mümkündür. Mahkeme tanığa yönlendirici soruların sorulduğunu düşünürse sorulmasını yasaklayabilir<sup>123</sup>. Bu nedenle müdafii, tanığa soru sorma hakkını kötüye kullanması, delil değiştirme girişimi olarak değerlendirilemez.

Müdafii, baskı ve hile ile tanığın serbestçe karar verme iktidarını ortadan kaldırır ve onu yalan beyanda bulunmaya sevk ederse<sup>124</sup>, *müdafii cezai sorumluluğu doğar.*

<sup>116</sup> Bak. **Müller-Dietz**, Strafverteidigung und Strafreitelung”, 252; **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 345.

<sup>117</sup> **Dreher/Tröndle**, §258, kn.7.

<sup>118</sup> **Weiland**, §9, kn.176; **Lackner, Karl/Kühl, Kristian**, StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.Bast, München 2001, §258, kn.9.

<sup>119</sup> **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 346.

<sup>120</sup> Rückel, kn.27, 28; **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 346.

<sup>121</sup> Bu hal yalancı tanıklığa azmettirme de sayılır. **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.92; **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 758; **Heinicke**, 498; **Otto**, Strafreitelung durch Strafverteidigerhandeln”, 330; **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 346.

<sup>122</sup> **Peters**, Strafprozeß, 4.Bast, §29V, 1d, 229.

<sup>123</sup> **Wassmann**, 178; **Heinicke**, 499.

<sup>124</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.61.

## VII- Sonuç

Müdafî, muhakeme sürecinde sanığın menfaatlerini koruyarak ve savunmasında ona yardımcı olarak adalete hizmet eden adli bir organdır.

Müdafîin, sınırlı bir adalet organı olması ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlama yükümlülüğü dikkate alınarak savunma hakkı açısından bir değerlendirme yapıldığında şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır:

Müdafî, sır saklama yükümlülüğünden dolayı her bildiğini söylemek ve adli makamlara yardımcı olmak zorunda değildir. Ancak, müdafîin her söylediği gerçek olmalıdır<sup>125</sup>. Gerçeği söyleme yükümlülüğü adil yargılanma prensibinden türetilmiş bir yükümlülüktür. Bu durum, müdafîin sanığın yardımcısı olmasının yanı sıra sınırlı bir adli organ olarak kabul edilmesinin doğal bir sonucudur<sup>126 127</sup>. Müdafîin, konuştuğunda gerçeği söyleme yükümlülüğü, *lehe konuşma yükümlülüğü* (*Fürsprachepflicht*)<sup>128</sup> ve *sır saklama yükümlülüğü* (*Schweigepflicht*) ile tamamlanan bir yükümlülüktür. Savunma sanatı bu yükümlülüklerin tümünü somut olayda bir arada yerine getirebilmektir<sup>129</sup>. Sır saklama yükümlülüğünü ve lehe konuşma yükümlülüğünü işverenine *sadakat yükümlülüğü*<sup>130</sup> olarak değerlendirmek de mümkündür. Müdafî sadakat yükümlülüğünden dolayı müvekkilini zorda bırakacak faaliyetlerde bulunamaz.

Müdafîin konuştuğunda gerçeği söyleme yükümlülüğü ve *yalan söyleme yasağı* bir madalyonun iki yüzü gibidir. Yalan söyleme yasağı veya diğer bir ifadeyle, gerçeği söyleme yükümlülüğü ceza hukukunun öngördüğü bir yükümlülük olmayıp etik bir yükümlülüktür. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, *aktif hareketlerle delilleri karartmamak* şeklinde de anlaşılabilir. Söz konusu yükümlülük bugün, henüz Ceza Muhakemesi Yasasında açıkça hükme bağlanmamış olsa da, prensip olarak tartışmalı değildir<sup>131</sup>. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, müdafîin müvekkilinin aleyhine olacak gerçekleri söyleme yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır. Bu noktada sır saklama ve lehe konuşma yükümlülüğü gerçeği söyleme yükümlülüğünün sınırını oluşturur.

<sup>125</sup> Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları m.4.5 “Avukat asla, asılsız ya da hataya sevk edici nitelikte bilgiyi hakime bilerek vermemelidir”. Bak. Avukatlık Kanunu, İstanbul Barosu 2002, 250.

<sup>126</sup> Bak. **Heeb**, 53.

<sup>127</sup> Bu yükümlülük kamu faydasına dayanır. Sanığın, çekinmeden avukatına başvurmasında kamu faydası vardır. Bak. **Erem, Faruk**, “Avukatlık Sırrı”, ABD, 5(1969) 838 vd.

<sup>128</sup> Bu kavram, müdafîin, sanığa, usuli haklarını kullanmasında tüm gücü ile tek tarafı olarak yardımcı olmasını ifade eder. **Pellkofer**, 118.

<sup>129</sup> **Roxin**, Strafverfahrensrecht, §19, kn.13.

<sup>130</sup> Savunma esnasında öğrendiği bilgiyi kullanarak müdafî sanığın güvenini kötüye kullanamaz. **Pellkofer**, 119.

<sup>131</sup> **Kniemeyer**, 37; **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 750; Müdafîin gerçeği söyleme yükümlülüğünü reddeden küçük bir azınlık da bulunmaktadır. **Bottke**, “Wahrheitspflicht des Verteidigers”, 731; **Heinicke**, 486.

Gerçeği söyleme prensibi öğretide, “müdafî bildiği her şeyi söylemekle yükümlü değildir, ancak söylediği her şey gerçek olmalıdır” şeklinde ifade edilmektedir<sup>132</sup>. Müdafî müvekkilinin söylediği gerçeğe aykırı olduğunu bildiği iddialarını da kendine mal edemez<sup>133</sup>. Müdafîin gerçeği söyleme yükümlülüğü, sır saklama ve sadakat yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır. Pfeiffer’e göre, müdafî sanığın kendisine gerçeğe aykırı beyanlarda bulunduğunu söylediğinden şüpheleniyorsa bu konuda önce emin olmalı veya gerçekliğinden şüphe duyduğu hususları mahkemenin önüne getirmemelidir. Diğer bir ifadeyle, müdafî bilinçli taksirle yalan söylememelidir<sup>134</sup>. Ancak belirtmeliyim ki, masumiyet karinesi müdafî açısından da geçerlidir. Sanığın suçluluğu kesin hükümlerle ispatlanıncaya kadar bütün işlemlerde onun masum olabileceği düşünülmelidir<sup>135</sup>. Bu nedenle, müdafî emin olmadığı ancak müvekkilinin lehine olan hususları tekrar tekrar tartışmaya açabilmelidir.

Ancak, sır saklama yükümlülüğünden dolayı müdafîin her bildiğini söyleme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Müdafî konuştuğu takdirde müvekkiline zarar verecek olan hususlarda susabilir, susması da gerekir<sup>136</sup>. Sadakat yükümlülüğü bunu gerektirir. Belirtmeliyim ki, avukatın gerçeği söyleme yükümlülüğü usulen izin verilen savunma hareketlerinin sınırının belirlenmesinde yön bulmaya yardımcı olan bir kavramdır<sup>137</sup>.

Müdafîi, adli makamlara yardımcı olmak zorunda değildir. Yani müdafîin adli organlara yardım yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak müdafî, adli bir organ olması nedeniyle adli makamların görevini yerine getirmesini aktif hareketleriyle zorlaştırmamalıdır. Örneğin delili saklamamalıdır.

Müdafî, adli makamların hatasını düzeltmek zorunda değildir. Kendisi bu hataları veya eksiklikleri müvekkili lehine kullanabilir.

<sup>132</sup> **Beulke**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, kn.17; **Dahs**, Handbuch des Strafverteidigers, kn.48; **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 344; **Heinicke**, 486.

<sup>133</sup> **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 344.

<sup>134</sup> **Pfeiffer**, müdafîin muhtemel kastını yeterli gördüğü için bu konuda bu sonuca varmıştır. **Pfeiffer**, “Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln”, 344.

<sup>135</sup> Müdafî masumiyet karinesinin garantörüdür. Çünkü ileri sürülen tüm hususları müvekkilinin suçsuz olabilme ihtimali çerçevesinde tartışmaya açar. **Heinicke**, 420.

<sup>136</sup> **Beulke**, Strafprozeßrecht, §9, kn.175.

<sup>137</sup> **Grüner, Gerhard**, Über den Mißbrauch von Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß, Berlin 2000, 137.

## KAYNAKÇA

- Beulke, Werner** Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt 1980.
- Beulke, Werner**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989.
- Beulke, Werner**, Strafprozeßrecht, 6.Bası, Heidelberg 2002.
- Bottke, Wilfrid**, "Wahrheitspflicht des Verteidigers", ZStW 1984, Bd 96, 756 vd.
- Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012.
- Cihan, Erol**, "50.Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Soruşu", İHFM L, 1-4 (19849, 137 vd.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996, 121.
- Cornils, Karin/Greve, Vagn**, Das dänische Strafgesetz, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, 107, Freiburg im Breisgau 1997, §159 (1), 99.
- Dahs, Hans**; Handbuch des Strafverteidigers, 6.Bası, Köln 1999.
- Demirbaş, Timur**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2011.
- Demirbaş, Timur**, "Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik", CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999,
- Demirbaş, Timur**, "Hazırlık Soruşturmasında Savunma", Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 192-193 vd.
- Demirbaş, Timur**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996.
- Develioğlu, Ferit**; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1986.
- Donay, Süheyl**, "Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü", İHFM 1977, S.1-4, Ord.Prof.Dr.Charles Crozat'ya Armağan, Özel Sayı 1979.
- Donay, Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım II, İstanbul 1994.
- Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, (Kommentar), 44.Bası, München 1988.
- Erdem, Mustafa Ruhan**, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001.
- Erem, Faruk**, "Avukatlık Sırrı", ABD, 5(1969) 838 vd.
- Erem, Faruk**, "Susma Hakkı", YD (Temmuz 1992), C.18, S.3, 298 vd.

- Erem, Faruk**, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6.Bası, Ankara (tarihsiz),
- Erem, Faruk**, *Meslek Kuralları Şerhi*, Ankara 1973, 39-40.
- Erem, Faruk**; "Savunma Hakkının Kökeni", ABD, 1984, S.5, 692.
- Ergül, Teoman**, "Savunmanın Teori ve Uygulaması", ABD, 1990, S.4, 591.
- Erman, Sahir**, *Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III*, İstanbul 1987.
- Erman, Sahir**; *Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku-III*, İstanbul 1987.
- Eser, Albin (Çev.N.Centel)**, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", YD 1990, S.3, 326 vd.
- Feyzioğlu, Metin**, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002.
- Gatzweiler, Norbert**, "Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung", *StrVert* 6/1985, 250 vd.
- Grube, Walter**, *Der Ausschluß von Strafverteidigern wegen Begünstigung*, Diss., Köln 1934.
- Grüner, Gerhard**; *Über den Mißbrauch von Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß*, Berlin 2000.
- Heeb, Wolfgang**; *Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme*, Diss., Tübingen 1973.
- Heinicke, Günther**, *Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland*, München 1984.
- Hellmann, Uwe**, *Strafprozeßrecht*, Heilderberg 1998.
- İnceoğlu, Sibel**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2002.
- Kniemeyer, Claus-Dieter**, *Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit*, Diss., Main 1997.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 12.Bası, İstanbul 2002.
- Kühne, Hans-Heiner**; *Strafprozeßrecht*, 5.Bası, Tübingen 1999.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian**, *StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24.Bası, München 2001, §258.
- Laufhütte, Heinrich (KK)**; *Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, (Yay.Gerd Pfeiffer), 5.Bası, München 2003.
- Müller-Dietz, Heinz**, "Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß", *ZStW* 1981, Bd. 93, 1206-1207.
- Oral, Mehmet**; "Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", Prof.Dr.Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 600.

- Otto, Harro**, "Strafvereitelung durch Strafverteidigerhandeln", Jura 1987, Heft 6, 330 vd.
- Önder, Âkil**, "HUMK 150 ve CMUK 378/379 ve 380. maddeleri Muvacehesinde Tarafların, Avukatın ve Müdafinin Söz Söyleme ve Savunma Serbestliği", AD, IXL, 9(Eylül 948), 1040, 1051 vd.
- Özgenç, İzzet**, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", MÜHF Hukuk Araştırmaları, IX, S.1-3, 1995, 133-135; Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, 114-116 vd.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, Ankara 2002.
- Pellkofer, Sandra**, Sockelverteidigung und Strafvereitelung, Diss., Frankfurt 1998.
- Peters, Karl**, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 4.Bası, Heidelberg 1985.
- Pfeiffer, Gerd**, "Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln", DRiZ 9/1984, 345 vd.
- Roxin, Claus**, Strafverfahrensrecht, 25.Bası, München 1998.
- Stade, Monika**, Die Stellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss., Göttingen 1997.
- Stumpf, Olav**, Die Starfbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB), Baden-Baden 1999, 131 vd.
- Sungurtekin, Meral**, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995.
- Şahin, Cumhuri**, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1987.
- Taner, Tahir**, Ceza Hukuku, İstanbul 1953.
- Taner, Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.
- Tosun, Öztekin**, "Ceza Muhakemesinde Temsil ve Vekalet", Temsil ve Vekalet'e İlişkin Sorunlar Sempozyumu (14-16 Haziran 1976), İstanbul 1977, 248 vd.
- Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, I, Genel Kısım, 4.Bası, İstanbul 1984.
- Vogel, Hans-Jochen**, "Strafverfahrensrecht und Terrorismus"-eine Bilanz, NJW 1978, Heft 25, 1218.
- Wassmann, Hans-Jörg**, Strafverteidigung und Strafvereitelung, Diss., Hamburg 1982.
- Weiland, Bernd**, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, München 1996.
- Welp, Jürgen**, "Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens", ZStW 1978, Bd 90, 102-103, 107 vd.
- Wessing, Jürgen**, Die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten, Diss., Köln 1985, 16.



- Wolff, Heinrich Amedeus**, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, Berlin 1997, 25, 28-29.
- Yarsuvat, Duygun**, “Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi”, İÜSBFD, N.10, Ocak 1995, 98.
- Yenisey, Feridun**, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, AÜ.SBF.İnsan Hakları Merkezi Yayınları No.12, Seminer Yayın Dizisi No.3, 160-161.
- Yurtcan, Erdener**, Ceza Avukatının El Kitabı, 4.Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara (tarihsiz).
- Yüce, Turan Tufan**, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (I)”, AD LI, 11-12(Kasım-Aralık 1960), 1017 vd.
- Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011.
- Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

**CEZA MEVZUATINDA ÇOCUK VE  
ÇOCUKLARIN YAKALANMASI, GÖZALTINA ALINMASI**  
*(Child in Criminal Legislation Andchildren's  
Apprehension, Detention)*

**Berrin AKBULUT\***

**ÖZET**

Uluslararası sözleşmelerde ve hukukumuzda çocuk, 18 yaşını bitirmemiş kişi olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuk kavramı yer almaktadır. Bu kavramın hangi zaman diliminde çocuk olmayı ifade ettiği her kanun açısından farklı değerlendirilmelidir. Ceza hukukuna ait bir müessesede fiilin işlendiği zaman, ceza muhakemesine ilişkin bir hükümde ise işlemin yapıldığı zaman önemlidir. Bu çerçevede ortaya çıkan tartışmalar ve düzenlemedeki sorunlar çalışmamızda ifade edilmektedir.

Diğer belirtilen konu ise çocukların yakalanması ve gözaltına alınmasıdır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesi bu konudaki asıl düzenlemeyi oluşturmaktadır. 19. madde hükmü, 12 yaşından küçükler ile büyükler için farklı belirlemeler getirmiştir. Bu çalışmada 12 yaşından küçüklerle ilgili getirilen düzenlemenin ne şekilde yorumlanması gerektiği, hangi işlemlerin yapılabileceği ifade edilecek, gözaltına alınmalarının veya tutuklanmalarının kimlik tespiti amacıyla mümkün olup olmadığı ortaya konulacaktır. 12 yaşından büyüklerle ilgili ise yapılması gereken işlemlerin neler olduğu belirtilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Çocuk, Suçun işlendiği zaman, İşlemin yapıldığı zaman, Yakalama, Gözaltına alma, Tutuklama.

***Abstract***

In international treaties and in our law children are accepted as people who are under the age of 18. Within this framework; the concept of 'child' takes place in the Turkish Penal Code, in the Criminal Procedure Code and in the Child Protection Code. Implying being a child in which timeframe should be considered differently in terms of each code. The time of committing the

\* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

act is important in an establishment of Criminal Law, and taking legal action is important in Criminal Procedure Law. Debates and challenges in regulations within this scope are stated in our study.

Other defined issue is children being apprehended and detaining them. 19th article of apprehending, detaining and questioning regulation constitutes the essential regulation. The 19th article has brought different determinations for children younger or older than the age of twelve. In this study how the regulations brought about, how they should be interpreted related to children younger than the age of twelve, which legal actions can be taken will be expressed, whether if it is possible to detain or to arrest for the purpose of identification will be presented. And what procedures required for children over the age of twelve will be stated.

**Keywords:** Child, The time of committing crime, Time of taking legal action, Apprehending, Detaining, Arresting.

## GİRİŞ

Çocuklar korunması gereken varlıklar olarak yetişkinlerden farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır. Bu yönde düzenlemeler, Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve çocuklara ilişkin özel kanun olan Çocuk Koruma Kanunu'nda yer almaktadır. Bu kanunlardan TCK'da, ÇKK'da çocuk tanımı yapılmış ve çocuklara ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Ancak CMK'da çocuk kavramı tanımlanmamışsa da şüpheli veya sanık olan çocuklara, mağdur olan çocuklara ve tanık olan çocuklara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Her şeyden önce bu makaleyle bu üç kanunda geçen çocuk tabirinin neyi ifade ettiği, hangi zamanda çocuk olan kişilere ilgili hükümlerin uygulanacağı incelenecektir. Bu bağlamda da ilgili kanunlarda geçen ve özellik arzeden bazı hükümler uluslararası düzenlemeler de göz önüne alınarak irdelenecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda şüpheli veya sanık olan çocukların yakalanmalarına ve gözaltına alınmalarına ilişkin ayrı bir belirleme yer almamaktadır. Ancak ÇKK'da bazı düzenlemeler söz konusudur (m. 15, 16, 18). Yaş sınırı belirlenerek yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin yapılıp yapılamayacağı esas itibariyle Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede çocuklara yönelik yakalama ve gözaltı işlemleriyle ilgili özel belirlemeler ifade edilmiştir. Söz konusu belirlemelere doktrinde eleştiri yöneltildiği gibi, uygulamada da sorun bulunduğu gözlemlenmektedir. Belirtilen nedenlerle Yönetmeliğin ilgili hükmü açıklanmaya çalışılacaktır.

## I. GENEL OLARAK

19. yüzyılın ikinci yarısından sonra çocukluk dönemi, belirli bir zamanla sınırlı sosyal dönem ve bunun sonucunda da bazı bilim dallarında farklı bir kategori olarak kabul edilmiştir. Bu durum çocukların konumunun değişmesi, haklarının

yeniden tanımlanması, uyum ve yeniden uyum projelerinin denenmesi ve yaygınlaştırılması sonucunu getirmiştir<sup>1</sup>. Politikanın yeni kategorisi olarak gençlik politikası kavramı kullanılmaya başlanmış, gerekçe olarak da gençleri, ceza adaleti sistemi de dahil yetişkin dünyasının kötüleştiren etkilerinden korumak düşüncesi olduğu ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Çocukluk konusunda yaşanan bu gelişmeler doğal olarak ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda etkili olduğu gibi, çocuklara ilişkin ayrı bir kanun yapma yoluna da götürmüştür. Yaşın cezai sorumluluk üzerindeki etkisi eski hukuk sistemlerinde de kabul edilmekle beraber<sup>3</sup>, 20. yüzyılın başlarından itibaren çocuk mahkemelerinin kurulması<sup>4</sup>, özel hükümlerin getirilmesi gibi noktalarda düzenlemeler yapılmış<sup>5</sup> ve çocuk ceza hukuku ortaya çıkmıştır. Uluslararası alanda da çocukların korunmasına ilişkin sözleşmeler yapılmıştır<sup>6</sup>. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi konumuz açısından önem taşıyan bir düzenlemedir<sup>7</sup>. Yine Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi de çocuk haklarını korumak için kabul edilmiştir. Bunun dışında Birleşmiş Milletler Pekin, Riyad, Havana Kuralları da bulunmaktadır. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde de çocuklara ilişkin hükümler bulunmaktadır (m. 5/1-d, 6/1).

Bugün gelinen noktada çocuklara ve hatta gençlere<sup>8</sup> yetişkinlerden ayrı davra-

<sup>1</sup> Tekin, Uğur, "Ceza Yargılamasında Avrupa'daki Yeni Uygulamalar", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 487. Ayrıca bkz.: Albrecht, Hans-Jörg, (Çev.: Selman Dursun), "Almanya'da Gençlik Adaleti", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 533.

<sup>2</sup> Albrecht, s. 533.

<sup>3</sup> Eski devirlerde yaşın ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi için bkz.: Şensoy, Naci, "Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri", İÜHFİM, 1949, C. XV, S. 2-3, s. 575 vd. Çocuk suçluluğu için ayrıca bkz.: Şensoy, Naci, "Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri", İÜHFİM, 1949, C. XV, S. 1, s. 95 vd.

<sup>4</sup> Bir dizi Avrupa ülkesinde gerçekleşmiştir: Tekin, s. 487. İlk çocuk mahkemesi 1899'da Amerika'da kurulmuştur. Bkz.: Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 363, dipnot 67.

<sup>5</sup> Türkiye'de çocukları yargılayacak özel mahkemelerin kurulması ve çocuklara özgü hükümlerin öngörülmesi konusunda ilk adımlar 1945 yılında atılmış (Centel-Zafer-Çakmut, s. 364, dipnot 70; Kunter, Nurullah, "Suçlu Çocuklar ve Çocuk Mahkemeleri Kanunu Nasıl Olmalı", İÜHFİM, 1949, C. XV, S. 1, s. 55) ancak bu yöndeki Kanun 07.11.1979 tarihinde Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun adıyla kabul edilmiş, Kanun'un yürürlüğe girişi ise 1 Haziran 1982 olarak kabul edilmiştir (m. 46). 1945 yılında hazırlanan tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için Kunter, s.58 vd.

<sup>6</sup> Milletler Cemiyeti zamanında da bu noktada çalışmalar yapılmaktaydı. Milletler Cemiyeti tarafından dünyadaki çocuk mahkemeleri incelenmiş ve bu incelemenin sonunda çocuk mahkemelerinde uygulanabilecek esaslar adlı bir eser yayınlanmıştır. Bu esere göre çocuk hakkında yalnızca işlenen suçta ve çocuğun temyiz kudretine bakılmayacak, çocuğun kişiliği üzerinde ve suçta iten nedenlere de bakılacaktır. Tedbir alınırken özel önlemeyi gerçekleştirecek tedbir alınması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz.: Kunter, s. 61.

<sup>7</sup> Türkiye bu sözleşmeyi 14.09.1990 tarihinde imzalamış, 09.12.1994 tarihinde kabul etmiş, Sözleşme, 11.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>8</sup> Çocuk ve genç terimleri doktrinde farklı yaş gruplarıyla bağlantılı olarak da ifade edilmektedir. Bazı yazarlar 12 yaşını bitirmemiş olanlara çocuk, 12-15 yaş grubu arasında bulunanlara küçük, 15-18

nılması gerektiği<sup>9</sup> kabul edilmekte<sup>10</sup>, ceza tehdidi ve ceza hukukunun çocukların suç işlemesini engellemediği ifade edilmekte<sup>11</sup>, çocukların işlediği bazı suçlarda (ceza sorumluluğu kabul edilmekle birlikte) mümkün olduğunca adli kovuşturma yoluna gidilmeksizin şekli olmayan yoldan çözüm mekanizmalarının uygulanması esası benimsenmektedir<sup>12</sup>. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesinde (3/b), "Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması" noktasında taraf devletlerin çaba göstereceği ifade edilmektedir. Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)'nın 11.1 ve devamında da uygun/gerekli olduğu takdirde çocuklar hakkında resmi yargılamaya başvurmaksızın meşgul olunmasının düşünüleceği, yetkili mercilerin bu konuda yetkilendirilmiş olacağı ifade edilmektedir. Hatta bu kurallara göre yönlendirmenin önemsiz vakalarla sınırlandırılması gerekmemektedir<sup>13</sup>. Bu çerçevede cüzi sorumluluk ve ceza indirimi yerine, şekli olmayan, kısmen sosyal kurumlara dayanan önlemlere ilişkin kendine özgü çocuk ceza hukukundan bahsedilmektedir<sup>14</sup>. Çocuk ceza hukuku, suç işleyen çocuk açısından eğitimi ve ıslahını hedeflemektedir<sup>15</sup>. Nitekim Çocuk Haklarına Dair

---

yaş grubundakilere ise genç denmesi gerektiğini belirtmektedirler: Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 244. Bazı yazarlar ise mülga kanun dönemindeki düzenlemeyle bağlantılı olarak 11 yaşından küçükleri çocuk olarak, 11-15 yaş grubundaki çocukları ise genç olarak isimlendirmeyi tercih etmektedirler: Özgenç, İzzet, "Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü", Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 262, 263.

- <sup>9</sup> Almanya'da 21 yaşın altındakilerin gençlik ceza hukukuna dahil edilip edilmemesi tartışılmaktadır. Doktrinde çoğunluk görüşü, 21 yaşın altındakilerin tamamen gençlik ceza hukukuna dahil edilmesini savunmaktadır. Bkz.: Paul, Andreas, (Çev.: Ali Kemal Yıldız), "Gençlik Ceza Hukukundaki Yaş Basamaklarının Reformu", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 379 vd.
- <sup>10</sup> Türk hukukunda çocuk kavramı 18 yaşından küçükler için kabul edildiğinden genç kavramı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (m. 12, 23, 29, 111) 18 yaşını bitirmiş 21 yaşını doldurmamış genç hükümlüler için kullanılmaktadır.
- <sup>11</sup> Bkz.: Heinz, Wolfgang, (Çev.: Mustafa Ruhan Erdem), "Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza Yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 274. Yapılan uzun süreli araştırmalarda cezanın ve ıslah evlerinin çocuğun ıslahını sağlamadığı, bilakis erken yaşta hürriyeti bağlayıcı ceza verilen çocukların diğer çocuklara oranla yetişkinen daha kolay suç işledikleri ve cezaevlerine girdikleri ve bunda da erken yaşta kapalı yerde kalmanın etken olduğu ortaya çıkmıştır. Bkz.: Tekin, s. 491.
- <sup>12</sup> Tekin, s. 487.
- <sup>13</sup> Metin için bkz.: Gemalmaz, Mehmet Semih, "40/33. Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 49 vd. Bundan sonra bu kurallarla ilgili atıf yapılmayıp belirtilen esere kaynak olarak bakılmalıdır.
- <sup>14</sup> Kreuzer, Arthur, (Çev.: Yener Ünver), "Alman Gençlik Ceza Hukuku Hala Çağdaş mıdır", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 102.
- <sup>15</sup> Albrecht, s. 542; Centel, Nur, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 35.

Sözleşme'nin 40. maddesinde "Taraf Devletler hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları gözönünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler" hükmü yer almaktadır. Eğitim amacı mevcut düzenlemeler nedeniyle tartışılrsa da doktrinde çoğunluk görüşü tarafından kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Çocuk ceza hukukunda ceza verilmesinde yegane amacın özel önleme olduğu kabul edilmekte ve suçlu çocuk üzerine odaklanılmaktadır. Suç ve onun ağırlığından ziyade, suçlu ve onun ihtiyaçları üzerinde durulmaktadır<sup>17</sup>. Ceza gerekli olduğu takdirde ve az olarak kabul edilmekte, mümkün olduğunca ceza dışında diğer önlemlerin ve müesseselerin çocuklara uygulanması kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Pekin Kuralları'nın Genel İlkeler (Kural 1.3) kısmında, hukuk çerçevesinde müdahalede bulunulması ihtiyacını azaltmak üzere, çocuğun esenliğini geliştirmek ve hukukla çatışan çocukla etkili, adil ve insani biçimde ilgilenilmesini sağlamak için mümkün bütün kaynakların tam olarak harekete geçirilmesini içeren pozitif önlemlerin alınmasına yeterli derecede dikkat edileceği ifade edilmektedir. Ceza verilen hallerde ise cezanın hukuki sonuçlarının uygulanmaması kabul edilmekte, infazda koşullu salıverilme açısından farklı esaslar getirilmekte, yetişkinlerden ayrı yerlerde bulunmaları benimsenmekte ve infaz politikası açısından yetişkinlerden ayrı düzenlemeler getirilmektedir. Yine adli sicil kayıtları açısından da farklı belirlemeler yapılmaktadır<sup>19</sup>. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme de (m. 40/3), taraf devletlerin hakkında ceza kanununu ihlâl ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edeceklerini düzenlemektedir.

Suç işlemiş olduğu sabit olanlar için bile hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması mümkün olduğunca kabul edilmezken, henüz soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan çocuk hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı koruma tedbirlerine başvurulmasında da ayırıcı belirlemeler yapılmakta, yetişkinlere göre sınırlamalar kabul edilmekte ve çocuğu korumaya yönelik düzenlemelere gidilmektedir. Adaletin sağlanmasından ziyade çocuğun korunması hedeflenmektedir. Pekin Kuralları'nda (5.1), küçükler için adalet sisteminde, küçüklerin esenliğinin teminine vurgu yapılacağı ifade edilmektedir.

<sup>16</sup> Bkz.: Kreuzer, s. 97 vd.

<sup>17</sup> Albrecht, s. 541. Ayrıca bkz.: Yenisey, Feridun, "Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler", *Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, Ankara 2005, s. 19, 20, 21.

<sup>18</sup> Tekin, s. 487; Kreuzer, s. 102.

<sup>19</sup> Adli Sicil Kanunumuzda sicil ve arşiv kayıtlarının verilmesiyle ilgili sınırlama getirilmiş, ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere cumhuriyet başsavcılıkları, hakim ve mahkemeler tarafından istenebileceği belirtilmiş olmakla birlikte (m. 10/3) silinmesiyle ilgili yetişkinlerden farklı düzenleme getirilmemiştir (m. 12). Bu yönden çocuklara ilişkin arşiv kayıtlarının silinmesi açısından özel belirleme getirilmemesinin bir eksiklik olduğuna ifade etmek istiyoruz.

Çocuğun ceza sorumluluğunun kabul edilmesi ve uygulanacak hükümler açısından yaş sınırlaması ve yaş grupları kabul edilmektedir. Uluslararası sözleşmelerde 18 yaşından küçükler çocuk olarak kabul edilmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde daha erken yaşta reşit olma durumu hariç 18 yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı düzenlenmektedir. Ceza sorumluluk yaşı açısından ise Sözleşme (m. 40/3-a), ceza kanununu ihlâl konusunda asgari bir yaş sınırının belirlenmesine ve bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığı kabul edilmesine devletlerin çaba göstereceklerini ifade etmektedir. Pekin Kuralları'nda ise, ceza sorumluluğu yaşı kavramını tanıyan hukuk sistemlerinde, yaşı başlangıcı noktasında çocukların duygusal, zihinsel ve entellektüel erginlik durumları akılda tutularak çok düşük yaş düzeyinin tespit edilmeyeceği belirtilmektedir. Yine Havana Kuralları'nda ise 18 yaşından küçük herkesin çocuk sayılacağı ifade edilmektedir (11.a). Ülkelere bakıldığında ceza sorumluluk yaşı açısından farklı belirlemelerin yapıldığı görülmektedir<sup>20</sup>. 15, 16 yaş belirleme yapan ülkeler bulunduğu gibi, 7, 10 gibi belirleme yapan ülkeler de bulunmaktadır. Ancak Avrupa ülkelerine bakıldığında hürriyeti bağlayıcı ceza verme yaşının genel olarak 14 yaş ve daha yukarı yaş olduğu görülmektedir. Çocuk ceza kanununun uygulanması açısından ise 18 yaş sınırı benimsendiği gibi 21 yaş gibi daha üst sınır da belirlenmektedir. Zaman içinde ceza sorumluluk yaşı ve hürriyeti bağlayıcı ceza verme yaşı açısından sınırın yükseltildiği görülmektedir<sup>21</sup>.

## II. KANUNLARDA ÇOCUK KAVRAMI

### A. Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk

#### 1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk olduğu düzenlenmektedir. Bu düzenlemede, Ceza Kanunumuz açısından çocuğun evlenme veya diğer herhangi bir nedenle 18 yaşından önce ergin olup olmamasına ilişkin belirleme yapılmamıştır.

TCK'da 18 yaşından küçük herkesin çocuk olarak kabul edilmesi, cinsel dokunulmazlığa yönelik bazı suçlar açısından sorun ortaya çıkarmakta ve doktrinde tartışılmaktadır. Türk hukukunda evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınmış, ancak 18 yaşından küçük olan kişilere karşı eşleri dışında kimseler tarafından işlenen eylemler açısından çocukların cinsel istismarı suçunun işleneceği kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Yargıtay da verdiği kararda, 18 yaşından küçük ama evli olan kişiye

<sup>20</sup> Bkz.: Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2009, s. 485.

<sup>21</sup> Tüm bunlar için bkz.: Tekin, s. 488, 489, 492.

<sup>22</sup> Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan Erdem-Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2012, s. 333; Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 327.

karşı bir başkası tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturduğunu kabul etmektedir<sup>23</sup>. Evlenmeyle reşit olmuş, ancak 18 yaşından küçük kişiye karşı eşin cinsel istismar suçunun işlenip işlenemeyeceği, evlenme suretiyle reşit olan kişilerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olup olmayacağı noktasında tartışma bulunmaktadır.

Evlenmeyle reşit olmuş, fakat 18 yaşından küçük kişiye karşı eşinin cinsel istismar suçunu işleyip işleyemeyeceği noktasındaki bir görüş, zorlamaya dayalı cinsel ilişkilerin çocuk istismarı (TCK m.103) sayılacağını, zira 18 yaşını doldurmamış herkesin çocuk sayılacağını ifade etmektedir. Ancak suçun takibi için evli ve çocuk olan eşin şikayeti aranmayacaktır. Bu görüş, çocuk kavramını ÇKK'nın 3. maddesine göre belirlemektedir<sup>24</sup>. Diğer görüş, çocuk olan eşe karşı diğer eşin gerçekleştirdiği her türlü cinsel davranışın suç olarak kabul edilmesi gerektiği (TCK m.103) ve kovuşturmanın re'sen yapılacağını ifade etmektedir<sup>25</sup>. Diğer bir görüş ise, Medeni Kanun'daki şartlar çerçevesinde gerçekleştirilen bir evlilik söz konusuysa yaş kaç olursa olsun eş sıfatına sahiptir. Eş sıfatı ise, yaş kıstasını da kapsayan, ondan öncelikli uygulanması gereken bir kıstastır. Dolayısıyla evlenmeyle reşit olmuş kişiye eş tarafından gerçekleştirilen rıza dışı cinsel saldırılar TCK'nın 102. maddesi kapsamında cinsel saldırı suçunu oluşturur. Bu durumda suçun temel şeklinin de nitelikli şeklinin de takibi şikayete bağlıdır<sup>26</sup>. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin olmamakla beraber genel uygulamasının evli bile olsa 18 yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak kabul edilmesi yönünde olduğunu ifade edebiliriz<sup>27</sup>. Her şeyden önce belirlemenin ÇKK'ya göre değil, TCK'nın 6. maddesine (1-b) göre yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü TCK'da çocuk tanımı yapıldığına göre uygulama alanı kendi kanunu çerçevesinde olan ÇKK'ya gitmeye gerek bulunmamaktadır. TCK'da (m. 6) 18 yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak kabul edilmesi ve herhangi bir ayırıcı ifadeye yer verilmemesine rağmen, Medeni Kanun'dan kaynaklanan belirlemelerin Ceza Kanunu açısından da değer taşıyacağını düşünüyoruz. Medeni Kanun hükümlerine göre, reşit olarak kabul edilen, işlem yapabilen, evlenebilen (MK m. 9, 10, 11) ve cinsel gelişimine müdahale edilmediği kabul edilen (evlenmesine izin verildiği için) bir kişinin cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlarda çocuk olarak kabul edilmesinin doğru olmadığını ifade etmek istiyoruz. Bu nedenlerle evlenmeyle reşit olmuş kişiye karşı gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışların gerek eş, gerekse diğer kişiler tarafından yapılması halinde, unsurların oluşması şartıyla 102. maddenin

<sup>23</sup> 5. CD, 09.02.2010, E. 2009/13575, K. 2010/247.

<sup>24</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2010, s. 239, 249. ÇKK'nın 3. maddesinden yola çıkarak evli çocuklar bakımından da cinsel istismar suçunun oluşacağına ilişkin bkz.: Üzülmöz, İlhan, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", ErcÜHFĐD 2009, C. IV, S. 2, s. 30.

<sup>25</sup> Öztürk-Erdem-Önok, s. 335.

<sup>26</sup> Özbek-Kanbur- Doğan- Bacaksız-Tepe, Özel Hükümler, s. 338.

<sup>27</sup> Bkz.: 23. dipnottaki karar ve 5. CD, 17.05.2010, E. 2009/7972, K. 2010/3572 sayılı karar.



ihlal edildiğini düşünüyoruz. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme de (m.1) bu şekilde yorumu kabul etmektedir. TCK düzenlemesi daha geniş koruma sağlamakla birlikte, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne uygun yorum yapılmasını engellemektedir.

Diğer tartışılan nokta olan evlenmeyle rüştünü kazanan, ancak eşi dışında başka bir kişiyle cinsel birliktelik yaşayan kimsenin TCK'nın 104. maddesinde ifade edilen suçun mağduru olup olamayacağı noktasında ise, bir görüş buna olumlu cevap vermektedir. Bu görüşe göre, evlenen kişi yalnızca eşi bakımından evliliğin bütün sonuçları bakımından haklara ve yükümlülöklere tabi olmaktadır. Kanun, mağduru yaş itibarıyla belirlediğinden ve cinsel ilişki yalnızca evli olan eş (18 yaşından küçük) için hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğinden diğer kişilerle yaşanan cinsel birliktelikler suç oluşturacaktır<sup>28</sup>. Diğer görüş ise, TCK m. 104 reşit olmayanla cinsel ilişki başlığını taşıdığı için 18 yaşından küçük olmakla birlikte evlenmeyle reşit olan kişinin bu suçun mağduru olamayacağını belirtmektedir<sup>29</sup>. Biz evlenmeyle reşit olan kişi açısından cinsel saldırı suçlarında çocuk belirlemesinin doğru olmadığını benimsediğimizden, söz konusu kişinin bu suçun mağduru olamayacağını ifade etmek istiyoruz. Reşit olan kişinin rıza ile eşiyle cinsel birlikteliği suç teşkil etmezken, diğer kişilerle birlikteliğinin suç olarak kabul edilmesinin doğru olmayacağını düşünüyoruz. Reşit olan 18 yaşından küçükün, çocuğunun olması halinde sorumluluğunun kabul edildiği, eşiyle cinsel ilişkinin cinsel gelişimi açısından sorun oluşturmadığının benimsendiği bir durumun, rıza ile birlikte olduğu diğer kişi açısından da suç olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirtmek istiyoruz.

Ceza Kanunumuzda ifade edilen çocuk, her ne kadar tanımda belirtilmesi de fiilin gerçekleştirildiği esnada 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade etmektedir. Fiili işlediği esnada kişinin çocuk olması şartıyla ceza hukuku müesseselerinin uygulanmasında çocuk olarak kabul edilecek ve getirilen özel düzenlemeler uygulanacaktır. TCK m. 31'deki ceza indirimleri tatbik edilecek, kusur yeteneği olmayan çocukların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda dolaylı fail olan kişilerin cezası arttırılacak (m. 37/2), çocukların suça azmettirilmesi durumunda azmettirenin cezası arttırılacak (m. 38/2), m. 53'deki hak yoksunluğu tedbirleri uygulanmayacak (f. 4), verilen cezalar tekerrüre<sup>30</sup> esas olmayacak (m. 58/5), kısa süreli hapis cezası zorunlu olarak para cezası veya tedbire çevrilecek (m. 50/3), ertelemeye çocuklar için sınır 3 yıl veya daha az olarak geçerli olacak (m. 51/1), zamanaşımında

<sup>28</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız- Tepe, Özel Hükümler, s. 351. Aynı yönde Soyaslan, s. 240.

<sup>29</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s. 344.

<sup>30</sup> Yargıtay'a göre TCK'nın 58. maddesinde düzenlenen ve güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer alan tekerrür müessesesi, infaz hukukundan daha çok ceza hukukuna ait bir müessesedir. Bu nedenle infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi ise 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiştir: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.06.2011, E. 2011/9-88, K. 2011/116 (UYAP Mevzuat Programı).

yetişkinlerden farklı belirleme yapılacaktır (m. 66/f. 2, m. 68/f. 2). Çocuklara karşı bazı kişiler tarafından işlenen fiillerde zamanaşımının başlangıcı çocuğun 18 yaşını bitirdiği andan itibaren başlayacaktır (m. 66/f. 6).

Ceza Kanunumuzun özel hükümler kitabında yer alan düzenlemeler açısından da fiilin işlendiği zaman esas alınacaktır<sup>31</sup>. Yapılan bu belirlemeler hem fiili işleyen kişi açısından hem de mağdur açısından geçerlidir. Kanunda mağdurla ilgili bir yaş belirlemesi yapılmışsa veya çocuk ifadesi kullanılmışsa fiilin işlendiği esnada fiile maruz kalan kişinin yaşı veya çocuk olup olmaması önemli olacaktır. Örneğin, 103. maddenin 1/a fıkrasındaki 15 yaş belirlemesi açısından kişinin fiile maruz kaldığı anda 15 yaşını tamamlamamış olması gerekmektedir. Dolayısıyla ceza hukuku kapsamında olan konularla ilgili, kişinin fiilin işlendiği zaman çocuk olması veya aranan yaş kapsamında olması yeterli olup, yargılama esnasında kaç yaşında olduğu önem taşımayacaktır.

Ceza Kanunumuz 31. maddesinde 18 yaşına kadar yaştan ceza sorumluluğu üzerinde etkili olduğunu kabul etmiştir. 18 yaşın tamamlanmasından itibaren yaştan ceza sorumluluğu üzerinde etkisi kabul edilmemiştir. Ceza Kanunumuz 18 yaşına kadar dönem içerisinde 3 grup yaş küçüklüğünü kabul etmiştir. Birinci grup yaş küçüklüğü 12 yaşın tamamlanmasına kadar olan dönem, ikinci grup yaş küçüklüğü 12 yaşın tamamlanmasından 15 yaşın tamamlanmasına kadar olan dönem, üçüncü grup yaş küçüklüğü ise 15 yaşın tamamlanmasından 18 yaşın tamamlanmasına kadar olan dönemdir.

Çocuklara ilişkin hukukumuzda getirilen düzenlemeler çocuğun korunması niteliği taşıyan ve lehine olan hükümlerdir. Bir de Terörle Mücadele Kanunda yer verilen ve diğer çocuklara oranla söz konusu Kanunu'nda yer verilen suçları işleyen çocuklar hakkında aleyhe olan düzenlemeler bulunmaktaydı. TMK'nın 5, 9 ve 13. maddeleri bu niteliktedir. Bu düzenlemeler de doktrinde eleştirilmekteydi<sup>32</sup>. 5. madde, TMK kapsamına giren suçları işleyenler hakkında cezaların arttırılması niteliğini taşıyan bir düzenlemedir. Çocuklar açısından bir istisna getirilmemişti. 22.07.2012 tarihinde 6008 sayılı Kanunla 5. madde hükmünün çocuklar hakkında uygulanmayacağı kabul edilmiştir. 9. madde düzenlemesi, 15 yaşını bitirmiş olan

<sup>31</sup> Fiilin işlendiği zaman için bkz.: Akbulut, Berrin, Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara 2010, s. 140 vd.

<sup>32</sup> Eleştiriler için bkz.: Akbulut, Berrin, "5739 Sayılı Kanun Değişikliğinin TCK'nın 50. Maddesiyle İlgili Getirdikleri", Editör Prof. Dr. Adem Sözüer, Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey (26 Mayıs-4 Haziran 2010), C. II/Volume II, İstanbul 2013, s. 1884, 1885 (13. madde eleştirisi için); "Çocuk ve Terör Suçları", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S.6, s. 16 vd.(tüm maddeler için). Ayrıca TCK'nın 220. madde (f. 4, 6) düzenlemesi ve TMK'nın 2, 3 ve 4. madde hükümleri de eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için son esere ve aynı sayfalara bakınız. Ancak söz konusu maddelerden TMK m. 2/2 ile TCK m. 220/6'da 6352 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır.

çocukların TMK'nın kapsamına giren suçları işlemeleri halinde yargılamalarının CMK'nın 250. maddesinde belirtilen özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yapılacağını düzenlemekteydi. Bu düzenleme daha sonra da ifade edeceğimiz gibi 6008 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer düzenleme olan 13. madde ise TMK'nın kapsamına giren suçlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilemeyeceği, hapis cezalarının seçenek tedbirlere çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceğini ifade etmekteydi. Ancak bu hükmün 15 yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında geçerli olmayacağı dolayısıyla da 15 yaşını bitirmiş çocuklarla ilgili olarak uygulanacağı ifade edilmekteydi. 13. madde düzenlemesi önce 6008 sayılı Kanunla değiştirilerek 18 yaşını bitirmemiş tüm çocuklar hakkında istisnaların uygulanması engellenmiş, daha sonra da 6352 sayılı Kanunla tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

Şimdi TCK'nın 31. maddesinde yer verilen çocuk grupları incelenecektir.

## 2. 12 Yaşını Tamamlamamış Çocuklar

Bu yaş grubunda bulunan çocukların fiilleri haksızlık, dolayısıyla suç teşkil etmesine rağmen ceza sorumlulukları kabul edilmemiştir. 31. maddenin 1. fıkrasında, 12 yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluklarının bulunmadığı, bu kişiler hakkında ceza kovuşturmasının yapılamayacağı, ancak çocuklara ilişkin güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir. Böylece Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Kuralları doğrultusunda ceza sorumluluğu açısından asgari yaş sınırı belirlenmiş ve bu yaşın altındakilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir.

Ceza Kanunumuzun 31. maddesindeki düzenlemeden 12 yaşını doldurmayan çocuklarla ilgili yaşın kusur yeteneği üzerinde etkisinin araştırılmayacağı, fiili işlediği esnada 12 yaşından küçük olmak şartıyla ceza (hürriyeti bağlayıcı ceza ve/veya adli para cezası) verilmesinin söz konusu olmayacağı ortaya çıkmaktadır. Kanun tarafından bu yaş grubuna giren çocukların kusur yeteneklerinin bulunmadığı mutlak şekilde kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Aslında bu yaş grubunda bulunan çocuklar da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahiptir<sup>34</sup>. Ancak kanun koyucu bunun araştırılmasını istememiş, ceza sorumluluklarının bulunmadığını kesin olarak kabul etmiştir. Çocuk Koruma

<sup>33</sup> Gerekçede bu husus ifade edilmektedir. Ayrıca bkz.: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, s. 370; Öztürk-Erdem, s. 244, 245; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 304; Hans Heinrich, Jescheck-Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Berlin 1996, s. 434. Ancak doktrinde kusurluluğun mutlak surette olmadığı söylenemeyeceği, isnat yeteneğinin yokluğundan dolayı faile ceza verilmediği ifade edilmektedir: Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 414.

<sup>34</sup> Özgenç, Kusur Yargısı, s. 262, 263; Paul, s. 377.

Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (Uygulama Yönetmeliği)<sup>35</sup> 20. maddesinde de bu çocuklara ilişkin kusur yeteneğinin araştırılmasına ilişkin belirleme yapılmayarak TCK'daki hükme uygun düzenleme getirilmiştir.

Ceza Kanunumuzun 31. maddesinin 1. fıkrasındaki ceza kovuşturmasının yapılamaması ifadesinden 12 yaşından küçük olmanın bir dava şartı olduğu<sup>36</sup>, eğer yanlışlıkla dava açılabilir davaya devam edilemeyeceği, düşme kararının verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>37</sup>. Dolayısıyla bu yaş grubu içinde bulunan çocuklarla ilgili CMK'nın 223. maddede ifade edilen ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesinin söz konusu olmadığını düşünüyoruz<sup>38</sup>. Kovuşturma yapılamayacağı ifadesinden ve haklarında güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu olabileceğinden bu yaş grubundaki çocuklarla ilgili soruşturma yapılacağı<sup>39</sup>, şüpheli olacağı anlaşılmaktadır<sup>40</sup>. Ayrıca suça sürüklenen çocuk olarak hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması açısından suçu işlediğinin tespit edilmiş olması veya en azından yeterli şüphe derecesinde bir şüphenin bulunması gerektiğinden<sup>41</sup>, soruşturma yapmadan ve delil toplamadan suç işlemesi nedeniyle güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla bu kişiler hakkında soruşturma işlemleri yapılacak

<sup>35</sup> Bu yönetmelik bundan sonra Uygulama Yönetmeliği olarak zikredilecektir

<sup>36</sup> Dava şartı olduğuna ilişkin olarak bkz.: Perron, Walter, in Schönke, Adolf-Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, mitkommentiert von Lenckner, Theodor-Cramer, Peter-Stree, Walter, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin-Heine, Günter-Perron, Walter- Sternberg Lieben, Detlev-Eisele, Jörg-Bosch, Nikolaus-Hecker, Bernd-Kinzig, Jörg, unter Mitarbeit von Schittenhelm, Ulrike, München 2010, § 19, kn. 5; Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, § 19, kn.19; Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 133.

<sup>37</sup> Yargıtay'da bu yönde belirleme yapmaktadır: 6. CD, 16.02.2011, E. 2009/18224, K. 2011/1289.

<sup>38</sup> Aksı belirleme için bkz.: Centel, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2010, s. 590.

<sup>39</sup> Doktrinde 31. maddede ceza kovuşturması yapılamaz ifadesine yer verilmesinin soruşturma yapılacağı sonucunu doğuracağı, dolayısıyla ceza sorumluluğu olmayan çocukların ifadelerinin alınabileceği, oysa bu yaştaki çocukların ifadelerinin alınamayacağı (yönetmelik hükmü gerekçe gösterilerek) belirtilerek, 12 yaşından küçüklerle ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma yapılamaz şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir: Yokuş Sevük, Handan, "Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesi'nin Değerlendirilmesi", TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004, s. 187, 188.

<sup>40</sup> Ancak doktrinde bu yaştaki çocuklarla ilgili olarak kovuşturma yapmaksızın güvenlik tedbirinin uygulanmasının mümkün olmadığı, güvenlik tedbiri uygulanıyorsa kovuşturma yapılmış olduğunu, bunun da güvenlik kovuşturması olduğu ifade edilmektedir: Hafızoğulları-Özen, s. 414.

<sup>41</sup> Yeterli şüpheyi, ceza muhakemesinde soruşturma evresinde bazı müesseselerin (önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, Cumhuriyet savcısının kamu davası açmak konusunda takdir yetkisi) uygulanması açısından aranan şüphe olduğu (bkz.: Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 27) ve bu yaştaki çocuklar için uygulanan güvenlik tedbirleri de kovuşturma açılmadan uygulanacağı için ifade etmekteyiz.

ve delil toplanacaktır<sup>42</sup>. Nitekim ÇKK'nın 15. maddesinde suça sürüklenen çocuk hakkında soruşturma yapılacağı ve soruşturmanın çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. 12 yaşından küçüklere ilişkin soruşturma yapılacağına ilişkin belirleme açıkça Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte ifade edilmektedir. Soruşturma başlıklı 5. maddesinin 10. bendinde, fiili işlediği sırada oniki yaşından küçük çocukların işledikleri iddia olunan suçlara dair delillerin toplanması veya başka fail ya da faillerin bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkin olarak yukarıdaki esaslar dahilinde soruşturma yapılabilir hükmünü içermektedir.

Cumhuriyet savcısı gerekli görüldüğünde çocuk hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin (m. 11, 5) uygulanmasını çocuk hakiminden isteyebilecektir (3. fıkra). Burada da gerekli görüldüğünde ibaresi kullanılarak 31. maddeye uygun belirleme yapılmıştır. Tedbirlerin uygulanmasının talep edilmesinde çocuğun durumu, yaşı, işlenen suç ve çocuğun esenliği göz önünde tutulacaktır (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 40/son). Çocuk Koruma Kanunu'nda tedbir kararı verilmeden önce sosyal inceleme yaptırılabilmesi düzenlenmiş, çocuğun kişisel şartlarının değerlendirilmesi zorunlu görülmemiştir (m. 7/2). Oysa Pekin Kuralları'nda (16), hafif suçlarla ilgili olanlar hariç, bütün vakalarda yetkili makamın nihai tespitte bulunmasından önce sosyal incelemenin yaptırılması öngörülmektedir. Ayrıca amaç başlığı taşıyan 5. kuralında çocuğa gösterilen tepkinin hem suçluların hem de suçun şartlarıyla orantılı olmasının güvence altına alınması istenmektedir. Yine Kural 17'de tepkinin çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçlarıyla da orantılı olması gerektiği ifade edilmektedir. Çocuğun yarar ve esenliğinin de gözetilmesi gerektiğinden sosyal inceleme yaptırılmadan çocuklara ilişkin orantılılığın ve esenliğin sağlanamayacağı ifade edilmelidir. Dolayısıyla 18 yaşından küçük tüm çocuklarda sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olması gerekmektedir<sup>43</sup>. Sosyal inceleme yaptırılması ÇKK'da da sadece tedbir kararının verilmesiyle ilgili olarak kabul edilmiş, 18 yaşından küçük olan tüm çocuklarla ilgili olarak mahkemelerin, çocuk hâkimlerinin veya Cumhuriyet savcılarının gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılacağı şeklinde 35. maddede genel olarak düzenlenmiştir<sup>44</sup>. Nitekim doktrinde sosyal inceleme raporlarının 12-15

<sup>42</sup> Ceza kovuşturması yapılmadan ve dolayısıyla suçu işlediği tespit edilmeden çocuklar hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasının masumiyet karinesine ve güvenlik tedbirlerinin temel neden ve gerekçesine aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz.: Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, 2006, Y. 1, S.1, s. 64.

<sup>43</sup> Zorunlu olmasına ilişkin olarak bkz.: Yenisey, Genç Ceza Hukuku, s. 46; Yokuş Sevik, Handan, "Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 634.

<sup>44</sup> Ayrıca 35. maddede, derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal incelemenin daha sonra da yaptırılabilmesi, mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesinin kararda gösterilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.

yaşındaki çocuklar ve 15-18 yaş grubu ceza sorumluluğu olan çocuklar hakkında da alınabileceği, bu raporların ceza sorumluluğu söz konusu olan çocuklar (15-18 yaşlar arası dahil) hakkında uygulanması mümkün bulunan cezaların bireyselleştirilmesi, seçenek yaptırımların tercihinde TCK m. 61, kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesinde TCK m. 50, takdiri indirim nedenlerinden yararlandırılmalarında TCK m. 62, hapis cezasının ertelenmesinde TCK m. 51, kamu davasının açılmasının ertelenmesinde CMK m. 171, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında CMK m. 231 göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir<sup>45</sup>.

Güvenlik tedbirlerinin amacının, çocuğun korunması ve eğitilmesine yönelik olduğu belirtilmektedir<sup>46</sup>. ÇKK'nın 4/1-h maddesinde, kararların alınması ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi temel ilkesinin gözetileceği ifade edilmektedir. Bu yönden Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümlerine uygun belirleme yapılmıştır. Tedbirlerin uygulanmasına çocuk hakimi karar verecektir. 31. madde düzenlemesi nedeniyle 12 yaşını doldurmamış çocuklar sanık olamayacaklar, dolayısıyla mahkemeler tarafından yargılanamayacaklardır. Madde gerekçesinde kovuşturma işlemlerinin yapılmasının çocukların psikolojik gelişimleri üzerinde olumsuz etkiler meydana getirebilmekte olduğu ifadeleriyle belirtilmiştir.

### 3. 12-15 Yaş Grubu Çocuklar

Ceza Kanunumuzun 31. maddesinin 2. fıkrasına göre, 12-15 yaş grubunda bulunan çocukların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumlulukları bulunmamaktadır. Ancak çocuklara ilişkin güvenlik tedbirlerinin uygulanması zorunludur. Kanun koyucu kusur yeteneği olmayan 12-15 yaş grubu çocuklar hakkında 12 yaşını tamamlamamış olanlardaki gibi kovuşturma yapılamayacağına ilişkin sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla bu çocuklar hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılacak, dolayısıyla şüpheli ve sanık olabilecekler, ancak haklarında ceza verilemeyecek, CMK'nın 223. maddesi gereğince kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmedilecektir<sup>47</sup>. Güvenlik tedbirleri çocuk mahkemesi tarafından verilebilecek ve bu tedbirlerin verilmesiyle ilgili 12 yaşından küçük olanlarla ilgili yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır.

<sup>45</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, s. 373, 376.

<sup>46</sup> Amacın çocuğu içinde bulunduğu tehlikeli ortamdan uzaklaştırmak ve çocuğun meydana getirdiği tehlikeliliği ortadan kaldırmak olduğuna ilişkin olarak bkz.: Koca-Üzülmez, s. 329.

<sup>47</sup> Nitekim Yargıtay bu yaş grubundaki çocuklarla ilgili olarak Cumhuriyet savcılarının kovuşturmayaya yer olmadığı kararını veremeyeceklerini, iddianame düzenlemeleri gerektiğini, tedbirin de mahkeme tarafından verileceğini kabul etmektedir: Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 22.12.2011, E. 2011/8130 K. 2011/30619, (UYAP Mevzuat Programı).

TCK'nın 31. maddesinde 12-15 yaş grubu arasında bulunup da kusur yeteneği bulunanlar hakkında ise ceza sorumluluğu kabul edilmekte ve cezada indirime gidilmesi gerektiği öngörülmektedir. Bu belirlemenin ÇKK'nın 4. maddesinin i bendine aykırı olduğu haklı olarak belirtilmektedir. Zira bu bentte hapis cezasına son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmesine rağmen TCK'da zorunlu ceza indirimi kabul edilmekte tedbir uygulanmasına yer verilmemektedir<sup>48</sup>. Ceza Kanunumuzdaki belirleme ÇKK'ya aykırı olduğu gibi Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye de aykırıdır. Sözleşme'nin 37. maddesinin b bendi, tutuklama ve alıkonulmanın dışında çocukların hapsinin de yasa gereği olmasını ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülmesini düzenlemekte ve bunu taraf devletlerin sağlamasını zorunlu olarak kabul etmektedir. Oysa kanunumuzda ceza verilmesi indirilmiş de olsa zorunlu olarak uygulanmak durumundadır. Yine Pekin Kuralları'nda (17.1) küçüğün kişi özgürlüğündeki kısıtlamaların ancak çok dikkatli bir değerlendirme yapıldıktan sonra kararlaştırılması ve mümkün olan asgari düzeyle sınırlı tutulması ifade edilmektedir. Aynı zamanda kişi özgürlüğünden yoksun bırakma kararının belirli haller dışında verilemeyeceği belirlemesi yer almaktadır<sup>49</sup>. Dolayısıyla hem Sözleşme hükümleri gereğince hem de ÇKK gereğince cezaya son çare olarak başvurmamız gerekiyor.

Yapılması gereken öncelikle alternatif yöntemlerle (uzlaşma, kamu davasının ertelenmesi gibi) çocuğu yargılamamak gerekir. Aslında bu alternatif yöntemlerin de yeterli olmadığını ifade etmemiz gerekir. Soruşturma aşamasında tedbir olarak başka alternatif imkanların da tanınması gerekir. Hatta bu aşamada çocuk hakiminin devrede olması gerekir. Adli kovuşturma yoluna gitmeksizin önlemlerin alınması konusunda hakime yetki tanınmalıdır. Çocuk suçları hakkında savcıya dava açıp açmama noktasında takdir yetkisinin verilmesi ve mecburilik sisteminin istisnalarının artırılması, çocuklarla ilgili karar verecek hakimlerin tedbir, alternatif müeyyide uygulama noktasında takdir yetkisinin genişletilmesi ve cezanın son çare olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir<sup>50</sup>. Tedbirlerle sonuca ulaşıldığında çocuk hakkında dava açılmamalıdır. Örneğin Avusturya hukukunda, çocuk hakiminin önce alternatif bulmaya çalışması, alternatif işe yaramaz ise çocuğun yargılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu da zorunlu olarak öngörülmektedir. Bu sistemin işe yaradığı, bu sayede çocuğun yaptığıının farkına vardığı, yaptığıının sorumluluğunu almayı öğrendiği, tekrar suç işlemesinin çok çok azaldığı ifade edilmektedir. Üzerinde durulan şeyin, yaptığıının farkına varmadan olaydan kurtulmasına izin vermemek olduğu ifade edilmektedir. Çocuğa verilen karşılığın işlediği su-

<sup>48</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 490, 491.

<sup>49</sup> C bendi, "Küçüğün başka bir kişiye karşı şiddet kullanılmasını içeren ağır bir eylemden ya da ağır nitelikli başka suçları tekerrür halinde işlemekten ötürü mahkum edilmiş olması ve işlenen eyleme uygun bir karşılık verme imkanının bulunmaması hali dışında, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma kararı verilemeyecektir".

<sup>50</sup> Yenisey, Genç Ceza Hukuku, s. 45; Centel, Çocuk ve Genç, s. 36.

çün büyüklüğü veya küçüklüğüne göre belirlendiği, ancak tepkinin derhal verilmesi gerektiği, zaman kısıtlamasının oldukça kısa olduğu dile getirilmektedir<sup>51</sup>.

Çocuklar hakkında uygulanması söz konusu olan ve ÇKK'da (m. 5) ifade edilen tedbirlerin de yeterli olmadığının belirtilmesi gerekir. Tedbirlerin suça sürüklenen çocuk ile korunmaya ihtiyacı olan çocuk için müşterek düzenlenmesi de yerinde değildir. Tedbirlerin ceza sorumluluğu kabul edilen çocuklar da göz önüne alınarak yeniden düzenlenmesi, çocuk hakimine dava açılmadan çocuğu göz önünde tutarak çocuğun eğitilmesine, ıslahına yönelik tedbir uygulama imkanının verilmesi gerekir. Ayrıca bu tedbirler arasında Almanya'da olduğu gibi öncelik sonralık ilişkisi kurulabilir, belirli tedbirlerin yetersiz kaldığı veya kalacağı durumlarda ikinci aşamada tedbirlerin uygulanması söz konusu olabilir (JGG m. 5/2). Tedbirlerin işe yaramadığı durumlarda da dava açılması imkanın tanınması ya da baştan işe yaramayacağını anlaşıldığı hallerde davanın açılarak cezanın doğrudan uygulanmasının kabul edilmesi (Alman Gençlik Mahkemesi Kanunu'nda kusurun ağırlığından dolayı cezanın verilmesinin kaçınılmaz olması şeklinde düzenlemeye yer verilmektedir: JGG m. 17/2) şeklinde düzenleme yapılması gerekir<sup>52</sup>. Bu, taraf olduğumuz Sözleşme'nin bir gereğidir ve buna uygun düzenlemeye gidilmesi zorunludur. Nitekim doktrinde çocuğun kişilik yapısını göz önünde bulundurularak ceza yerine tedbir uygulama imkanının tanınması yönünde düzenleme getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Sadece cezalandırmaya yönelik bir sistemin artık Avrupa'da kalmadığı, bir hiyerarşinin (koruma, önleme, cezalandırma) bulunduğu, sadece cezalandırıcı bakış açısıyla çocuğa yaklaşmanın geri bir adım olduğu, tedbirlerin sadece ceza sorumluluğu olmayan çocuklar için değil aynı zamanda ceza sorumluluğu olan çocuklar için de uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği, hem cezanın hem de tedbirin birlikte uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Ancak TCK'nın 31. maddede düzenlemesinde ceza sorumluluğu olan çocuklara tedbir uygulanacağına ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte ceza sorumluluğu olan çocuklar hakkında da mahkemenin sosyal inceleme yaptırarak ceza yerine güvenlik tedbirine hükmedebilmesinin mümkün olması gerekir<sup>55</sup>. Ceza hukukunda lehe olmak şartıyla kıyası kabul ettiğimizden<sup>56</sup> ve ayrıca sözleşme hükümleri bağlayıcı olduğundan bu şekildeki bir belirlemenin uygulanması mümkün görülmelidir.

<sup>51</sup> Bkz.: Winter, Renate, "Avusturya Sistemi", Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 117-119.

<sup>52</sup> Almanya'daki çocuklara ilişkin belirlemeler için bkz.: Özaydın, Özdem, "Türk-Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S. 5, s. 49 vd. ; Plagemann, Gottfried, "Türk ve Alman Hukukuna Göre Çocukların Eğitimi ve Korunması", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 1, S. 2, s. 17 vd.

<sup>53</sup> Centel, Çocuk ve Genç, s. 35, 36.

<sup>54</sup> Winter, Renate, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 40.

<sup>55</sup> Bkz.: Zafer, Hamide, "Küçük/Genç Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturmasının Özellikleri", Prof.Dr. Ayferi Göze'ye Armağan, İstanbul 2004, s. 342; Centel-Zafer-Çakmut, s. 363.

<sup>56</sup> Akbulut, Kabahat, s. 113 vd.



Bu çerçevede belirtmek istediğimiz bir konu da tedbir uygulanırken çocuğun göz önüne alınması ve çocuğa (yaşı da dikkate alınarak) bu konuda karar verme imkanının tanınması gerekiyor. Her ne kadar tedbir olmamakla beraber Ceza Muhakemesi Kanunumuzun uzlaşmaya ilişkin 253. maddesinin eleştirilmesi gerekir. Söz konusu maddenin 4. fıkrasında şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır hükmü yer almaktadır. Kanuni temsilcilerin işin içinde olması hukuken gerekli olmakla ve edimin yerine getirilmesiyle ilgili maddi zararın karşılanması da söz konusu olmakla<sup>57</sup> birlikte tek başına çocuk olmadan yeterli olmamalıdır. Nitekim ÇKK'nın 4. maddesinin d bendinde, çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması gerektiği temel ilke olarak belirtilmektedir. Dolayısıyla getirilen belirleme d bendiyle uyuşmamaktadır. Bu çerçevede müdafiiyle de ilgili belirleme yapılmalıdır. Çocuğa bu noktada hiç belirleme yapma imkanı verilmediği gibi müdafii de devre dışı bırakılmıştır. Burada zorunlu müdafii olarak müdafie de yetki tanınması gerekirdi. Çünkü sistemin getirdikleri hakkında kişileri aydınlayabilecek, çocuk hakkında mahkumiyet hükmünün doğuracakları sonuçları anlatabilecek, onlara hukuki yardımda bulunabilecek kişi müdafiidir. Her ne kadar 253. maddede uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçlarının anlatılacağı belirtilmekle birlikte bunun müdafii fonksiyonunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmelidir. Dolayısıyla bu hükmün çocuklar yönünden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Hatta çocuklara ilişkin olarak ÇKK'da ayrıca düzenlenmeli ve yetişkinlere göre farklı belirlemelere yer verilmelidir<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Maddi zararın dışında manevi zararlar, başış, özür gibi edimler de söz konusu olabilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20. maddesinde edimin konusunun neler olacağı ifade edilmektedir. Ancak sadece maddede sayılanların edim olarak kararlaştırılması şart değildir. Bunların dışındaki bir edimin yerine getirilmesi de söz konusu olabilir. 20 maddeye göre: (1) Taraflar uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi hususunda anlaşmaya vardıkları takdirde aşağıdaki edimlerden bir ya da birkaçını veya bunların dışında belirlenen hukuka uygun başka bir edimi kararlaştırabilirler:

- a) Fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,
- b) Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,
- c) Bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere başış yapmak gibi edimlerde bulunulması,
- ç) Mağdurun, suçtan zarar görenin veya bunların gösterecekleri üçüncü şahsın, bir kamu kurumunun ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerini geçici süreyle yerine getirmesi veya topluma faydalı birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi diğer bazı yükümlülükler altına girilmesi,
- d) Mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi.

<sup>58</sup> Mevzuatımızda yer alan uzlaşma müessesesinin çocuklara uygun olmadığı, ÇKK'da ayrı olarak uzlaştırma sistemi kabul edilmesi gerektiği, amacın çocukla mağdurun barıştırılması olması, zararın giderilmesinin hedeflenmemesi ifade edilmektedir. Aynı zamanda uzlaştırmanın çocuklar bakımından temel bir kurum olduğu, bundan hiçbir zaman vazgeçilemeyeceği belirtilmektedir: Yenisey, Feridun, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul

Çocuklarla ilgili gelinen sistemde tepki gösterirken toplumun ihtiyaçlarıyla da orantılı tepki gösterilmesi (Pekin Kuralları 17.1), mağdurun zararının giderilmesi başlığıyla bir müeyyideye yer verilmesi<sup>59</sup>, çocuğun cezalandırılması yerine uygulanan müessesede mağdurun zararının giderileceği bir sistem oluşturulması gerektiği<sup>60</sup>, mağdur merkezli bir sistemin kabul edildiği ve çalıştığı<sup>61</sup> ifade edilmektedir. Dolayısıyla çocuklarla ilgili olarak uzlaşma müessesesinin mağduru da merkezine alan bir sistem olarak çocuklar hakkında uygulanması gerekir ki hem çocuk yaptığının farkına vararak özel önleminin gerçekleştirilmesi hem de toplumsal barışın sağlanması söz konusu olsun<sup>62</sup>. Uzlaşmaya ilişkin CMK'nın 253. maddesinin gerekçesinde, XXI. yüzyıl adalet sisteminin ceza adaletini yerine getirirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plana çıkarmış bulunduğu, suça karşı sadece ceza yaptırımının yeterli olmadığı, zararın giderilmesi ve onarımın en başta gelen amaç olduğu ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Bu noktada ÇKK'nın 23. maddesinde (2-d) yer alan, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine ilişkin koşulun çocuğun kendisinin veya ailesinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde aranmayabileceğine ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması yerinde olmuştur. Ancak bu durumun ekonomik durumu iyi olmayan kişiler için olumsuzluk çıkarılabileceği de ortadadır. Bu noktada alternatif yöntemler geliştirilerek söz konusu hükmün ortaya çıkarılabileceği olumsuzlukların giderilmesi yolu sağlanmalıdır. Amaç hem mağdurun tatmin edilmesi hem de çocuğun eğitilmesi olduğu için ikisini de gerçekleştirecek yöntemlere kanunda yer verilmelidir.

12-15 yaş grubu arasında bulunup da ceza sorumlulukları bulunan çocuklar hakkında gerek Ceza Kanunumuzda gerek Ceza Muhakemesi Kanunumuzda gerekse Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunumuzda yetişkinlere oranla bazı özel düzenlemeler getirilmiştir<sup>64</sup>.

2006, s. 46. Ancak doktrinde bazı yazarlar çocuklarda uzlaşmayı yasaklamak gerektiğini ifade etmektedirler: Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar Kırıt, Yasemin-Özaydın, Özdem-Alan Akcan, Esra- Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2012, s. 63.

<sup>59</sup> Yenisey, Genç Ceza Hukuku, s. 45.

<sup>60</sup> Centel, Çocuk ve Genç, s. 36.

<sup>61</sup> Winter, Avusturya Sistemi, s. 116.

<sup>62</sup> Uzlaşma hakkında bkz.: Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 774 vd.

<sup>63</sup> Ceza Genel Kurulu kararında, "Türk Ceza Yargılaması sistemine alınan uzlaşmanın, sadece sanığa değil aynı zamanda ve öncelikle, mağdurun zedelenen hukukunun düzeltilmesine hizmet amacı güttüğü ve böylece taraflar arasında suç nedeniyle oluşan husumetin giderilmesini de temin ederek toplum huzurunu tesis etmeyi hedeflediği tartışmasızdır" belirlemesi yapmaktadır: CGK, 06.11.2007, E. 2007/6-212, K. 2007/229 (UYAP Mevzuat Programı).

<sup>64</sup> Konumuzu açacağı için bunlara değinmiyoruz. Bu konuda bkz.: Centel-Zafer-Çakmut, s. 361, 364-367; Koca, Mahmut, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 20 vd.; Koca-Üzülmez, s. 306-307.

12-15 yaş grubu arasında bulunan çocuklara ilişkin olarak hem ÇKK'nın 7. maddesi, hem de ÇKK'nın 35. maddesi gereğince sosyal inceleme yaptırılması mümkündür. 7. madde sosyal inceleme yaptırılabilir, 35. madde ise gerektiğinde ifadesiyle sosyal inceleme yaptırılır şeklinde belirlemesiyle bu hususu düzenlemektedir. Ayrıca ÇKK'nın 35. maddesinin 3. fıkrasında, mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesinin kararda gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin 11. fıkrası<sup>65</sup> ve Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesinin 2. fıkrası<sup>66</sup> bu yaş grubundaki çocuklar hakkında sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamaktadır. Yine aynı maddenin 4. fıkrasında bu yaş grubundaki çocuklarla bağlantılı olarak hakim veya mahkemenin, sosyal inceleme raporu ile birlikte çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirlenebilmesi amacıyla adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk halinde uzman hekimden görüş alması zorunlu tutulmuştur. Kanun koyucu bu düzenlemelerle kusur yeteneğinin belirlenmesini zorunlu öngörmüştür. Zorunluluk sadece incelenen çocuklara ilişkin 2. grup yaş küçükleri için ve algılama ve irade yeteneklerinin takdiriyle bağlantılı olarak tanınmıştır. Dolayısıyla getirilen düzenlemeyle bu yaş grubundaki çocukların algılama ve irade yetenekleri belirlenmeden önce bilirkişiye başvurulması zorunluluğu kabul edilmiştir. Ancak zorunluluğun kanun hükmüyle getirilmesinin daha doğru olacağını düşünüyoruz. Yalnızca kusur yeteneği ile ilgili olarak değil çocukla ilgili verilecek her tür karar açısından da çocuğun kişiliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğinden sosyal incelemenin zorunlu olması gerekir.

#### 4. 15-18 Yaş Grubu Arası Çocuklar

Üçüncü grup yaş küçüklüğü 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olanları ifade etmektedir. Ceza Kanunumuzun 31. maddesinin 3. fıkrasında bu yaş grubundaki çocuklara ceza verileceği, ancak cezada indirime gidileceği düzenlenerek kusur yeteneklerinin bulunduğu kabul edilmiştir. Nitekim Uygulama Yönetmeliğinde bu yaş grubundaki çocukların algılama ve irade yetenekleri-

<sup>65</sup> 11. fıkraya göre, "Tedbir kararı verilmenden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir. Ancak, fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş onbeş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile onbeş yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından sosyal inceleme yaptırılması zorunludur."

<sup>66</sup> 20. maddenin 2. fıkrası, "Fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş onbeş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile onbeş yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından sosyal inceleme yaptırılması zorunludur" şeklinde hüküm içermektedir.

nin tespitiyle ilgili olarak bilirkişiye başvurulması zorunluluğu kabul edilmemiştir. ÇKK'nın 35. maddesi hükmü bu çocuklar için de uygulanacaktır. TCK'daki düzenlemeye bakıldığında bu yaş grubundaki çocukların işledikleri suçlar açısından irade yeteneğinin zayıf olduğunun normatif olarak kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Kusur yeteneğinin azaldığı kabul edildiği için de ceza indirimine gidilmiştir (madde gerekçesi).

15-18 yaş gurubundaki çocuklarla ilgili olarak yetişkinlerden farklı belirleme yapılması, ceza siyaseti gerekçesine, çocukların tekrar topluma kazandırılmaları ve suç işlemelerinin önlenmesi amacına dayanmaktadır. Bu gruptaki çocukların işledikleri suçlarla ilgili kusur yeteneklerinin bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır<sup>67</sup>. 12-15 yaş grubunda bulunan çocuklarla ilgili olarak yaptığımız ve düzenlememizde bulunması gerektiğini ifade ettiğimiz hususlar bu yaş grubundaki çocuklar için de geçerlidir<sup>68</sup>. Bu çerçevede söz konusu yaş grubu arasındaki çocuklar hakkında da tedbir uygulanması mümkün olmalıdır. Tedbir noktasında ÇKK'nın 7. maddesinin 6. fıkrasının göz önünde tutulması gerekir. Ancak Yargıtay bu yaş grubu arasındaki çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını kabul etmemektedir<sup>69</sup>.

## B. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Çocuk

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda çocuk kavramı tanımlanmamıştır. Ancak Kanunumuzda yer verilen düzenlemelerin bazılarında çocuk ifadesi geçmektedir. Tanıklarla (CMK m. 76/4), mağdur çocuklarla (CMK m. 52, 90/3, 236/2-3, 239/2), şüpheli veya sanıklarla (CMK m. 150/2) bağlantılı olarak çocuk kavramına yer verilmektedir. Bazen de onbeş (CMK m. 50) veya onsekiz yaşını doldurmamış (CMK m. 185, 234/2) ya da yaş küçüklüğü (CMK m. 45/2) ibareleri madde metinlerinde geçmektedir.

Bu başlık altında ceza muhakemesi açısından hangi zamanda kişinin çocuk olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilerek, açıklanmasının uygun olduğunu düşündüğümüz CMK'nın 150/2 ve 185 ve 50. maddeleri incelenecektir. Ayrıca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer alan çocukların suç tespitinde kullanılamayacağı ifadesinin neyi ifade ettiği ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinin son fıkrası Ceza Muhakemesi Kanunumuzla ilgili olduğu ölçüde irdelenecektir. Çocuklara ilişkin tüm düzenlemelerin hepsinin ifade edilmesi tekrar niteliği taşıyacağı için yalnızca belirtilen hükümler değerlendirilecektir.

<sup>67</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 375, 376; Koca-Üzülmez, s. 307; Centel-Zafer-Çakmut, s. 362.

<sup>68</sup> Bu yaştaki çocuklara ilişkin özel düzenlemeler hakkında bkz.: Koca-Üzülmez, s. 306-307; Centel-Zafer-Çakmut, s. 362, 363.

<sup>69</sup> 6. Ceza Dairesi, 27.01.2010, E. 2006/10627, K. 2010/733, (UYAP Mevzuat Programı).

Ceza muhakemesinde önemli olan, işlemin yapıldığı tarihtir. Bu nedenle de derhal uygulama ilkesi kabul edilmiştir. Kanun'da geçen çocuk veya onsekiz veya onbeş yaşını doldurmamış ifadelerini işlemin yapıldığı andaki durumlarına göre belirlemek gerekir. Yoksa fiilin işlendiği tarihteki yaşlarına göre değil. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yer verilen bazı maddelerden bunu açıkça anlamaktayız. Örneğin 50. maddede dinleme sırasında 15 yaşını doldurmamış ifadeyle tanıklık yaptığı esnada 15 yaşını doldurmamış olması aranmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda şüpheli veya sanık çocuklarla ilgili olarak yer verilen ifadelerin de belirtilen şekilde yorumlanması gerekir. CMK'nın 150. maddesinin 2. fıkrasında geçen "müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık çocuk" ifadesini, müdafii bulunmayan 18 yaşını doldurmamış şüpheli veya sanık olarak anlamak gerekir. Fiili işlediği esnada çocuk olmasına bakılmamalıdır. Eğer çocuk soruşturma veya kovuşturma aşamasında 18 yaşını doldurmuşsa doldurduğu andan itibaren yapılan işlemlerde artık zorunlu müdafiliğin uygulanmaması gerekir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken diğer bir konu CMK'nın 185. maddesinde yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre "Sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır, hüküm de kapalı duruşmada açıklanır." Düzenlemeden sanık 18 yaşından küçükse duruşmanın kapalı yapılması, yok eğer sanık 18 yaşını doldurmuşsa duruşmanın artık kapalı yapılmaması, açık yapılması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>70</sup>. Uygulama Yönetmeliği'nin 13. maddesinin 2. fıkrasında "Kovuşturma sırasında onsekiz yaşını doldurmuş çocuklar hakkında yargılama açık yapılır, hükümde açık tefhim edilir. Ancak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 182 nci maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen koşulların varlığı hâlinde duruşmanın kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir" hükmüyle bu durum açıkça ifade edilmiştir. Doktrinde de söz konusu hüküm, belirtilen şekilde yorumlanmaktadır<sup>71</sup>. Ancak kovuşturma aşamasında aleniliğe dönülmesi halinde daha önce çocuk olarak kabul edilen kişiye ilişkin tüm bilgiler de (sosyal inceleme raporları gibi) aleni hale gelecektir. Bu durumda da çocuklara ilişkin getirilen korumalar anlamını yitirecektir. Dolayısıyla çocukların özel hayatının gizliliği (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 40./2-vii) ve sosyal inceleme raporlarının gizliliği noktasında (Uygulama Yönetmeliği m. 22) ortaya çıkacak olumsuzlukların önlenmesi için gerekli korumanın sağlanması gerekmektedir.

<sup>70</sup> Çocuklar hakkında yapılan kapalı duruşmalara yabancı ülkelerde kimlerin alındığına ilişkin olarak bkz.: Kunter, s. 76. Ülkemizde ÇKK'nın 22. maddesinde çocukların duruşmalarında kimlerin bulunabileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre, "Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir."

<sup>71</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 591, 592; Centel-Zafer, s. 640; Şahin, Cumhuriyet-Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 97; Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2010, s. 509, 510.

Ceza muhakemesi çerçevesinde değinilmesi gereken diğer bir düzenleme Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede (f. 1/a-1), fiili işlediği zaman 12 yaşını doldurmamış olanların hiçbir surette suç tespitinde kullanılamayacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm ceza muhakemesi açısından değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır. Birincisi suç tespitinde kullanılamayacak olan kişiler, fiilin işlendiği zaman 12 yaşını doldurmamış çocuklardır. Yani ceza muhakemesine ait bir konuda ceza hukukuna ilişkin prensip olan fiilin işlendiği zaman esas alınmıştır. Yönetmelik'te açık düzenleme olduğu için uygulama bu şekilde yapılmalıdır. Düzenlemeye göre işlemin yapıldığı anda 12 yaşını bitirmiş olsa da suçu işlediği tarihte 12 yaşından küçük olan çocuk suç tespitinde kullanılamayacaktır. İkinci sonuç bu çocuğun suç tespitinde kullanılamamasıdır. Bu belirleme, çocuğun delil elde etmede kullanılamayacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla fiili işlediği zaman 12 yaşını tamamlamamış çocuğun CMK m. 147 çerçevesinde ifadesinin alınması<sup>72</sup>, sorgulanması veya herhangi bir koruma tedbirine maruz kalması söz konusu değildir. Örneğin şüpheli olmakla ve haklarında soruşturma yürütülmekle birlikte 12 yaşından küçüğün üzeri delil elde etmek amacıyla aranamayacaktır<sup>73</sup>. Ancak, çocuğun anne ve babası, diğer kişiler kapsamına girdiğinden bu kişilerle ilgili olarak arama CMK'nın 117. maddesinde belirtilen şartlara bağlı olarak yapılabilmektedir. Beden muayenesine maruz kalmaları da söz konusu değildir. Çünkü Yönetmeliğin 19. maddesi çocukların hiçbir surette suç tespitinde kullanamayacaklarını ifade etmektedir.

Fiili işlediği esnada 12 yaşından küçüklerin ifadelerinin alınmaları mümkün değilse de suç ortaklarının muhakemesinde tanık olarak dinlenilmeleri söz konusu olabilir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından diğer suç ortaklarıyla bağlantılı olarak dinlenebileceklerdir. Çünkü CMK'nın 50. maddesi (3. fıkra), soruşturma konusu suça iştirakten şüpheli olanların yeminsiz olarak tanık olarak dinleneceğini ifade ederek belirttiğimiz sonuca ulaşılmasını sağlamıştır. Doktrinde diğer faille- rin yakalanması ve kendilerine tedbir uygulanacaksa bunun sağlanması amacıyla 12 yaşından küçük çocuklardan bilgi alınabileceği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Bu yaş grubundaki çocuklar tanık olarak dinlendiklerinde, kendisini veya 45. madde- nin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebilece-

<sup>72</sup> Centel-Zafer, s. 328. Ancak doktrindeki bazı yazarlar ifadelerinin alınabileceğini ifade etmekte- dirler: Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3.Baskı, Ankara 2012, s. 355.

<sup>73</sup> Doktrinde kusur yeteneği olmayan kişilerin şüpheli olmaları nedeniyle bu sıfatla aranabileceğini belirten yazarlar olduğu gibi (Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 245), kusur yetenekleri ol- madığı için şüpheli olamayacakları için diğer kişiler olarak aranabileceklerini ifade eden yazarlar bulunmaktadır (Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.239; Özbek-Kanbur- Doğan-Bacaksız-Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332).

<sup>74</sup> Centel-Zafer, s. 328.

ğinin önceden bildirilmesi gerekir (CMK m. 48). Ancak, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gereğince çocuklar tanıklık etmeye zorlanamayacaktır (m. 40/iv). Ceza Muhakemesi Kanunumuza baktığımızda çocukluk hali başlı başına tanıklıktan çekinebilecek bir hal olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla 45. maddede belirtilen ilişkiler veya tanıklıktan çekinmeye ilişkin diğer durumlar yoksa çocuk tanıklık etmek zorundadır<sup>75</sup>. Dinlenme sırasında 15 yaşını doldurmamış olanların yeminsiz dinleneceği 50. maddede belirtilmişse de bu tanıklık etmeye zorlanmama anlamını taşımamaktadır. Bu yönüyle Ceza Muhakemesi Kanunumuz Sözleşme'ye uygun bir nitelik taşımamaktadır. CMK'nın 48. maddesinde belirleme varsa da bu tanıklıktan çekinmeye değil, kendini veya yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek sorulardan çekinmeye ilişkin olduğundan Sözleşme hükmünü karşılar nitelikte değildir. Dolayısıyla suç ortakları hakkında dinlenmek istenen çocuğun sözleşme hükmü gereğince tanıklığa zorlanmaması, tamamen tanıklıktan çekinme imkanının tanınması gerekir.

Ceza muhakemesi çerçevesinde belirtmek istediğimiz diğer bir konu da TMK'nın 10. maddesinin son fıkrası hükmüdür. Bu hükme göre, "Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz". Dolayısıyla çocuklar tarafından işlenen suç TMK'nın 10. maddesi kapsamında ifade edilen bir suç olsa bile çocukların yargılanmaları çocuk mahkemelerinde yapılacak, soruşturmaları ve kovuşturmalarında da genel hükümler uygulanacaktır. 02.07.2012 tarihinde 6352 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan CMK'nın 250. maddesinin son fıkrasında 22.07.2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun değişikliğinden önce (son fıkra eklendi), TMK'nın 9. maddesine<sup>76</sup> göre 15 yaşını bitirmiş çocuklarla ilgili yargılamalar özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yapılmakta, soruşturma ve kovuşturma yönünden CMK'nın 251 ve 252. maddeleri hükümleri uygulanmaktaydı. Bu şekildeki bir düzenleme de doktrinde eleştirilmekteydi<sup>77</sup>. 02.07.2012 tarihinde 6352 sayılı Kanunla TMK'ya getirilen düzenleme, 2010 değişikliğinin devam ettirilmesi niteliğindedir. Bu düzenlemede dikkat çekmek istediğimiz husus, fiilin işlendiği esnada 18 yaşından küçük olan kişilerin TMK'nın 10. maddesi çerçevesinde kurulan ağır ceza mahkemelerinde yargılanamayacağıdır. Yargılama aşamasında çocuk 18 yaşını bitirmiş olsa bile özel yetkili mahkemeye davanın

<sup>75</sup> Tanık olarak dinlenecek çocuk şüpheli veya sanıkla 45. maddede belirtilen şekilde ilişki içindeyse çekinmesinin nasıl olacağına ilişkin belirleme aynı maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumdaysa tanıklıktan çekinip çekinmemeye kendisi karar verecektir. Tanıklıktan çekinmenin önemini anlayamayacak durumda ise kanuni temsilcilerinin rızasıyla tanık olarak dinlenebileceklerdir. Bu şekilde bir düzenlemeyle 76. madde (4. fıkra) düzenlemesi birbiriyle örtüşmemektedir.

<sup>76</sup> TMK'nın 9. maddesinin 2. cümlesinde, "Bu suçlardan dolayı onbeş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür" belirlemesi yer almaktaydı. Bu belirleme 22.07.2010 tarihinde 6008 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>77</sup> Bkz.: "Çocuk ve Terör Suçları", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S. 6, s. 16 vd.

gönderilmesi söz konusu değildir. Bu hem TMK'nın 10. maddesi/son düzenlemesi hem de ÇKK'nın 26. maddesinin 2. fıkrası hükmünden kaynaklanmaktadır. 26. maddenin 2. fıkrası, “çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar” hükmünü taşımaktadır. Yani çocuk mahkemesinde yargılanmak için önemli olan fiili işlediği esnada çocuk olmasıdır. Bu nedenle de daha sonra çocuğun 18 yaşını bitirmesi yargılama yerinin değişmesi anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde özel soruşturma ve kovuşturma hükümlerinin de gerek 18 yaşından küçük çocuklarla gerekse fiili işlediği esnada çocuk olmakla beraber yargılama aşamasında 18 yaşını bitirmiş kişilerle de ilgili olarak uygulanmayacağını düşünüyoruz. ÇKK düzenlemesi, yargılama aşamasında 18 yaşını bitirmiş olsa bile yargılama yerinin değişmeyeceğini, TMK hükmü çocuklara ilişkin kesin belirleme niteliğini ifade ettiği için bu mahkemelerde görülen davalarda da özel soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Genel düzenlemeler çerçevesinde ve açıkladığımız veya açıklayacağımız belirlemeler doğrultusunda değerlendirme yapılmalıdır.

### **C. Çocuk Koruma Kanunu'nda Çocuk**

Bu başlık altında ÇKK'da yer verilen çocuk kavramı ve söz konusu kavramın bazı müesseselerle ilişkilendirilerek açıklanması yapılacaktır.

Çocuk Koruma Kanunu 3. maddesinde, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişinin çocuk olduğunu düzenlemektedir. Maddede fiilin işlendiği esnada mı çocuk olması, yoksa işlemin yapıldığı esnada mı çocuk bulunması gerektiğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Buna da zaten gerek bulunmamasıdır. Belirlemeyi ceza hukukuna ait bir kurum söz konusuysa fiilin işlendiği esnada 18 yaşından küçük, ceza muhakemesine ait bir kurum söz konusu ise işlemin yapıldığı esnada çocuk olunması gerektiği şeklinde yorumlamak gerekir. İnfaz hukuku açısından da işlemin yapıldığı esnadaki yaşı esas alınacaktır.<sup>78</sup> Nitekim ÇKK'nın 7. maddesinin 6. fıkrasında tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer denilerek güvenlik tedbirinin infazında çocuk olunması gerektiğini ortaya koymaktadır. 6. fıkrada bu noktada hâkime, çocuğun eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verme noktasında yetki tanınmıştır.

İştirak (m. 17), akıl hastalığı (m. 12), güvenlik tedbirleri (m. 5) gibi müesseseler ceza hukukuna ilişkin müesseseler olduğundan ceza hukuku çerçevesinde değerlendirme yapılacak, yani fiilin işlendiği esnadaki yaş grubu esas alınacak, hüküm zamanında kaç yaşında olduğu önemli olmayacaktır. Örneğin hükmedilecek

<sup>78</sup> Erteleme, koşullu salıverilme ve tekrür hükümleri bu kuralın istisnalarıdır. Bu üç kurumun şartlarıyla ilgili değişikliklerde ceza hukuku ilkeleri uygulanacaktır (TCK m. 7/3).



güvenlik tedbirleri noktasında ceza hukukunun zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkeleri geçerli olacak, akıl hastalığı fiilin işlendiği zaman akıl hastası olunmayı ifade edecek, iştirak çinse fiilin işlendiği esnada çocuk olan kişinin fiile iştirak etmesi aranacaktır. Güvenlik tedbirleri noktasında belirtmemiz gereken bir husus da güvenlik tedbirlerinin infazı söz konusuysa infaz kurallarının geçerli olması gerektiğidir. Yani çocuklara ilişkin tedbirler uygulanıyorsa bu tedbirlerin uygulanması esnasında çocuk olunması gerektiğidir. Nitekim ÇKK'nın 7. maddesinde tedbirin uygulanmasının 18 yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona ereceği belirtilerek bu husus ifade edilmiş, infaz hukuku kuralları geçerli kılınmıştır. İnfaz hukukunda, infaz esnasında kişinin çocuk veya genç veya yetişkin olması uygulanacak hükümleri etkilemektedir (Örneğin CvGTİHK m. 29).

Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan hüküm ceza muhakemesine ilişkin bir düzenlemeyse işlemin yapıldığı esnadaki yaşa bakılacak, fiilin işlendiği esnada bulunduğu yaş dikkate alınmayacaktır. Ancak kanunda herhangi bir müessese düzenlenirken farklı belirleme yapılmışsa bu belirlemeler geçerli olacaktır. Böyle bir belirleme yapılmadığı sürece düzenlemenin niteliğine göre karar verilecektir. Örneğin ÇKK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında, "çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir", 16. maddenin 1 ve 2. fıkralarında, "gözültüne alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulur, kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocuklar, gözültüne alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur" şeklinde yer alan düzenlemelerde geçen çocuk ifadesinin bu işlemler sırasında 18 yaşından küçük olanlar şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine ÇKK'nın 22. maddesinde geçen çocuk ifadesi de aynı şekilde anlaşılmalıdır.

Çocuk Koruma Kanunu yürürlüğe girdiğinde çocuklara ilişkin olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına<sup>79</sup> ve uzlaşmaya<sup>80</sup> ilişkin hükümlere ÇKK'nın 19, 23, 24. maddelerinde yer verilmişti. Daha sonra 06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanunla ilgili hükümlerde değişiklik yapılarak yine aynı kanunla CMK'da düzenlenen kamu davasının açıklanmasının ertelenmesine (m. 171/2 vd.), hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (m. 231/5 vd.)<sup>81</sup> ve uzlaşmaya (m. 253) ilişkin hükümlerde yer alan şartların çocuklar için de geçerli olduğu kabul edilmiş, ÇKK'da yalnızca deneme ve erteleme süresi açısından farklı belirleme yapılmıştır. Kamu davasının açılmasında erteleme süresi yetişkinler için 5 yıl iken (CMK m.171/2 ) çocuklar açısından 3 yıl kabul edilmiştir (ÇKK m. 19). Yine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında denetim

<sup>79</sup> Çocuklarda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının karşılaştırmalı hukukta uygulanışına ilişkin olarak bkz.: Artuk, Mehmet Emin-Tan, Umran Sölez, "Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükmün Ertelenmesi Müessesesi", AÜSBFD, 1992, C. 47, S. 1-2, s. 65 vd.

<sup>80</sup> Uzlaşma TCK'nın 73. maddesinin 8. fıkrasında da düzenlenmişti. 5560 sayılı Kanunla bu fıkra da yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>81</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin çocuklar açısından tüm suçlarla ilgili olarak uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz.: Artuk-Tan, s. 81.

süresi yetişkinlerde 5 yıl olarak düzenlenirken (CMK m. 231/8) çocuklarda 3 yıl olarak hükme (ÇKK m. 23) bağlanmıştır. Ayrıca CMK'da yer verilen düzenlemeler ÇKK'da yer verilen eski düzenlemelerden farklı hükümler içermektedir. Dolayısıyla uygulamada çocuklara ilişkin hükümler açısından zaman bakımından uygulama problemi ortaya çıkmıştır. Ceza hukukuna ait bir müessese kabul edildiğinde, sonradan yürürlüğe giren CMK hükümleri aleyhe hükümler getiriyorsa daha önce işlenmiş fiillere uygulanmayacak, ceza muhakemesi kurumu kabul edildiğinde ise derhal uygulama ilkesi geçerli olacak, lehe ve aleyhe olduğuna bakılmaksızın işlemin yapıldığı zamanda yürürlükte olan kanun hükümleri uygulanacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenen (m. 231) hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesi kurumuna mı ait olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar ceza muhakemesi hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtirken<sup>82</sup> diğer bazı yazarlar karma nitelikli bir kurum olduğu noktasında görüş bildirmektedirler<sup>83</sup>. Bazı yazarlar ise niteliği konusunda belirleme yapmamakla birlikte ceza hukukunda erteleme başlığı altında yer vermektedirler<sup>84</sup>. Yargıtay ise karma nitelikli bir kurum olduğunu kabul etmekte ve lehe değişikliklerin geriye etkili olacağını ifade etmektedir. İnfaz edilmiş, infaz edilmekte, Yargıtay incelemesinde de olsa lehe değişikliklerin geçmişe uygulanması gerektiği Yargıtay kararlarında belirtilmektedir<sup>85</sup>.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi özel önlemeyi gerçekleştirmeyi sağlamaya yönelik bir kurumdur. Erteleme, koşullu salıverilme gibi bu tür fonksiyonları gerçekleştiren müesseselerde beklenen faydanın sağlanabilmesi için kanun koyucu istisna tanıma yoluna gitmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ceza muhakemesi kurumu kabul edilse bile değişikliklerle bağlantılı olarak istisna tanınması daha doğru olacaktır. Belirtilen nedenlerle biz de Yargıtay'ın uygulamasının doğru olduğunu düşünüyoruz. Çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 23. madde belirlemelerinde de Yargıtay aynı yönde görüş açıklamaktadır<sup>86</sup>. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi hakkında

<sup>82</sup> Özgenç, dipnot 55. Yazar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kişi özgürlüğü ile ilişkisinin bulunması nedeniyle maddi ceza hukukuna ait bir müessese olduğunu söyleyemesinin doğru olmadığını belirterek ceza muhakemesi hukuku ile olan ilişkisinin daha yoğun olduğunu ifade etmektedir. Yazar müesseseyi hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar başlığı altında incelemektedirler: s. 619, 636. Aynı yönde Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Türk Ceza Hukuku, s. 352.

<sup>83</sup> Zafer, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 417; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt-Özaydın-Alan Akcan- Erdem, s. 566; Centel-Zafer, s. 712.

<sup>84</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 778, 782 vd.; Koca-Üzülmöz, s. 491-493.

<sup>85</sup> 11. CD, 17.06.2008, E. 2006/3995, K. 2008/6351; CGK, 03.06.2008, E. 2008/7-133, K. 2008/162; 6. CD, 21.01.2010, E. 2007/24501, K. 2010/345; 3. CD, 20.06.2007, E. 2006/8543, K. 2007/5065 (UYAP Mevzuat Programı).

<sup>86</sup> CGK, 13.11.2007, E. 2007/8-171, K. 2007/235; 5. CD, 07.02.2011, E. 2008/13540, K. 2011/418; CGK, 06.07.2010, E. 2010/4-146, K. 2010/167 (UYAP Mevzuat Programı).

da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasındaki gibi belirleme yapmak gerekir. Yargıtay uzlaşma hakkında da lehe düzenleme olduğu gerekçesiyle geçmişe yürütme ilkesinin uygulanacağı noktasında belirleme yapmaktadır<sup>87</sup>. Son olarak şunu belirtmeliyiz ki; bu üç müessese ancak ceza sorumluluğu olan çocuklar açısından uygulanabilecektir. Ceza sorumluluğu olmayan çocuklarda ceza tespiti söz konusu olamayacağı için cezanın uygulanması yerine bu müesseselerin tatbiki de mümkün olmayacaktır.

Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilen ve üzerinde ayrıca durulması gereken hükümlerden biri 17. maddede yer verilen birleştirmeye ilişkin düzenlemedir. Kural, çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın ayrı yürütülmesidir. Mahkeme lüzum gördüğü takdirde çocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilmektedir. Maddede soruşturma yönünden istisnaya yer verilmezken kovuşturma yönünden birleştirme yönünde belirleme yapılmıştır. 3. fıkrada davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi hâlinde, genel mahkemelerde<sup>88</sup>, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır<sup>89</sup>. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülecektir<sup>90</sup>. 17. maddede ve Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinde birleştirilen davalarda hangi usulün uygulanacağına, çocuklara ilişkin duruşmanın gizli yapılıp yapılmayacağına ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Her şeyden önce ÇKK'da yer verilen birleştirmeye ilişkin bu düzenleme doktrinde eleştirilmekte ve bu istisnanın yerinde

<sup>87</sup> 4. CD, 05.07.2011, E. 2009/10651, K. 2011/12046; 5. CD, 12.10.2009, E. 2006/9339, K. 2009/11313 (UYAP Mevzuat Programı). Yargıtay hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında olduğu gibi uzlaşmanın da karma bir kurum olduğunu, biçimi itibarıyla bir ceza muhakemesi kurumu olduğunu kabul etmekle beraber, sonuçları itibarıyla maddi ceza hukukunu da ilgilendirdiğinin tartışmasız bulunduğunu ifade etmektedir: CGK, 06.11.2007, E. 2007/6-212; K. 2007/229 (UYAP Mevzuat Programı).

<sup>88</sup> Davaların birleştirilmesi konusunda suçun ağırlığına göre çocuk mahkemelerinin de re'sen birleştirme kararı vermesi gerektiği konusundaki görüş için bkz.: Yenisey, Genç Ceza Hukuku, s. 47.

<sup>89</sup> Yabancı ülkelerdeki durum ve gelişmeler hakkında bkz.: Kunter, s. 70, 71. Kuzey İrlanda sistemi için bkz.: McCarney, Willie, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 96,97.

<sup>90</sup> Birleştirmenin nasıl olacağı Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "Birleştirme kararı verilmesinin genel mahkemeler tarafından istenildiği hâllerde; çocuk hakkında davayı yürüten mahkeme davaların birleştirilmesini uygun bulursa genel mahkeme iki davanın birleştirilmesine dair ara kararı vererek, bunu çocuk hakkındaki davayı görmekte bulunan mahkemeye bildirir. Bunun üzerine çocuk mahkemesi de birleştirme kararı vererek dosyasını esasan kapatır ve genel mahkemeye gönderir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür.

b) Birleştirme kararı verilmesinin çocuk hakkında davayı yürüten mahkeme tarafından istenildiği hâllerde; genel mahkeme davaların birleştirilmesini uygun bulursa iki davanın birleştirilmesine dair ara kararı vererek, bunu çocuk hakkındaki davayı görmekte bulunan mahkemeye bildirir. Bunun üzerine çocuk mahkemesi de birleştirme kararı vererek dosyasını esasan kapatır ve genel mahkemeye gönderir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür."

olmadığı, söz konusu istisnadan vazgeçmemiz gerektiği ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Ayrıca 17. maddedeki düzenlemenin çocuk yargılamasının temel ilkeleriyle bağdaşmadığı da dile getirilmektedir<sup>92</sup>. Çocukların büyüklerle birlikte suç işlemesi halinde ne yapılacağına ilişkin doktrinde farklı belirlemeler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre, mahkemenin tedbire hükmederek genel mahkemelerdeki yargılamanın sonucunu beklemesi daha yerinde olacaktır<sup>93</sup>. Diğer görüşe göre ise, birleştirmenin zorunlu görüldüğü hallerde davalar genel mahkemelerde görülecek, ancak duruşmanın gizli yapılması gerekecektir<sup>94</sup>. Her şeyden önce belirtilmelidir ki, çocuklar hakkındaki duruşmaların gizli yapılması gerekmektedir. Bu hem uluslararası mevzuat açısından hem de iç hukuk açısından geçerlidir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesi (2-vii), çocuğun kovuşturmanın her aşamasında özel hayatının gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olduğunu ve taraf devletlerin bunu sağlayacağını ifade etmektedir. Yine Pekin Kuralları (8.1), gereksiz/usulsüz alenileştirme ya da belli bir nitelime yakıştırma suretiyle küçüğe zarar verilmesini önlemek amacıyla, küçüğün özel hayatının gizliliği hakkına bütün aşamalarında saygı gösterileceğini, kural olarak küçük suçlunun kimliğinin ortaya çıkmasına yol açabilecek hiçbir bilginin yayınlanmayacağını ifade etmektedir. ÇKK m. 4/1, çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması ilkesinin gözetileceği, Yakalama Yönetmeliği m. 19/7, çocukların kimlikleri ve eylemlerinin mutlaka gizli tutulacağı, Uygulama Yönetmeliği m. 22/1, sosyal inceleme raporunun birer örneğini çocuğun avukatı veya yasal temsilcisinin Cumhuriyet savcısından, mahkemedен veya çocuk hâkiminden alabileceği, çocuğa raporun içeriği hakkında bilgi verileceği, ancak, söz konusu bilgi ve belgelerin gizli tutulacağı, amacı dışında kullanılamayacağı, 2. fıkra çocuk ve avukatı hariç olmak üzere birinci fıkrada gösterilen kişilerin sosyal inceleme raporu hakkında bilgi sahibi olmasının çocuğun yararına aykırı olduğuna kanaat getirildiğinde, raporun incelenmesinin kısmen veya tamamen yasaklanabileceği, ancak, sosyal inceleme raporlarından çocuğun bilgi sahibi olması hâlinde çocuğun psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği kanaatine varıldığı takdirde çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi temel ilkesi nazara alınarak çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyebilecek bilgileri içeren bilgi ve belgelerin çocuğa verilmeyeceği, Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 26/1, çocuklara ilişkin koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının alınması ile uygulanmasına ilişkin tüm süreçlerde çocuğun avukatı hariç olmak üzere çocuğun kimliği, adresi, fotoğrafları, yaşadığı travmalar gibi çocuğa ve yakınlarına ait her türlü bilgi ve bu bilgilerin yer aldığı ra-

<sup>91</sup> Centel, Çocuk ve Genç, s. 31, 33. Kunter de davaların ayrı görülmesinin çocuk mahkemelerinin kuruluşuna hakim olan ilkelere en uygununun olduğunu belirtmektedir: Kunter, s. 71.

<sup>92</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 366.

<sup>93</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 366.

<sup>94</sup> Şahin-Göktürk, s. 98.

por ve belgeler ile kayıtların gizli tutulacağı, yazışmaların gizlilik ilkesine uygun bir şekilde gerçekleştirileceği hükümlerini içermektedir. Bu hükümlerden yola çıkıldığında birleştirme halinde mutlaka duruşmanın gizli yapılacağı ortaya çıkmaktadır. Sosyal inceleme raporlarının yasal temsilcisine bile yasaklanmasına imkan tanıyan bir sistemde raporların herkesin bilgisine ulaşmasını sağlayacak şekilde duruşmanın açık yapılmasının kabul edilmesi mümkün değildir. Aksine uygulama hukuka aykırı olacaktır. Bu hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk açısından geçerlidir. Bu noktada uygulamada ortaya çıkacak sorunları ortadan kaldırmak için bu davaların birleştirilmesi yoluna başvurmamak gerekir. ÇKK'nın 17. maddesindeki düzenleme zorunlu olmadığından mahkemelerin davaları birleştirmemesi daha uygundur. Birleştirirse de çocuklar açısından gizliliğin sağlanması gerekmektedir.

Belirtmemiz gereken diğer bir düzenleme de, adli kontrole ilişkin 20. madde düzenlemesidir. Adli kontrol bir koruma tedbiri olup, ceza muhakemesi ilkelerine tabidir. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus 20. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen, “bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir” hükmüdür. Söz konusu hüküm CMK'nın 112. maddesinde ifade edilen, “adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir” düzenlemesiyle karşılaştırıldığında çocuklar hakkında kabul edilen belirlenimin yetişkinlere göre daha ağır olduğudur. Yetişkinlerde tutuklama yalnızca adli kontrol hükümlerinin isteyerek yerine getirilmemesinde verilebilirken, çocuklarda tedbirlere uyulmaması (bunun isteyerek veya istemeyerek gerçekleştirilmesi arasında fark gözetilmemiş) yanında tedbirlerden sonuç alınamaması, hatta sonuç alınamayacağının anlaşılmasında da verilebilmektedir. Tutuklamaya en son çare olarak başvurulmasının metinlerde yer aldığı bir çocuk sisteminde yetişkinlerde bile kabul edilmeyen tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması nedenleriyle çocuklarda tutuklamaya gidilmesi temel ilkelere aykırı nitelik taşımaktadır. Çocuklar göz önüne alındığında tedbirlerin de yeterli olmadığı bir durumda belirtilen nedenlerle tutuklamanın kabul edilmesi doğru olmamıştır. Pekin Kuralları'nda (13.2), mümkün olan hallerde, tutuklama yerine yakın gözetim, sıkı bakım yahut bir aile yanına ya da bir eğitim kurumuna yahut eve yerleştirme gibi alternatif önlemlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bizde de alternatif tedbirlerin uygulanmasına yer verilmesi gerekirken yetişkinlerden daha ağır düzenlemenin kabul edilmesi eleştirilmesi gereken bir durumdur. Yetişkinlerde de orantılılık ilkesine riayet edilmesi gerekmele birlikte, çocuklarda tutuklamadan kaçınılması, en son çare olması gerektiği kanunlarda ve sözleşmelerde açıkça yer alırken bu yönde bir düzenlemenin yerinde olmadığı ortadadır. Ancak Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde ÇKK'da yer verilen düzenlemenin sakıncası görülerek söz konusu belirlemeye ilave

olarak “ya da adli kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükler bütünüyle veya kısmen kaldırılabilir, değiştirilebilir veya bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutulabilir” ifadesine yer verilmiştir<sup>95</sup>. Bu düzenlemenin kanun metninde ifade edilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

Çocuklarda tutuklamaya ilişkin hükme ÇKK'nın 21. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez. 21. madde düzenlemesinden 15 yaşını doldurmuş çocuklar açısından CMK'da yer verilenlerin dışında tutuklamaya ilişkin herhangi bir sınırlamanın kabul edilmediği anlamı ortaya çıkmaktadır. Ancak ÇKK'nın 4. maddesinde ifade edilen en son çare olarak başvurulması ilkesi göz önünde bulundurulacaktır. 15 yaşından küçük çocuklarda ise ancak üst sınırı beş yılı aşan hapis cezasını gerektiren fiillerde tutuklama kararı verilebilecektir. Beş yıl ve daha aşağı hapis cezası gerektiren fiillerde 15 yaşından küçüklerle ilgili olarak tutuklama kararı verilemeyecektir. Bu hüküm, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları) 11.a'da belirtilen düzenlemeye uygun nitelik taşımaktadır. Bu hükümde, çocuklar için özgürlükten yoksun bırakma kararı verilmeyecek daha düşük bir yaş sınırının kanunla tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. 15 yaşından küçük çocuklarda tutuklamanın söz konusu olduğu hallerde (hapis cezasının yeterli olduğu durumlarda) bu koruma tedbirine en son çare olarak başvurulmalıdır. Pekin Kuralları'nda (13.1'de) tutuklamanın, sadece en son başvurulacak ve mümkün olan en kısa süreyle uygulanacak bir önlem olarak kullanılması gerektiği belirtilmektedir<sup>96</sup>. Yine Havana Kuralları'nda çocukları tutuklamaktan mümkün olduğu kadar kaçınılması, istisnaî hallerle sınırlı olarak karar verilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Alternatif tedbirlerin uygulanması için her türlü çabanın gösterilmesi, her nasılsa tutuklama kararı verilmiş ise, soruşturma organları ve çocuk mahkemelerinin, tutma süresini mümkün olan en kısa süreye indirmek için, bu işlemlerin süratle yapılmasına öncelik vermeleri gerektiği ifade edilmiştir. ÇKK'da (m. 4/f) ise, bu Kanun'un uygulanmasında çocuğun haklarının korunması amacıyla insan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usûl izlenmesi ilkesi kabul edilmiştir. Ancak bunu sağlayacak düzenlemeye ÇKK'da yer verilmiştir. Yani yalnızca ilke bazında kalmıştır. Bu yönde bir düzenlemeye tutukluluk sürelerine ilişkin CMK'nın 102. maddesinde de doğal olarak rastlanmamaktadır. CMK'nın 331/2. maddesinde, soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususların tatil süresi içinde ne suretle yerine getirileceğinin, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirleneceği ifade edilerek, yetki bu kuru-

<sup>95</sup> ÇKK'da tedbir ifadesi kullanılırken, Yönetmelik'te yükümlülük ibaresi kullanılmıştır. CMK'da da (m. 109) yükümlülük kavramı kullanılmaktadır.

<sup>96</sup> Yine Pekin Kuralları'nda (17.1-b), küçüğün kişi özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar, ancak çok dikkatli bir değerlendirme yapıldıktan sonra kararlaştırılacaktır ve mümkün olan asgari süreyle sınırlı tutulacaktır şeklinde rehber ilke kabul edilmiştir.

ma verilmektedir. Ancak düzenleme olmasa bile Sözleşme hükümleri ve 4. madde düzenlemesi gereğince yetkili makamların çocuğun tutuklu bulunduğu işleri ve davaları süratle sonuçlandırmaları, tutukluluk sürelerinin kısa olmasına özen göstermeleri gerekmektedir<sup>97</sup>. Ancak en doğru çözümüm kanunda düzenlenmesidir.

Tutuklamayla ilgili olarak belirteceğimiz diğer bir durum 15 yaşın tespitiyle ilgilidir<sup>98</sup>. ÇKK'nın 21. maddesinde onbeş yaşını doldurmamış çocuklar ifadesi geçmekte, fiilin işlendiği esnada çocuk olmak gibi bir ibareye yer verilmemektedir. Dolayısıyla 15 yaşını doldurmamış çocuk belirlenmesinin neyi ifade ettiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Tutuklama bir ceza muhakemesi kurumudur. Dolayısıyla doğal olarak yaş belirlenmesinin ceza muhakemesi esaslarına göre tespit edilmesi gerekir. Yani fiilin işlendiği andaki yaş değil, işlemin gerçekleştirileceği zamana göre yaşın tespit edilmesi söz konusu olmalıdır. Görüşümüz de daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu doğrultudadır. Ancak Yakalama Yönetmeliği m. 19 hükmüne bakıldığında yakalama, gözaltına alma tedbirlerinde fiilin işlendiği zamanın esas alındığı görülmektedir. Yani kişi özgürlüğü ile ilgili tedbirlerde fiilin işlendiği zamanın esas alındığı söylenebilir. Bu çerçevede tutuklama açısından da fiilin işlendiği zamanın uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken fiilin işlendiği yaş itibarıyla 12-15 yaş grubu arasında olup da ceza sorumluluğu olmayan çocuklarla ilgili tutuklamaya gidilmesinin söz konusu olmaması gerektiğidir. Ceza sorumluluğu olan çocuklar açısından tutuklamaya mümkün olduğunca başvurmamak, başka tedbirlerle sonuç alınamayacaksa en son çare uygulamak ve mümkün olan en kısa süreyle sınırlı tutmak gerekir. Bilindiği gibi tutuklama yasağı olan hallerde de adli kontrol tedbiri uygulanabilmekte, CMK'nın 109. maddesinde sayılanlar ile ÇKK'nın 20. maddesinde sayılan tedbirlerin bir veya bir kaçına karar verilebilmektedir (ÇKK m. 20/1). Adli kontrol tedbirinin uygulanması mümkün olabilecektir. Yapılması gereken, tutuklama konusunda hem tutukluluk süreleri, hem muhakemenin hızlandırılması hem de yaşın belirleneceği zaman noktasında düzenlemeye gidilmesidir. Burada dava zamanaşımına ilişkin TCK'nın 66. maddesinin 2. fıkrasındaki "Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer" hükmünün, ceza muhakemesini hızlandıracığı söylenebilir de yeterli olmayacağı ifade edilmelidir.

<sup>97</sup> Çocuk davalarında çabukluk aranması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Kunter, s. 77. Fransadaki hızlandırılmış uygulama için bkz.: Hamon, Herve, , in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 70, 73, 76.

<sup>98</sup> ÇKK'da ifade edilen yaş belirlenmesi doktrinde eleştirilmektedir. Zira tutuklamanın gerekçesi olarak gösterilen, psikolojik şok, damgalanma, fiziksel, duygusal, cinsel istismar gibi olumsuz etkilerden uzak tutmak yalnızca 15 yaşından küçükler için değil, 15 yaşından büyükler için de söz konusudur. Yaşla sınırlamak yerine en son başvurulacak önlem olarak öngörülmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir: Centel, Nur, "Çocuk Mahkemeleri Yasa Tasarısına Eleştirel Yaklaşım", Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 329, 330.

Çocuk Koruma Kanunu'na göre, evlenme gibi daha erken yaşta ergin olursa bile bu kişiler 18 yaşını doldurmamak şartıyla çocuk kabul edilecektir. 18 yaşından önce ergin olursa bile 18 yaşını doldurmamak şartıyla bu kişilerin çocuk olarak kabul edilmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'den daha geniş belirleme niteliği taşımaktadır. Zira söz konusu sözleşme daha erken yaşta (18 yaşından önce) reşit olanları çocuk kavramının dışında bırakırken (m.1), ÇKK, çocuk kavramı içinde nitelendirmektedir. Havana Kuralları (11.a) ise, 18 yaşından küçük herkesi çocuk olarak kabul etmekte, reşit olup olmamaya ilişkin bir belirleme taşımamaktadır.

Çocuk Koruma Kanunu'nda iki grup çocuktan söz edilmektedir. Birincisi, korunma ihtiyacı olan çocuk, ikincisi ise suça sürüklenen çocuktur. Yani ÇKK, sadece suç işleyen çocuklara değil, aynı zamanda bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklara da (korunma ihtiyacı olan çocuklara da) uygulanacaktır (ÇKK m. 2, 3/a-1, 2).

Suçta sürüklenen çocuk<sup>99</sup>, “Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu” ifade etmektedir (ÇKK m. 3/a-2). Bu düzenlemeden hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişinin suça sürüklenen çocuk olarak isimlendirildiği, şüpheli ve sanık kavramlarının kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Oysa Ceza Muhakemesi Kanunumuzda çocuklar için şüpheli ve sanık ifadesinin kullanıldığı görülmektedir (CMK m. 150/2, 218/2 gibi). Ancak henüz hakkında suçu işlediği sabit olmayan çocuk hakkında suça sürüklenen çocuk ifadesinin kullanılmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Henüz suçu işlediği iddia edilen kişi hakkında suçu işlediğinin kabul edilerek, ancak ifadenin yumuşatılarak kendisinin suçlu olmadığı, suça sürüklendiği benimsenerek suçsuzluk karinesine aykırı davranılmaktadır. Bu belirleme şüpheli veya sanık kavramının doğurduğu sonuçtan daha ağır sonuç doğurur niteliktedir. Nitekim Havana Kuralları'nda (kural 17) da gözaltında olan veya muhakeme devam ederken tutuklu bulunan çocukların masum sayılması ve buna göre muamele görmeleri gerektiği belirtilmektedir. Doktrinde ÇKK'da kullanılan bu kavrama başka yönden de eleştiri yöneltilmektedir. Bu görüşe göre, kullanılan ibare insanın aklına azmettirmeyi, suçta kullanılmayı, suça itilmeyi getirmektedir. Ancak her zaman durum böyle olmamaktadır. Ayrıca söz konusu ifade, çocuğu mağdur gösterme, onun yanlış hareketlerini kamufle etme gibi yaklaşım sergiliyor, hatta zorda kalma durumunu belirtiyor. Dolayısıyla bu ifadeyle çocuk hakkında hukuka uygunluk sebebi iddi-

<sup>99</sup> Suça sürüklenen çocukları suça iten etkenler, çözüm önerileri hakkında bkz.: Semerci, Bengi, “Suça Sürüklenen Çocuklar”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S. 6, s. 39, 40. Türkiye'de suça sürüklenen çocuk ve çocuk suçluluğu için bkz.: Ünal, Aslı, “Türkiye'de Suça Sürüklenen Çocuklar: Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlü Çocuklara İlişkin Bir Analiz”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S. 5, s. 41-43. Çocuk suçluluğu için ayrıca bkz.: Lutz, Paul, Çocuk Suçluluğu, Ankara 1965, s. 5 vd.



asının ileri sürülebileceği, bu nedenle kavramın gözden geçirilmesi gerektiği dile getirilmektedir<sup>100</sup>.

Çocuk Koruma Kanunu'nda hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğun da suça sürüklenen çocuk olarak ifade edildiği görülmektedir. Bu kavramın hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk açısından doğru olduğunu düşünüyoruz. Zira bu çocuk suçu işlediği noktada karar verilen çocuğu ifade etmektedir. Özellikle hakkında kovuşturma yapılarak kovuşturma sonunda CMK'nın 223. maddesi (6. fıkra) gereğince güvenlik tedbirine hükmedilen çocuk açısından doğru olduğu görülmektedir. 12-15 yaş grubu arasında bulunan algılama yeteneği bulunmayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde söz konusu çocukla ilgili olarak güvenlik tedbirine hükmedilmesi kanunen zorunlu olduğundan (TCK m. 31/2) bunlar hakkında da suça sürüklenen çocuk ifadesi kullanılacaktır. Bu kişilerin fiilleri de haksızlık teşkil etmesine ve suçu işlediği sabit olmasına rağmen suça sürüklenen çocuk ifadesi suç işlemiş çocuk ifadesinden daha doğru bir belirlemedir. CMK'nın 223/4. maddesinde yer alan şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen çocuklarla ilgili olarak Kanun'da bir belirleme bulunmamaktadır. Belirlemede bulunulması da gerekmemektedir. Bu kişilerle ilgili olarak suçu işledikleri sabit olmakla birlikte belirtilen nedenlerle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmektedir. Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedenleriyle verilen ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar, adli sicile de kaydedilmemektedir. Buna karşılık ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme ve etkin pişmanlık dolayısıyla hükmedilen ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar Adli Sicil Kanunu'na (m. 4/1-3.g) göre adli sicile kaydedilmektedir. Adli Sicil Kanunu'nda ceza sorumluluğuna etkisi olan yaşla ilgili olarak 18 yaşından küçük ifadesi kullanılmakta, çocuk veya hükümlü ifadesi kullanılmamaktadır. Belirtilen nedenlerle ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar ceza sorumluluğu olan çocuklar hakkında verilmişse, söz konusu çocuklar için ÇKK'da belirleme olmamakla birlikte suça sürüklenen çocuk ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz. Ancak hakkında mahkumiyet hükmü verilen ve ceza sorumluluğu kabul edilen çocuklar için hükümlü kavramı kullanılacaktır. Zira Ceza ve Güvenlik Tedbirinin İnfazı Hakkında Kanun'da hükümlü çocuk ifadesi yer almaktadır (m.15, 23/1-c, 29/3, 30/3, 31, 45 gibi).

<sup>100</sup> Centel, Çocuk ve Genç, s. 32.

### III. ÇOCUKLARIN YAKALANMASI, GÖZALTINA ALINMASI

#### A. Çocukların Yakalanması

Yakalama hakkındaki hükümler CMK'da (m. 90 vd.), PVSK'da (m.13) düzenlenmiştir. Bu hükümlerin dışında başka yakalama halleri de (PVSK m. 4/A-9, m. 13/E, CMK m. 203/3<sup>101</sup>, TCK m. 18/7, CvGTİHK m. 19) bulunmaktadır. Ayrıca yakalamaya ilişkin Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde de hüküm bulunmaktadır. Ancak CMK hükümlerine bakıldığında koruma tedbiri niteliğinde çocukların yakalanmasına ilişkin özel bir kanuni düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Çocuk Koruma Kanunu'nda da çocuklara zincir, kelepçe takılmasına ilişkin 18.madde hükmü dışında yakalamaya ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık Yakalama, İfade Alma ve Gözaltına Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde hem yakalamaya hem de gözaltına almaya ilişkin hüküm bulunmaktadır. Nitekim Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 9. fıkrasında "Çocuklar hakkında, yakalama, gözaltına alma ve ifade almaya ilişkin hususlarda 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin çocuklara ilişkin hükümleri uygulanır" belirlemesi yer almaktadır. Kişi özgürlüğüyle ilgili koruma tedbirlerinin Yönetmelik hükmüyle düzenlenmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 37. maddesi hükmüne uygun bir nitelik taşımamaktadır. Sözleşme'nin 37. maddesinin b bendinde "Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır" düzenlemesi yer almaktadır. Bu maddede taraf devletlere kanuni düzenlemenin sağlanması yükümlülüğü yüklenmiştir. "Taraf devletler aşağıdaki hususları sağlarlar" ifadesiyle zorunluluk açıkça ifade edilmiştir. Sağlayabilirler ifadesi kullanılmayıp, sağlarlar kavramının tercih edilmesi ve bu kavramın emredici nitelikte olması nedeniyle zorunluluk şeklinde yorumluyoruz. Ayrıca temel hak ve hürriyetlere ancak kanunla sınırlama getirileceğinden (1982 Anayasası m. 13), yakalama da bu nitelikte olduğundan kanunla belirleme yapılmalıdır. Dolayısıyla her şeyden önce çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak işlemler açısından düzenlemenin kanunda ayrıca yer alması gerekirdi. Koruma tedbirlerinde çocukların yakalanmasına yer verilmemiş de PVSK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçüklerin yakalanacağı öngörülmektedir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde, 12 yaşından küçükler ile 12 yaşını tamamlamış olanlar bakımından farklı belirlemeler yapılmıştır. Bu belirlemede dikkati çeken hususlardan birisi, yakalama koruma

<sup>101</sup> 203. maddede ceza muhakemesinde disiplin hapsine ilişkin hüküm yer almaktadır. Ancak maddede bulunan disiplin hapsinin çocuklar hakkında uygulanmayacağı ifade edilmektedir.

tedbirinin uygulanması için aranan zaman dilimi açısından fiilin işlendiği anın esas alınmasıdır. Bir başka ifadeyle yakalamada söz konusu olan yaş sınırı, çocuğun fiili işlediği zamana göre belirlenecektir. Yakalama bir ceza muhakemesi işlemi olmakla ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan düzenlemeler işlemin yapıldığı esnada yaş sınırını esas alan düzenlemeler olmakla birlikte yönetmelik düzenlemesi farklı şekilde bir belirleme yapmıştır. Bunun nedeni, bu yaş grubu içinde suç işlemiş çocuklar hakkında hangi yaşta olursa olsun kovuşturma yapılamaması ve ceza verilememesidir. Dolayısıyla da ceza muhakemesi makamlarıyla muhatap olmalarının engellenmesidir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde düzenlenen koruma tedbiri yalnızca bir suçla bağlantılı olan yakalamadır. Düzenlemeye göre, fiili işlediği zaman oniki yaşını doldurmamış olanlar suç nedeni ile yakalanamayacak ve hiçbir suretle suç tespitinde kullanılamayacaktır. Yakalanmaları ancak kimlik ve suç tespiti amacıyla yapılabilecektir. Kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılacaktır. Tespit edilen kimlik ve suç, mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından tedbir kararı alınmasına esas olmak üzere derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilecektir. Düzenleme her şeyden önce açık bir şekilde kaleme alınmamıştır<sup>102</sup>. Çocuğun hem suç tespitinde kullanılamayacağı hem de suç tespiti amacıyla yakalanabileceği ifade edilmektedir. Bize göre 12 yaşını doldurmamış çocukların delil elde etmede kullanılmasının söz konusu olmaması gerekir. Zaten madde hiçbir surette ifadesiyle açıkça bunu ortaya koymaktadır. Ceza verilmesi, hatta kovuşturma yapılması kabul edilmeyen, gerçeğin tespitinden ziyade çocuğun korunmasının tek amaç olduğu bir durumda çocuğun delil elde etmede kullanılması, getirilen düzenlemeyle tezatlık oluşturacaktır. Ayrıca bu durum çocuğun psikolojik gelişimi üzerinde olumsuz etkiler yapacak, esenliğine zarar verecektir. Zaten ceza sorumluluklarının kabul edilmemesi de bu nedenledir. Burada çocuğun menfaatleri maddi gerçeğin tespitinden ve adaletin sağlanmasından daha önemli görülmektedir. Ayrıca delilden sanığa giden bir ceza muhakemesinde, özellikle bu yaş grubundaki çocukların suç tespitinde kullanılmaması gerekir. Dolayısıyla bu Yönetmelik'teki düzenlemeyi ancak çocukların kimlik tespiti amacıyla yakalanabileceği şeklinde yorumlamak gerekir<sup>103</sup>. Kimliğinin, dolayısıyla yaşının belirlenmesi çocuğun ceza sorumluluğu ve yaşına göre hakkında yapılacak usul işlemleri açısından önem taşıdığından kimlik tespiti için yakalanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bir devlette çocuk da olsa kimliği belli olmayan bir kimsenin bulunması kabul edilmez bir durumdur. Yakalama, Birleşmiş Milletler ÇHS'nin 37. maddesi/bendi ve ÇKK'nın 4. maddesi (i bendi) gereğince en son başvurulabilecek önlem olmalıdır. Çocuğun durumuna uygun korunmasına özen gösterilmelidir (ÇKK, m. 4/g bendi). Ayırı-

<sup>102</sup> Yanlış anlaşılmaya imkan verecek şekilde ifade edildiğine ilişkin olarak bkz.: Centel-Zafer, s. 328, dipnot 31.

<sup>103</sup> Centel-Zafer, s. 328.

ca Pekin Kuralları'nda (11.3) çocukları ilgilendiren vakılarda hakim ve savcılar dışında kolluğun da resmi muhakeme işlemleri yoluna başvurmaksızın tasarrufta bulunmak üzere yetkilendirilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu konuda hem kolluğun yetkilendirilmiş olması hem de kolluğun işlemlerinde buna riayet etmesi gerekmektedir.

Kimliğin tespiti amacıyla yakalama PVSK 4/A-9'da da düzenlenmektedir. Bu düzenleme durdurulan kişinin kimliğinin tespit edilememesiyle ilgili olarak getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır". Kimliği belirlenemeyen kişiler yakalanarak durumdan Cumhuriyet savcısı haberdar edilecektir. PVSK'nın 4/A-9. maddesi düzenlemesinden kimliği tespit edilemeyen çocukların yakalanabileceği anlaşılmaktadır. Yakalama, Gözaltına Alma Yönetmeliği'nin 19. madde düzenlemesinden de bunun mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Ancak 12 yaşından küçüklerin kimlik tespiti amacıyla tutuklanmalarının söz konusu olmadığını düşünüyoruz. Bu yaş grubundaki çocukların bu tür veya başka bir işlem için tutuklanması söz konusu olamaz. Birleşmiş Milletler Havana Kuralları da (11.a) özgürlüğü kısıtlanamayacak bir yaş grubunun belirlenmesini ve bu yaş sınırının altındaki çocukların özgürlüğünün kısıtlanamayacağını öngördüğünden 12 yaşından küçük çocukların hangi gerekçeyle olursa olsun tutuklanamayacaklarını kabul etmekteyiz<sup>104</sup>.

Yönetmeliğin 19. madde hükmüne göre, oniki yaşını doldurmuş, ancak onsekiz yaşını doldurmamış olanlar suç sebebi ile yakalanabileceklerdir. Bu çocukların, yakınları ile müdafie haber verilerek derhâl Cumhuriyet Başsavcılığı'na sevk edilmeleri gerekmektedir. Bu düzenlemede bazı sınırlamaların getirilmemesinin bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. CMK'da düzenlenen her yakalama kapsamında çocuğun yakalanmasının kabul edilmesi, çocuklara ilişkin özel düzenlemelerle karşılaştırıldığında amaca uygun görünmemektedir. Yakalamadan sonra gözaltına alınmaları söz konusu olabileceğinden, yetişkinlere getirilen sınırlamadan farklı olarak, suç açısından sınırlama getirilebilirdi veya suçun kanunda öngörülen cezası esas alınmak suretiyle belirleme yapılabilirdi. Ayrıca çocuğun kişiliğinin göz önünde tutulmasına yönelik bir hüküm konulmasının da uygun olduğunu ifade etmek istiyoruz.

Fiili işlediği zaman 12 yaşını bitirmiş 18 yaşını tamamlamamış olanlar hakkında CMK'da ifade edilen aşağıdaki yakalamalar söz konusu olabilecektir.

<sup>104</sup> Doktrinde PVSK'nın 4/A maddesi ifade edilmemekle birlikte bu yaş grubundaki çocukların gözaltı ve tutuklama vb. koruma tedbirlerine başvurulmasının mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Türk Ceza Hukuku, s. 355.

Suçüstü halinde CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında aranan şartlar çerçevesinde herkes ve kolluk tarafından çocuk yakalanabilecektir.

CMK'nın 90/2. maddesi gereğince kolluk yakalama yapabilecektir. Tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde kolluk bu yetkisini kullanabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında üst sınırı 5 yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceğinden (ÇKK m. 21), beş yıl ve daha aşağı hapis cezasını gerektiren hallerde kolluğun da tutuklama kararı verilmesi gereken nedenle yakalama yapması söz konusu değildir. Aynı neden tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde itiraz merci tarafından yakalama emri verilmesi hali açısından da geçerlidir. Ancak 15 yaşını doldurmuş olanlar açısından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. ÇKK'daki (m. 4/i) özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere en son çare olarak başvurulması ilkesi burada da uygulanmalıdır.

Yakalama emri düzenlenmesini gerektiren nedenler esas itibarıyla CMK m. 98'de ifade edilmiştir. Yakalama emri ile yapılan yakalamaya, müzekkereli yakalama adı da verilmektedir. Belirtilen yaşlar arasındaki kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkün olduğundan hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında 98. maddede ifade edilen yakalama emirleri düzenlenebilecektir. Ancak müzekkereli yakalama açısından da en son çare ilkesine riayet edilmesi gerekir. Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri çıkarılabilecektir<sup>105</sup>. Soruşturma evresinde ikinci yakalama emri, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından verilmektedir (CMK m. 98/1). Burada 15 yaşından küçük şüpheliler hakkında bu nedenle yakalama emri verilmesinin tutuklama yasağı öngörülme hal için mümkün olabileceği göz önünde tutulmalıdır.

Kovuşturma evresinde ise kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenebilmektedir. Ayrıca kovuşturma evresinde mahkeme sanığın yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilmektedir (m.199). Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında da Cumhuriyet savcıları ile kolluk kuvvetleri tarafından yakalama emri düzenlenebilmektedir (CMK m. 98/2). Yakalama emri düzenleme yetkisinin bir diğeri yine Cumhuriyet savcıları açısından kabul edilmiştir. Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde

<sup>105</sup> Bu hükmün eleştirisi için bkz.: Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 215.

edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalanamayacaktır (CMK m. 91/5). Cumhuriyet savcının yakalama emri düzenleyeceği diğer bir hal CvGTİHK m. 19'da düzenlenen ve haklarında ceza veya güvenlik tedbirlerine karar verilen kişilerle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm çocuklar bakımından da uygulanabilecektir. 19. maddeye göre hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçar ya da kaçacağına dair şüphe uyandırır, Cumhuriyet savcısı yakalama emri çıkarır. Üç yıldan fazla hapis cezalarının infazı için doğrudan yakalama emri çıkarılır.

Yakalama için söz konusu yaş belirlemesi 12 yaşından küçükler de olduğu gibi fiilin işlendiği zamana göre belirlenecektir. Her ne kadar Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinin b bendinde fiilin işlendiği zamana ilişkin bir belirleme yoksa da a bendinin devamı olarak düzenlendiğinden bu şekilde anlaşılması gerekir.

## **B. Çocukların Gözaltına Alınması**

Gözaltına alma Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 91 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde yakalamada olduğu gibi çocukların gözaltına alınmasıyla ilgili özel bir belirleme söz konusu değildir. Çocukların gözaltına alınması Çocuk Koruma Kanunu'nda (m. 16), Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde (m.19) açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde (f. 9), gözaltına almaya ilişkin hususlarda Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin çocuklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Bunların dışında ÇKK'nın 15 ve 18. maddeleri de gözaltına almayla ilgili olarak uygulanabilecek hükümlerdir. PVSK'nın 4/A maddesi de çocuklar hakkında uygulanması gereken diğer bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nun 42. maddesi gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümleri uygulanacaktır. Yani Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükümler de çocuklara ilişkin hükümlerde belirleme olmayan hallerde gözaltına almayla ilgili uygulanabilirlik niteliğine sahip olacaktır. Bu hükümlerden yola çıkarak gözaltına alma konusunda asıl düzenlemenin Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. madde hükmü olduğu söylenebilir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde, fiili işlediği esnada 12 yaşından küçük olanların suç nedeniyle yakalanamayacağı düzenlenmiş, gözaltına alınmalarıyla ilgili belirleme yapılmamıştır. Buna karşılık 12 yaşını bitirmiş olanların hem yakalanabileceği hem de gözaltına alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla fiili işlediği esnada 12 yaşını bitirmemiş çocukların gözaltına alınmalarının söz konusu Yönetmeliğin düzenlenme şekli göz önün-

de tutulduğunda mümkün değildir. İşlediği suç nedeniyle yakalanamayan çocuğun doğal olarak gözaltına alınamayacağı da açıktır.

12 yaşını doldurmamış çocuğun PVSK'nın 4/A-9 maddesi hükmü gereğince gözaltına alınmasının da mümkün olmadığını düşünüyoruz. Her ne kadar söz konusu düzenlemede kişinin kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınacağı ifade edilmekteyse de bu hükmün 12 yaşından küçük çocuklar açısından Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. madde hükmü göz önüne alındığında geçerli olmayacağı ortadadır. Söz konusu Yönetmeliğin 19. maddesi, yalnızca kimlik tespiti için yakalamayı düzenlemekte, gözaltına almayı kabul etmemektedir. Gözaltına alma 12 yaşından büyük 18 yaşından küçükler için ifade edilmektedir. Burada Yönetmelik hükmünden yola çıkarak Kanun hükmünü sınırlandırdığımızı dikkat çekmek istiyoruz. Ayrıca çocuklar hakkında kabul edilen hükümler ve ilkeler göz önünde tutulduğunda görüş olarak da gözaltına alınmalarının doğru olmayacağını kabul etmekteyiz. Ayrıca bu kişilerin kimlikleri ile ilgili bilgi vermemeleri, yanlış bilgi vermeleri, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanmaları, haksızlık oluşturmalarına rağmen (TCK m. 206, 268; KK m. 40) ne ceza hukuku ne de kabahatler hukuku açısından sorumlulukları yoluna gidilemediğinden belirli süreli kişi özgürlüğünü kısıtlayan gözaltı tedbirinin de uygulanması gerekir.

12-18 yaş grubu arasındaki çocuklar hakkında gözaltı işlemi yapılabilir. Zira YönetmeliK m. 19/b-1'de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Gözaltı, soruşturma yönünden zorunlu olması ve bir suç işlediğini düşündürebilecek emarelerin bulunması halinde, yakalanmış kişinin Cumhuriyet savcısının kararıyla belirli bir süre özgürlüğün kısıtlanması ve özgürlüğü kısıtlanan kişinin içinde bulunduğu durumu belirtmektedir<sup>106</sup>. Kolluk, herkesin yakalama yapabildiği hallerde yakalanıp kendisine teslim edilen veya doğrudan doğruya kendisinin yakaladığı kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi vermek ve emri doğrultusunda işlem yapmak durumundadır (CMK m. 90/5). Bu durumda kişi Cumhuriyet savcısının emriyle huzuruna çıkarılabileceği gibi, gözaltına alınabilir veya serbest bırakılabilir. Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır (CMK m. 91/2). Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (m. 37/b) ve ÇKK'nın 4/i maddesi gereğince gözaltına alma işlemi de çocuklar hakkında en son başvurulabilecek tedbir olarak uygulanmalıdır.

Çocuk Cumhuriyet savcısının talimatıyla gözaltına alındığında, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesi gereğince gözaltına alındığının ana-baba veya vasisine bildirilmesi zorunludur. Burada fiilin işlendiği zamana göre değerlendirme yapıldığında kişi gözaltına alınma anında 18 yaşından

<sup>106</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 217.

büyük olsa bile 19. maddenin uygulanması gerektiği söylenebilir. Buna karşın işlemin yapıldığı ana göre değerlendirildiğinde, gözaltına alındığında kişi çocuksa ana-baba veya vasisine bildirim yapılması gerekmekte, 18 yaşından büyükse CMK m. 95/1 gereğince Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilmesi yeterlidir. 19. maddedeki bu hükmü ceza muhakemesi işlemi olduğundan gözaltına alınma anındaki yaşına göre yorumlamak gerekir. Ceza muhakemesi kural ve ilkeleri bunu gerektirmektedir. Ayrıca hükmün konuluş amacı göz önünde tutulduğunda da aynı sonuca ulaşılır.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde belirtilen diğer bir durum çocuğun kendi talebi olmasa bile müdafiden yararlandırılmasıdır. Ana-baba veya vasisi de müdafii seçebilmektedir. Bu belirlemenin zorunlu müdafiliğin düzenlendiği CMK'nın 150. maddesi (2. fıkra) hükmüyle karşılaştırılması gerekir. Bu maddeye göre müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık, çocuk ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilmesi gerekmektedir. 150. maddedeki düzenlemede, çocuk olan şüpheli veya sanıktan bahsedilmektedir. Yani şüpheli veya sanık olan kişi çocuk ise zorunlu müdafiliğin uygulanmasıdır. Şüpheli veya sanık, çocuk kapsamına girdiği müddetçe zorunlu müdafilikten yararlandırılacaktır. Şüpheli veya sanık olan kişi 18 yaşını tamamlamışsa Kanun'da belirtilen diğer zorunlu müdafilik durumları yoksa yalnızca fiili işlediği esnadaki yaşına bakmak suretiyle zorunlu müdafilik uygulanmayacaktır. Önemli olan ceza muhakemesi işlemlerinin yapıldığı esnada çocuk olması ve getirilen özel düzenlemelerden yararlandırılmasıdır.

12-18 yaş grubu arasında olup da gözaltına alınan çocukların ifadesi alınabilir. Yakalama, Gözaltına Alma, İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde (b-3), 12 yaşından büyük çocukların ifadelerinin alınacağı açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu 19. maddede çocukların sorguya çekileceğine ilişkin bir belirleme, Yönetmelik bu konuya ilişkin olmadığından bulunmamaktadır. Ancak CMK hükümleri gereğince sorguya çekilmeleri mümkündür. Aynı şekilde arama ve diğer koruma tedbirleri de şartları gerçekleştiğinde uygulanabilecektir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde gözaltına alınan çocuğun ifadesi alınacaksa müdafii hazır bulundurulması gerektiği hükme bağlanmaktadır. İfade işlemi esnasında kişi 18 yaşının üzerindeyse yetişkinlere ilişkin hüküm olan CMK'nın 147. maddesi geçerli olacaktır. Ancak diğer zorunlu müdafiliğin şartları söz konusuysa ilgili hükümler gereğince zorunlu müdafiliğin uygulanması söz konusu olabilecektir. 19. maddede ifade almaya ilişkin bir belirleme daha bulunmamaktadır. Buna göre, kendisinin yararına aykırı olduğu saptanmadığı veya kanunî bir engel bulunmadığı durumlarda ana-babası veya vasisi ifade alınırken hazır bulunabilecektir. Burada da işlemin yapıldığı esnada, ifadesi alınan kişinin 18 yaşından küçük olması gerekir. 18 yaşından büyükse bu hükmün uygulanması söz konusu değildir. Çocuğun ifadesinin alınması veya sorgusu sıra-



sında veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir (ÇKK m.15/2; 22/2; Uygulama Yönetmeliği m. 5/4; 13/3). Sosyal çalışma görevlisi, bu süreçte çocuğa haklarını öğretmek, yargılama süreci hakkında bilgilendirmek ve kendini güvende hissetmesi, süreci anlaması ve görüşlerini serbestçe ifade etmesi için ona yardım etmekle görevlidir (Uygulama Yönetmeliği m.13/3). Gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisinin bulundurulması noktasında zorunluluk öngörülmemiştir. Oysa mağdur çocukların dinlenilmesinde psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması zorunludur (CMK m. 236/3).

Kanun çocuklarla ilgili ayrı bir gözaltı süresi kabul etmemiştir. Yetişkinler hakkında kabul edilen gözaltı süreleri çocuklar hakkında da uygulanacaktır. Yani bireysel suçlarda 24 saat, toplu suçlarda ise her defasında 1 günü geçmemek şartıyla 3 gün süreyle uzatılabilmektedir. Yakalama yerine en hakim veya mahkeme önüne götürülmesi için zorunlu süre hariçtir. Bu süre 12 saatten fazla olamaz. Ancak gözaltı süreleri açısından çocuklar hakkında yetişkinlerden ayrı belirleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (m. 37/b), bu işlemlerin uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla gözaltı süreleri açısından yetişkinler için öngörülen sürelerden daha az azami gözaltı süreleri öngörülmesi gerekir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 37/b maddesi, özgürlük kısıtlamasının uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulmasını istemektedir. Mevzuatımızda buna ilişkin bir düzenleme olmadığına göre çocuk yakalama işlemine maruz kaldığında işlemlerinin hızlı bir şekilde yapılması, Kanun'da öngörülen gözaltı süreleri bu süreler kanunda düzenlenmiş diye sonuna kadar uygulanmamalıdır. Uygun olabilecek en kısa sürenin dışına çıkıldığında Sözleşme'nin ihlali anlamı ortaya çıkacaktır.

Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulur. Kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocuklar, gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur (ÇKK m. 16). Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 37. maddesinin c bendinde ve Yönetmeliğin 19. maddesinde (b/5) çocukların yetişkinlerden ayrı yerde tutulmaları açıkça ifade edilmiştir.

Çocuklarla ilgili işlemlerin mümkün olduğu ölçüde sivil kıyafetli görevliler tarafından yerine getirilmesi ve çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılmaması gerekmektedir. Ancak, zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınması mümkün (ÇKK m. 18; YGİY m. 19/b-9, 10) olmakla birlikte kelepçe ve benzeri aletlerin takılması söz konusu değildir.

Çocuklar hakkında soruşturma işlemlerinin çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcılar tarafından bizzat yapılması gerekmektedir (ÇKK m. 15/1). Gecik-

mesinde sakınca bulunan hâllerde, soruşturma çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet savcıları tarafından da yerine getirilebilmektedir. Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturmaların Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iş bölümünde gösterilen Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerekmektedir (Uygulama Yönetmeliği m. 5/1 ve 2).

Yakalama ve gözaltına alma tedbiri açısından 19. maddede yer almayan konularla ilgili yetişkinlere ilişkin hükümler uygulanacaktır. ÇKK'nın 42. maddesi, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesine yer vermektedir. Örneğin yakalama ve gözaltına alma işlemine karşı başvuru CMK'nın 91/4. maddesine göre yapılacaktır. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 37. maddesinin d bendinde, özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır. Kanunumuzda özel düzenleme yoksa da genel hüküm olan 91/4. madde çocuklar için de uygulanacaktır. Ayrıca bu düzenleme, ivedi karar verilmesi noktasında gerekli hükmü de içermektedir. 91/4. maddeye göre, hakimnin evrak üzerinden derhal ve 24 saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırması gerekmektedir.

## SONUÇ

Çocuklara ilişkin düzenlemeler incelendiği kadarıyla bazı hükümlerin yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Her şeyden önce reşit kabul edilen çocukların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda çocuk kabul edilip edilmeyeceği Ceza Kanunumuz açısından sorun teşkil etmektedir. Kanaatimizce 18 yaşından küçük olmakla birlikte reşit olmuş kişilerin durumunun Türk Ceza Kanunu açısından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilen suça sürüklenen çocuk ifadesinin doğru olmadığını düşünüyoruz. Hakkında suç işlediği iddia edilen, henüz suç işlediği sabit olmayan kişinin suça sürüklenen çocuk olarak ifade edilmesi çocuklar hakkında kabul edilen esaslara ve ceza muhakemesi ilkelerine uygun düşmemektedir. Kavramın yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Kanunlarımızda yer verilen çocuk tabirinin her kanunun sistemine uygun olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza Kanunumuzdaki çocuk ibaresi fiilin işlendiği esnada çocuk olmayı, Ceza Muhakemesi Kanunumuzdaki çocuk ifadesi ise işlemin yapıldığı esnada çocuk olmayı karşılamaktadır. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki çocuk tabiri ise, müessesenin hangi kanun kapsamına giriyorsa ona göre değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ancak aşağıda belirtilecek bazı hükümlerde sorun bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda çocuklar hakkında kabul edilen zorunlu ceza indiriminin kaldırılarak hakime tedbir uygulama noktasında takdir yetkisinin tanınması, kovuşturma yoluna başvurmaksızın şekli olmayan yoldan çözüm mekanizmalarının geliştirilmesi gerekmektedir. Tedbirlerle sonuca ulaşamadığında veya bazı ağır suçlarda dava açılarak çocuğa ceza verme imkanının tanınması yolunda düzenlemeye gidilmelidir. Güvenlik tedbirlerinin her yaş grubundaki çocuk için uygulanmasına yönelik düzenleme getirilmesi, hükmedilecek güvenlik tedbirleri noktasında revizyona gidilmesi yolu tercih edilmelidir.

Ceza muhakemesinde çocuklara ilişkin düzenlemelerin işlemin yapıldığı ana göre değerlendirilmesi gerektiği için zorunlu müdafiliğin, duruşmanın aleniliğinin veya kapalı yapılmasının işlem anına göre yapılması kabul edilmelidir. Ancak duruşmanın yapıldığı anda 18 yaşını doldurmuş kişinin aleni duruşmasında daha önce gizli olması gereken bilgiler (sosyal inceleme raporları) aleni hale geleceğinden buna ilişkin gereken koruma sağlanmalıdır.

ÇKK'daki (m.4) ilkeler uluslararası sözleşmelere uygun olmakla birlikte, bu ilkelerin kanuni düzenlemelerde de karşılığının bulunması gerekmektedir. Eksikliklerin ve hataların yönetmelikle tamamlanması yerine kanunda açıklığa kavuşturulması, özellikle temel haklar konusunda yönetmelikte düzenleme yapmaktan kaçınılması yoluna gidilmelidir. Bu çevrede yakalama, gözaltına almaya ilişkin düzenlemelerin yönetmelik yerine ÇKK'da yapılması, güvenlik tedbirleri konusunda değişikliğe gidilmesi, suça sürüklenen çocuklar ile korunmaya ihtiyacı olan çocuklar için farklı belirlemeler getirilmesi, cezanın son çare olduğunu gösterecek hükümler konulmalıdır. Çocuklarla yetişkinlerin birlikte suç işlemleri halinde birleştirmenin kabul edilmemesi, bu yöndeki ÇKK'nın 17. maddesindeki düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

ÇKK'nın adli kontrole ilişkin 20.maddesinde değişikliğe gidilmesi, tedbirlerin yeniden düzenlenmesi, tedbirlerin değiştirilebilme imkanının getirilmesi, her tedbire uyulmadığında tutuklamaya karar verilmemesi, bu yöndeki düzenlemenin de yönetmelik de değil ÇKK'da yapılması gerekir. Tutuklamanın da en son çare olması ilkesinin uygulanabilmesinin sağlanması için adli kontrol tedbirlerine çocuklar açısından özel önem gösterilmesi gerekir. Tutuklama bağlamında söylenmesi gereken diğer bir şey de çocuklara ilişkin yargılamaların hızlı yapılması ve tutuklama sürelerinin en aza indirilmesi için işlemlerin süratle sonuçlandırılmasına ilişkin hükümlerin getirilmesidir. Koruma tedbirlerinde yaş belirlemesi noktasında ceza muhakemesi ilkelerinden ayrılacaksa kanunda bunun açıkça hükme bağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda ÇKK'nın 21.maddesindeki 15 yaşını bitirmemiş ifadesiyle ilgili hükümde açıklığa gidilmelidir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde eleştirmek istediğimiz en önemli konu, kanunda yer almayan koruma tedbirlerine ilişkin düzenleme-

lerin yönetmelikle yapılmasıdır. Bu düzenlemelerin hükme bağlanmaları gereken yerin, kanuni düzenlemeler olduğunu düşünüyoruz. Şu anki durumda kanunda yer verilen bir çok farklı (yakalama, gözaltına alma dışındaki) düzenlemenin yönetmelik hükmüyle yorumlanması yoluna gitmekteyiz. Örneğin, arama, beden muayenesi gibi işlemler açısından Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesine gidiyoruz. Yine kimlik tespiti amacıyla yakalanan 12 yaşından küçüklerin tutuklanmalarının mümkün olmadığını (PVSK m. 4/A-9) söz konusu Yönetmeliğin 19. maddesine göre belirliyoruz.

Çocukların korunması ve eğitilmesinin sağlanması, toplumda sağlıklı birey olarak yetişmeleri, sorumluluk duygularının gelişmesi, kurallara uyan bireyler olması için diğer düzenlemeler yanında ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku bağlamında da düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Buna ilişkin düzenlemeler mevcut kanunlarımızda yer almakla beraber yukarıda belirtilen konularla ilgili değişikliğe gidilmesinin uygun olacağını düşünüyoruz. Özellikle ceza hukuku bağlamında çocuğun kişiliğini ön planda tutan düzenlemelerin yapılması, özellikle tedbirler noktasında değişikliğe gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

### **KAYNAKÇA**

- Akbulut, Berrin, Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara 2010.
- Akbulut, Berrin, "5739 Sayılı Kanun Değişikliğinin TCK'nın 50. Maddesiyle İlgili Getirdikleri", Editör Prof. Dr. Adem Sözüer, Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey (26 Mayıs-4 Haziran 2010), C. II/Volume II, İstanbul 2013, s. 1884, 1885.
- Albrecht, Hans-Jörg, (Çev.: Selman Dursun), "Almanya'da Gençlik Adaleti", Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s.533.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin-Tan, Umran Sölez, "Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükümün Ertelenmesi Müessesesi", AÜSBFD, 1992, C. 47, S.1-2, s. 65 vd.
- Centel, Nur, "Çocuk Mahkemeleri Yasa Tasarısına Eleştirel Yaklaşım", Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 329, 330
- Centel, Nur, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 35.

- Centel, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2010.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.
- “Çocuk ve Terör Suçları”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S. 6, s. 16 vd.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, “40/33. Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 49 vd.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Hamon, Herve, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 70, 73, 76.
- Hans Heinrich, Jescheck-Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Berlin 1996.
- Heinz, Wolfgang, (Çev.: Mustafa Ruhan Erdem), “Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza Yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 274.
- Koca, Mahmut, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 20 vd.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2012.
- Kreuzer, Arthur, (Çev.: Yener Ünver), “Alman Gençlik Ceza Hukuku Hala Çağdaş mıdır”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 102.
- Kunter, Nurullah, “Suçlu Çocuklar ve Çocuk Mahkemeleri Kanunu Nasıl Olmalı”, İÜHFM, 1949, C.XV, S. 1, s. 55.
- Lutz, Paul, Çocuk Suçluluğu, Ankara 1965.
- McCarney, Willie, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 96, 97.
- Özaydın, Özdem, “Türk-Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S. 5, s. 49 vd.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012.

- Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Temmuz 2012 Değişiklikleriyle Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012.
- Özgenç, İzzet, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, *Facultatis Decima Anniversaria*, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 262, 263.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar Kırıt, Yasemin-Özaydın, Özdem-Alan Akcan, Esra- Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2012.
- Paul, Andreas, (Çev.: Ali Kemal Yıldız), “Gençlik Ceza Hukukundaki Yaş Basamaklarının Reformu”, *Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, Ankara 2005, s. 379 vd.
- Perron, Walter, in Schönke, Adolf-Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar, mitkommentiert von Lenckner, Theodor-Cramer, Peter-Stree, Walter*, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin-Heine, Günter-Perron, Walter- Sternberg Lieben, Detlev-Eisele, Jörg-Bosch, Nikolaus-Hecker, Bernd-Kinzig, Jörg, unter Mitarbeit von Schittenhelm, Ulrike, München 2010.
- Plagemann, Gottfried, “Türk ve Alman Hukukuna Göre Çocukların Eğitimi ve Korunması”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2010, Yıl 1, S. 2, s. 17 vd.
- Semerci, Bengi, “Suça Sürüklenen Çocuklar”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2010, Yıl 2, S. 6, s. 39, 40.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2010.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2010.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2012.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005
- Şahin, Cumhur-Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Şensoy, Naci, “Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri”, *İÜHFİM*, 1949, C. XV, S. 2-3, s. 575 vd.

- Şensoy, Naci, “Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri”, İÜHFM, 1949, C. XV, S. 1, s. 95 vd.
- Tekin, Uğur, “Ceza Yargılamasında Avrupa’daki Yeni Uygulamalar”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 487.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan Erdem-Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2012.
- Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006.
- Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Ünal, Aslı, “Türkiye’de Suça Sürüklenen Çocuklar: Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlü Çocuklara İlişkin Bir Analiz”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, 2010, Yıl 2, S.5, s. 41-43.
- Ünver, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, CHD, 2006, Y. 1, S.1, s. 64.
- Üzülmez, İlhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, ErcÜHFD 2009, C. IV, S. 2, s. 30.
- Winter, Renate, “Avusturya Sistemi”, Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 117-119.
- Winter, Renate, İn: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 40.
- Yenisey, Feridun, “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2005, s. 19, 20, 21.
- Yenisey, Feridun, in: Çocuk ve Genç Adalet Sistemi Sempozyumu (4-5 Haziran 2005), İstanbul 2006, s. 46.
- Yokuş Sevük, Handan, “Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesi’nin Değerlendirilmesi”, TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004, s. 187, 188.
- Yokuş Sevük, Handan, “Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 634.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, TCK m.1-75, Ders Kitabı, İstanbul 2010.
- Zafer, Hamide, “Küçük/Genç Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturmasının Özellikleri”, Prof.Dr. Ayferi Göze’ye Armağan, İstanbul 2004, s. 342.

# KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU (TCK m.109)

*(Deprivation of Liberty Offense the Turkish Penal Code)  
(Turkish PC Art.109)*

Özlem YENERER ÇAKMUT\*

## ÖZET

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Yasası m.109'da düzenlenmiştir. 765 Sayılı mülga Ceza Yasası'nda yer alan birçok suç tipini bir araya getiren bir hükümdür. İnsanlar bir yerde kalma, başka bir yere gitme bakımından tamamen seçim hakkına sahiptirler. Bu hakkın ihlali yaptırımla karşılanmaktadır. Yasa koyucu mülga Türk Ceza Yasası'nda olduğu gibi yeni Türk Ceza Yasası'nda da bu hakkı koruma altına almış ve ihlalini yaptırıma bağlamıştır.

**Anahtar kelimeler:** Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, Bireyin serbestçe hareket edebilme özgürlüğü, Hareket özgürlüğünün kısıtlanması suçu.

## *Abstract*

Deprivation of liberty is regulated in Article 109 of Turkish Criminal Code no. 5237 that gathered various crime type that were regulated in former Turkish Criminal Code no. 765. People have right to choose in terms of staying somewhere and going someplace else. As it was referred in former Criminal Code, Turkish lawmaker protected this right under new Criminal Code and also imposed sanction for breaching it.

**Keywords:** Deprivation of liberty, Freedom of movement, Restriction of freedom of movement.

## I. Giriş

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu TCK. m.109'da, "(1)Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir./ (2)Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmo-

\* Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



*lunur./ (3)Bu suçun; a)Silahla, b)Birden fazla kişi tarafından birlikte, c)Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d)Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e)Üstsoy, altsoy veya eşe karşı, f)Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır./ (4)Bu suçun mağdurun ekonomik bakımından önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur./ (5)Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır./ (6)Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” biçiminde düzenlenmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından etkin pişmanlık hali TCK m.110’da; “(1)Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir” şeklinde düzenlenmiştir. TCK m.111’de ise tüzel kişiler bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükmeye göre, “(1)Tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”.*

## II. Eski ve Yeni Yasanın Karşılaştırılması

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası m.109 ile düzenlenen suç tipi mülga 765 sayılı Türk Ceza Yasası’nda düzenlenmiş bulunan birçok suç tipini bir araya getirmiştir. Mülga Yasada yer alan kimi suçlar, yeni düzenlemede suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Örneğin, memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (765 sayılı TCK m.181), küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu (765 sayılı TCK m.182) gibi. Ayrıca 765 sayılı TCK’da düzenlenmiş bulunan kız, kadın ve erkek kaçırma suçları (765 sayılı TCK m.429-433) 5237 sayılı TCK’ya alınmamış olduğundan bu nitelikteki davranışlar 109.madde kapsamında ele alınmak durumundadır. Benzer biçimde 765 sayılı TCK m.499’da düzenlenmiş bulunan adam kaldırma suçu da yeni Türk Ceza Yasası’na alınmadığından yağma suçunu işlemek amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olduğunda fail hem TCK m.109 ve hem de TCK m.148’de yer alan yağma suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır<sup>1</sup>.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, *kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun kılınması* suretiyle işlenebileceği yasa metninde açıkça düzenlenmiş bulunduğu bağli hareketli suç olarak ele alınmıştır. Belirtilen hareketlerden birinin yapılması yeterli olduğundan aynı zamanda suç seçicilik hareketli bir suçtur. 765 Sayılı Yasa bakımından ise suç serbest hareketli suç olarak düzenlenmiştir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, 252; D.Tezcan/M.R.Erdem/R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, 382-383.

<sup>2</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 383.

### III. Suçla Korunan Hukuki Değer

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan hukuksal değer, bireylerin kendi istek ve iradeleri ile hareket edebilme özgürlüğü ve hakkıdır. İnsanlar bir yerde kalma, başka bir yere gitme bakımından tamamen seçim hakkına sahiptirler ve bu konuda serbestlikleri bulunmaktadır. Oysa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile insanların bu özgürlüğü ihlal edilmektedir<sup>3</sup>.

### IV. Suçun Faili

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili herkes olabilir. 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 109. maddesinde, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan "kişi"den söz edildiğinden, suçun faili açısından bir özellik söz konusu değildir.

Fail kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suçu işler ise cezanın ağırlaşması söz konusudur (TCK m.109/3-d). Ayrıca fail ile mağdur arasında üst-alt soy bağı veya eş olma ilişkisi mevcut ise bu hal suçta ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir (TCK m.109/3-e).

### V. Suçun Mağduru

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun mağduru, teknik araçla veya başkasının yardımıyla da olsa hareket serbestisine diğer bir ifade ile yer değiştirme yeteneğine sahip herkes olabilir<sup>4</sup>. Mağdur, çocuk, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi ise faile verilecek ceza artırılacaktır (TCK m.109/3-f). Fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisine sahip olup olmadığının veya sahip olduğu bu serbestiyi kullanmak isteyip istemediğinin önemi yoktur. Bu nedenle suç potansiyel hareket özgürlüğünü de koruma altına almıştır<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> N.Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, 82; M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, 258; W.Joecks, Studienkommentar, StGB, München 1999, 430; S.Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, 175; R.Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara 2002, 39; A.Parlar/M. Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Cilt, (Madde 1-140), Ankara 2007, 901-902; İ.Üzülmez, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, 22 vd.

<sup>4</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 263; V.Ö.Özbek/N.Kanbur/K. Doğan/P.Bacaksız/İ.Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 429. Esasen hareket serbestisine sahip olmayan yeni doğmuş çocuğa karşı bu suçun işlenemeyeceği görüşü için bak.Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 82; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 385; G.Küpper, Strafrecht Besonderer Teil 1, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, Berlin-Heidelberg-New York 1996, 47.

<sup>5</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 384; Joecks, Studienkommentar, StGB, 430; A.Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar (5237 sayılı TCK. m.106-122)", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, 13.02.2013, saat.21.00; J. Wessels/M.Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, Heidelberg 1999, 89; O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,

Dolayısıyla mağdur, hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmeyen kendinden geçmiş, bayılmış biri veya bir akıl hastası veya kendini bilemeyecek derecede alkol almış bir kimse olabilir<sup>6</sup>. Mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi suçun oluşumu bakımından gerekli değildir. Failin hukuka aykırı olarak mağdurun hürriyetini sınırlaması suçun oluşumu için yeterlidir<sup>7</sup>. Ayrıca tutuklu veya hükümlüler gibi bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak bakımından iradeleri kısmen sınırlanmış kişiler de kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olabilirler<sup>8</sup>.

## VI. Suçun Unsurları

### 1. Maddi unsur

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun maddi unsuru, ***bir kimseyi, hukuka aykırı olarak, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden, yoksun bırakmaktır***. Kişi hürriyeti, 5237 sayılı Yasa'da, 765 sayılı mülga Türk Ceza Yasası'ndan farklı olarak, "*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak*" biçiminde somutlaştırılmıştır<sup>9</sup>. Hürriyetten yoksunluk kısa veya uzun süreli olabilir; bu durumun suçun oluşumuna etkisi yoktur. Anlık tutmalar ise suçun oluşumunu engeller<sup>10</sup>. Suçun oluşumu bakımından sürenin kısıtlılığını takdir somut olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilecektir<sup>11</sup>.

Kişinin hukuka aykırı olarak, diğer bir ifade ile hukuk izin vermediği halde hürriyetinin kısıtlanması gereklidir<sup>12</sup>.

Suç icrai veya ihmali hareketle işlenebilir<sup>13</sup>. Suçun işleniş şekli bakımından

III (Madde 86-146), Ankara 2010, 3616.

<sup>6</sup> A.Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, 27; M.E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, TCK Şerhi, Özel Hükümler, 3.Cilt (Madde 76-131), Ankara 2009, 2820-2821; A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Cilt, (Madde 1-140), Ankara 2007, 902.

<sup>7</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2821.

<sup>8</sup> D. Soyaslan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2005, 200; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 263; Ö.Özbek/K.Doğan, in: V.Ö.Özber, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, 717.

<sup>9</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 256.

<sup>10</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 430; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 388; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 258; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 84; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, 90.

<sup>11</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 258.

<sup>12</sup> "Dış ilişkiler sorumlusu olduğunu beyan ettiği gazinoda oryantal olarak çalışan müşterinin işten ayrılmak istediğini belirtmesi üzerine bunu engellemek amacıyla kaldığı evin kapısını dışarıdan kilitleyip hukuka aykırı olarak müşterinin hürriyetini sınırlayan ve müşterinin ihbarı üzerine güvenlik güçleri ile giderek kapıyı dışarıdan açan sanığın kanıtlanan bu eylemi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu halde yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi", Y8CD, 12.09.2006-218/6638, Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3670.

<sup>13</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 83; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler,

herhangi bir sınırlama söz konusu değildir, farklı şekillerde fiilin gerçekleştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla suç serbest hareketlidir. Mağdurun narkoz ile bayıltulması, elinin/ayağının bağlanması, kapalı bir yerde tutulması, kapı açık dahi olsa bulunduğu yeri serbest iradesi ile terk etmesini engelleyici tedbirler alma suretiyle kişinin hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olabilecektir<sup>14</sup>.

Öte yandan mağdurun bir yerden başka bir yere gitmesi için zorunlu olarak bağlı olduğu araçların alınması veya onlara zarar verilmesi suretiyle kullanılmasına engel olunması durumunda da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır<sup>15</sup>. Bu kapsamda felçli kişinin ihtiyaç duyduğu tekerlekli sandalyesini veya bastonunu almak, banyoda bulunan birinin kıyafetlerini saklamak vb. hareketler kişinin hareket serbestisini ortadan kaldıracığından TCK m.109'da düzenlenmiş suçun oluşmasına sebebiyet verecektir<sup>16</sup>.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu silah, uyuşturucu madde gibi araçlar kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi tehdit, hile gibi manevi veya yakalama, bağlama gibi fiziki araçlarla da işlenebilecektir<sup>17</sup>.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz (mütemadi) suçtur. Zorunlu mütemadi suç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>18</sup>. Kesinti gerçekleştiği anda fiil biter. Kesinti fail tarafından iradi olarak ya da dış etkenlerle meydana gelebilir<sup>19</sup>.

## 2. Hukuka aykırılık unsuru

TCK m.109'da yer alan suçun işlenmesi için kişiyi hürriyetinden "hukuka aykırı olarak" yoksun bırakmak gereklidir. Suç tipinde fiilin hukuka aykırılığı özel

258; Joecks, Studienkommentar, StGB, 434; Soyaslan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 199; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3616. Aksi görüş için bak. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 430; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 387.

<sup>14</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 430-431; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 258-259; Ç.Arslan/B.Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 499.

<sup>15</sup> F.Erem-N.Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1987, 98; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 259; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 387.

<sup>16</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 259; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 430-431. "Sanığın, nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu mağdureyi rızası hilafına geceleyin ıssız ve çalılık yere götürdüğü, yaklaşık 4,5 saat kıyafetlerini saklayarak bir yere gitmek ya da kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak suretiyle kendi arzu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme serbestisini elinden aldığı anlaşılmalı, nitelikli kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraat hükmü kurulması", 31.01.2008-2007-14008/2008-568, E.Baytemir, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar, Ankara 2009, 531.

<sup>17</sup> Küpper, Strafrecht Besonderer Teil 1, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, 48; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 259.

<sup>18</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 261.

<sup>19</sup> Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, (Madde 1-140), 902.

olarak ve ayrıca gösterildiği için “hukuka özel aykırılık” söz konusudur. Dolayısıyla hakim, faili TCK m.109 anlamında cezalandırabilmek için genel kast dışında ayrıca hukuka aykırılık bilinci ile hareket edip etmediğini araştırmak zorundadır<sup>20</sup>.

Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen göz altına alma, tutuklama durumunda ya da haksız bir saldırıdan kurtulmak için yasal savunma durumunda bulunan kişinin saldırganın hürriyetini kısıtlaması fiili hukuka uygun kılar. İlgilinin rızasının varlığı halinde de suç oluşmayacaktır<sup>21</sup>. Ancak bu halde fiilin hukuka uygun sayılması için rıza açıklaması yapan kişinin ehliyetinin bulunması, rızanın kanuna, genel adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gereklidir<sup>22</sup>. Benzer biçimde Ceza Muhakemesi Yasası m.2/1-j’de yer alan ve herkese, suçüstü veya suçüstü sayılan hallerde faili geçici olarak yakalama yetkisi tanıyan düzenleme çerçevesinde gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılma hali de hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır<sup>23</sup>. Yasal temsilci olan anne ve/veya babanın velayet hakkı çerçevesinde koruma ve gözetim amacıyla çocuğuna yönelik olarak uyguladığı tedbirler de –hakkın suiistimali boyutunda bulunmadığı sürece- hukuka uygunluk kapsamında ele alınabilecektir. Türk Medeni Yasası tarafından tanınan velayet hakkının sağladığı yetkiler beraber veya münferiden anne ve/veya baba tarafından kullanılabileceğinden TCK m.109’da yer alan suçun oluşumuna engel olacaktır. Bu noktada yetkinin kötüye kullanılması sorumluluğun doğumuna neden olabilecektir<sup>24</sup>.

### 3. Kusurluluk

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur; genel kast bu suç için yeterlidir<sup>25</sup>; suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir<sup>26</sup>. Fail, mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetini kullanamaz hale getirmelidir. Diğer bir ifadeyle mağdurun hareket serbestisini ortadan kaldırmalı ve bunu bileerek ve isteyerek yapmalıdır. Failin kastı doğrudan kast olabileceği gibi; olası kast da olabilir. Suçun olası kastla işlenmesinin sonucu, TCK m.21/2 uyarınca, failin

<sup>20</sup> Erem-Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 100-101; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 391-392.

<sup>21</sup> “Suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdurenin rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY’nın 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında ise de, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir”, YCGK, 11.03.2008-253/52, O.Şirin/H. Aşaner/Ö.Güven/G.Yalvaç/M.Özdemir/K.Erel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu (Eylül 2004-Temmuz 2008), Ankara 2008, 338.

<sup>22</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 85-86; Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, (Madde 1-140), 901-902.

<sup>23</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 85; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 273; E.Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I (m.1-140), İstanbul 2006, 439.

<sup>24</sup> Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, 439, 443.

<sup>25</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 437.

<sup>26</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2830.

cezasının indirilmesidir. Faildeki saikin, bu suçun temel şekli bakımından önemi yoktur. Suçun cinsel amaçla işlenmesi durumunda faille verilecek ceza artırılabacaktır (TCK m.109/5). Ayrıca suçun terör amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda da suç terör suçu sayılacak ve sorumluların cezası da artırılabacaktır (TMK m.4a, m.5).

## VII. Suç ve Cezaya Etki Eden Nedenler

### 1. Suçu ağırlaştırıcı nedenler (suçun nitelikli halleri)

#### a. Suçu işlemek için veya suçun işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK m.109/2)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya suçun işlendiği sırada failin mağdur üzerinde cebir, tehdit veya hile kullanması durumunda ceza artırılabaktadır. Suçun nitelikli hali, cebir, tehdit veya hilenin icra hareketlerinin tamamlanması aşamasında kullanılması durumunda söz konusu olacağı gibi; mağdur hürriyeti kısıtlandıktan sonra temadi boyunca sürekliliği sağlamak adına veya bu sırada kullanılması durumunda da uygulanacak ve ceza artırılabacaktır<sup>27</sup>.

Cebir, failin mağdur üzerinde maddi zor kullanmasıdır. Mağdur üzerindeki maddi zor, onun bir yere gitmesi veya bir yerde kalması için veyahutta hürriyetinden yoksun bırakıldığı sırada uygulanması gereklidir. Cebirin eylemin devamı süresince uygulanması gerekli değildir; başlangıçta mağdurun direncinin kırılmasına elverişli olması yeterlidir<sup>28</sup>.

Tehdit, mağdura kendisi veya bir yakınına ilişkin olarak ileride onlar üzerinde gerçekleştirilecek bir kötülüğün bildirilmesi olarak ifade edilmektedir. Söz konusu kötülük hayat, vücut bütünlüğü, şeref ve onur, sosyal veya ekonomik itibar bakımından olabilir<sup>29</sup>.

Hile, *birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, desise, entrikadır*<sup>30</sup>. Hile durumunda bir kimsenin diğeri tarafından bilerek ve istenerek yanıltılması söz

<sup>27</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 86; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2824.

<sup>28</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3623; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2824.

<sup>29</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2824-2825; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3623. "Sanığın yakınının yanına giderek yakından kendisini mobiletle gezdirmesini istemesi, yakınının kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek "Beni mobiletine gezdir, yoksa mobiletinin lastiklerini keser, mobiletine zarar veririm." diye söyleyerek yakınının kendisini mobilette fuar içinde gezdirmesini sağlamak biçimindeki eyleminin, yakınının sanığın hâkimiyet alanına girmemesi, umuma açık yerde üstü açık mobiletle gezdirmesi nedenleriyle tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden yerinde olmayan gerekçe ile hürriyeti kısıtlama suçundan mahkûmiyet hükmünün kurulması", Y4CD 06.02.2007-2006-8912/2007-1212, H.Polat, 5237 Sayılı TCK'da Yer Alıp Uygulamada En Çok Karşılaşılan Suçlar, Ankara 2010, 354-355.

<sup>30</sup> <http://www.tdk.org.tr>, 18.12.2009, saat.12.10.

konusudur. Yanıltma için söz, hareket veya başka herhangi bir araç kullanılabilir. Bu durumda mağdur üzerinde yanlış bir kanı uyandırılmakta ve belli bir davranış modeli sergilemesi için yönlendirilmekte hatta buna zorlanmaktadır. Hile doğrudan mağdur üzerinde gerçekleştirilebileceği gibi iyi niyetli üçüncü kişi vasıtasıyla da yapılabilir<sup>31</sup>.

### **b. Suçun silahla işlenmesi (TCK m.109/3-a)**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Suçun silahla işlenmesinin nitelikli hal sayılarak fiili bu nitelikte bir araçla işleyen faile ağır ceza verilmesinin nedeni, silahın mağdur üzerinde yarattığı etki, oluşturduğu korku ve suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır<sup>32</sup>.

TCK. m.6'da silah kavramından, *ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddelerin* anlaşılacağı ifade edilerek, silah türleri gösterilmiştir<sup>33</sup>.

Türk Ceza Yasası kapsamında silah sayılacak aletler, sadece bu Yasa ile sınırlı değildir. Objektif olarak, bir silahın etkisini oluşturmaya elverişli her objenin silah kapsamında görülmesi gerekir. Dolayısıyla, mekanik olanlar kadar, kimyasal olan, vücudun dışında veya içinde etki gösteren objeler de silah sayılır.

Silahın saldırı ve savunma aracı olarak kullanılması gerekir. Bu nedenle, vücut kısımları silah sayılmaz. Ancak, suç işlenirken kullanılan aracın silah sayılması ve fail hakkında ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için, Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere, özel olarak üretilmiş olması şart değildir<sup>34</sup>. Nitekim, Yargıtay, aletin saldırı ve savunma sırasında kullanılması-

<sup>31</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3623; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2825. "Hükümlünün, dükkânında bulunan org ile oynatma bahanesiyle mağdureyi alıkoyması halinin 5237 sayılı TCK.nun 109/2. maddesindeki "hile" unsurunu oluşturması nedeniyle bu madde esas alınarak karşılaştırma ve sonucuna göre uyarlama yapılması gerektiği ve bunda kazanılmış hakkın söz konusu olmayacağına gözetilmemesi", Y5CD, 03.01.2006-2005-19499/2006-42, Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3616.

<sup>32</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2825.

<sup>33</sup> Silah kavramı için ayrıca bak.10.07.1953 Gün ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Yasa (RG. 15.07.1953 No.8458).

<sup>34</sup> "Kazma silahtan sayılır" (Y4.CD, 5.5.1993-2765/3731); "Tornavida silahtan sayılır" (Y4.CD, 3.11.1989-5851/6723); "Nakış makası, silahtandır" (Y2CD, 4.2.1987-55/827); "Küreğin demir aksamının tamamının silahtan sayıldığı nazara alınmadan, küreğin kesici olmayan kısmı ile vurulduğundan bahisle ağırlaştırıcı nedenin uygulanmaması" (Y2CD, 30.10.2003-14976/13461); "Yaralanmanın silahtan sayılan kırık cam şişe parçasıyla oluşup oluşmadığı yönünde raporu düzenleyen doktordan ek mütalaa alınması" (Y6CD, 8.12.2003-20236/9550); "Levyce demiri,

nın ve aynı anda kesici, delici ya da bereleyici özelliğe sahip bulunmasının yeterli olacağını ifade etmiştir<sup>35</sup>. Öte yandan, silahın taşınabilir olması gerekir. Uyku ilacı, eter, göz yaşartıcı gaz spreyi ve yüksek dozda kullanılan ilaçlar da Türk Ceza Yasası uygulamasında silah sayılmak gerekir<sup>36</sup>. Bu bakımdan, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, aracın kullanılma biçimiyle yaratılan tehlike, objenin silah olarak değerlendirilmesinde esas alınmalıdır<sup>37</sup>.

### c. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK m.109/3-b)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hal sayıldığı için fail bakımından cezanın ağırlaşmasını sonuçlayacaktır. Söz konusu düzenlemede *birden fazla kişi* denildiği için suçun en az iki kişi tarafından *birlikte* işlenmesi gerekir. Suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi fiilin gerçekleştirilmesini kolaylaştıracığı gibi mağdurun savunmasını da zorlaştıracaktır.

*Birlikte işleme* fiili gerçekleştirmek için hareket eden iki kişinin müşterek fail olmasını diğer bir ifade ile fiili birlikte işlenmesini gerektirir (TCK m.37). Suça iştirak edenler bakımından iki kişiden birinin yardım eden veya azmettiren sıfatına sahip olarak fiile katkıda bulunması halinde bu nitelikli hal uygulanamaz<sup>38</sup>.

### d. Suçun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi (TCK m.109/3-c)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğuracaktır. Mağdurun salt kamu görevlisi olması, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması sonucunu doğurmaz. Suçun, mağdurun yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla işlenmesi gerekir<sup>39</sup>.

silahlı” (Y2CD, 20.4.1992-3824/4642); “Önceden kırılıp kesici hale getirilmeyen çay bardağı silah sayılmaz” (Y4CD, 25.3.1987-1852/3032), Erol, 19-23. “Mağdurun üzerine atılan kızgın yağın silahtan sayılıp sayılmayacağı hususu tartışılıp irdelenmeden” (Y2CD, 26.5.1999-3231/7279); “14.3.1996 tarih ve 4/1 sayılı içtihatları birleştirme kararı karşısında karısını dirgenle yaralayan sanık hakkında hükmedilecek cezanın artırılması gerekir” (Y4CD, 27.5.1998-4369/5483), Yaşar, 165, 1075.

<sup>35</sup> “Bir şeyin silah sayılması için, saldırma veya savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılması şart değildir. Yalnız o aletin bir olayda; saldırı veya savunmada kullanılması ve aynı zamanda kesici, delici veya bereleyici aletlerden olması gerekir. Suçta kullanılan levye demirinin sağlam ve muhkem olması, bereleyici özelliğinin tecavüzde kullanılması, vurulduğunda silah etkisi yaratması ve mağdurdaki yarının niteliği nazara alındığında silah olarak kabulü”, YCGK, 1.3.1993-4-23/44, Yaşar, 1060.

<sup>36</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3.Bası), 147.

<sup>37</sup> Erman/Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 125; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku (3.Bası), 147.

<sup>38</sup> N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 198.

<sup>39</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 87.



Kamu görevi sona ermiş olsa da kişinin kamu görevinin gereklerine uygun davranması dolayısıyla hürriyetinden yoksun kılınması halinde, yine bu hüküm uygulanacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Yasası m.6/1-c'ye göre, kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” dir<sup>40</sup>. Türk Ceza Yasası uygulamasında kimlerin kamu görevlisi sayılacağı konusunda aranacak ölçüt, kişinin *kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmasıdır*. Bu durum, madde Gerekeçesi’nde de aynen tekrar edilmiştir. Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet, *kamusal faaliyettir*<sup>41</sup>.

### e. Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (TCK m.109/3-d)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için, failin, fiili işlerken *kamu görevlisi olması* ve bu nedenle *sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması* gerekir<sup>42</sup>. Bu koşulların her ikisi bir arada bulunmalıdır. Başka bir anlatımla, kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu otoriteden, sözünü kabul ettirme gücünden yararlanmalıdır<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Madde Gerekeçesi: “Yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakiasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. -Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır” şeklinde düzenlenmiştir. Bak.N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekeçeli- Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 15-16.

<sup>41</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 493. “1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesinde (Avukatlığın kamu hizmeti olduğu) 57. maddesinde (görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında bu suçların hakimlere karşı işlenmesindeki hükümler uygulanır) denilmesi göz önünde tutulmaksızın, görevinden dolayı avukatını öldüren sanığa basit öldürmeye ilişkin hükmün uygulanması, bozmayı gerektirir”, Y1CD, 14.11.1991-2518/2719, H.Erol, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, 379.

<sup>42</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 397.

<sup>43</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 87; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 397. “Görevli C.Savcısı olan sanığın, otomobil ile giderken yol verip vermeme konusunda tartıştığı yakınlar R.D. ve Ö.D.’in memuriyet nüfuz ve yetkisini kullanarak, görevli polis memurlarına talimat verip karakola aldırması ve burada kötü muamelede bulunması biçimindeki eyleminin, 765 sayılı Yasanın özel hüküm niteliğindeki 181/1-2 ve 5237 sayılı TCY.nın 109/1-3 madde

Kamu görevlisi, bu sıfatı hukuka uygun olarak kazanmış olmalıdır. Görev ve görevin kapsamı, yasayla belirlenir<sup>44</sup>.

#### **f. Suçun üstsoy, altsoy ve eşe karşı işlenmesi (TCK m.109/3-e)**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe karşı işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğuracaktır (TCK m.109/3-e). Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması bakımından aranan akrabalık ilişkisi, Türk Medeni Yasası hükümlerine göre belirlenecektir.

Uygulamada, eş olma statüsü bakımından, geçerli resmi nikahın varlığı aranmaktadır. Taraflar hakkında ayrılık kararı verilmiş bulunması, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel olmaz. Resmi nikah bulunmaksızın, dini nikahla kurulmuş birlikteliklerde ise bu hükmün uygulanması suretiyle cezanın ağırlaştırılması söz konusu olmayacaktır<sup>45</sup>.

#### **g. Suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi (TCK m.109/3-f)**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır.

“Çocuk”, henüz onsekiz yaşını doldurmamış bireydir (TCK m. 6/1-b). Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, çocuktan başka yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhsal ya da fiziksel güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan aciz bir kimseye karşı işlenmesi de, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracaktır.

Bent kapsamında gösterilen mağdurların, konumları dolayısıyla, savunma olanaklarının azlığı fiilin işlenmesinde kolaylık sağlayacağından, söz konusu mağdurlara karşı suçun işlenmesi ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Mağdurun kendini savunamayacak duruma düşmesinde kendi kusurunun bulunması, bu nitelikli halin uygulanmasını engellemeyecektir<sup>46</sup>.

#### **h. Suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması (TCK m.109/4)**

Failin işlediği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun önemli bir

---

ve fıkralarına uyan suç oluşturduğu gözetilerek, 5237 sayılı TCY.larının anılan hükümlerinin karşılaştırılıp sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y4CD, 08.10.2007-4074/8017, Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, 515.

<sup>44</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 87; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 397.

<sup>45</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2828; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 88.

<sup>46</sup> Aynı doğrultuda: Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 395.

ekonomik kayba uğramasına neden olmalıdır. Bu nitelikli hal, suçun neticesi bakımından ağırlaşmış halini ifade eder. Failin söz konusu neticeyi istemiş olması gerekli değildir; TCK m.23 bakımından ağır neticeye yönelik taksirin varlığı belirtilen fıkra bakımından failin cezalandırılmasına yetecektir<sup>47</sup>.

### 1. Suçun cinsel amaçla işlenmesi (TCK m.109/5)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel amaçla işlenirse faile verilecek ceza artırılacaktır. Suçun “cinsel amaçla işlenmesi”nden maksat failin, fiili işlerken cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesidir<sup>48</sup>.

### 2. Suçu hafifleten nedenler

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi halinde fail hakkında uygulanabilecek özel bir hafifletici neden failin olası kastla işlenmesi halidir (TCK m.21/2). Bunun dışında başka bir hafifletici neden öngörülmüş değildir. Genel hükümler arasında yer verilen ve tüm suçlar için geçerli olan genel hafifletici nedenler bu suçta da geçerli olur.

### 3. Şahsi cezasızlık nedeni

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından şahsi cezasızlık hali, etkin pişmanlığın düzenlendiği TCK m.110'da yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen fail, suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce, mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendi iradesiyle güvenli bir yerde serbest bırakırsa cezasının üçte ikisine kadar indirilecektir<sup>49</sup>.

## VIII. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür (TCK m.36-37). Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz (mütemadi) suçtur ve bu suçun tamamlanma ve bitme anı birbirinden farklıdır. Suçun tamamlanma anı, mağdurun bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılması iken bitme anı mağdurun yeniden özgürlüğüne kavuştuğu andır<sup>50</sup>. Suçun oluşumu için hür-

<sup>47</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3627; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2838.

<sup>48</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2830; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3628.

<sup>49</sup> “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan soruşturmaya başlanmadan mağdur R.Ö.’e zarar verilmeden kendiliğinden serbest bırakan sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK.nun 110.maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y8CD, 31.03.2009-2008-15854/2009-5024, Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3682.

<sup>50</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 400.

riyetten yoksunluğun kısa veya uzun belli bir zaman süresince devam etmesi gereklidir. Suçun tamamlanması mağdurun iradesine uygun olarak hareket edebilme özgürlüğünün kısıtlanması ile gerçekleşeceğinden bu ana kadar yapılan hareketler teşebbüse sebebiyet verecektir<sup>51</sup>.

## 2. İçtima

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, failin ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenirse<sup>52</sup> veya birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenirse bu durumda TCK m.43 gereğince fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır<sup>53</sup>.

Cebir veya tehdit kullanılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi durumunda, cebir-tehdit kullanılması TCK m.109 anlamında nitelikli hal sayıldığından faile ayrıca cebir (TCK m.108) veya tehdit (TCK m.106) suçundan dolayı ceza verilmeyecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel amaçla işlenmiş ise bu hal TCK m.109 anlamında suçun nitelikli hali sayıldığından fail sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak hürriyetinden yoksun bırakılan mağdura karşı ayrıca cinsel içerikli hareketler de gerçekleştirilmiş ise failin cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar nedeniyle de cezalandırılması gerekecektir<sup>54</sup>.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yağma suçuyla da içtima edebilecektir.

<sup>51</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2838-2839. “Sanığın mağdureyi evine 20-25 km. uzaktaki işyerine götürmek suretiyle tabii güvenlik alanından çıkarıp, kendi nüfuz ve hâkimiyeti altına aldığı bu itibarla müsnet kaçırma suçunun tamamlandığı gözetilmeden eksik teşebbüs hükümlerinin uygulanması”, 27.02.2002-29/5067, Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, 559.

<sup>52</sup> “Sanığın bir ay gibi kısa ara ile mağdureye yönelik olarak gerçekleştirdiği cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılma suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediğinin anlaşıldığı ve hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği halde yazılı gerekçe ile anılan suçtan iki kez mahkûmiyetine karar verilmesi”, 08.04.2008-668/3345, Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, 559.

<sup>53</sup> “Sanıkların hile ile iki mağdureyi dayanışmalı olarak birlikte kaçırdıkları dosya içeriği ile anlaşıldığı ve böylece iki ayrı kaçırma suçunun oluştuğu gözetilmeden her bir sanığa tek suçtan ceza tayini”, 12.09.1995-2700/2446, Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, 573.

<sup>54</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, 3.Cilt, 2841; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 401.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bir nakil aracının kaçırılması suretiyle işlenirse failin TCK m.223/4 uyarınca ayrıca cezalandırılması gerekecektir<sup>55</sup>.

### 3. İştirak

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Suça iştirakin her şekli bu suçta mümkündür (TCK. m.37-39). Failler birlikte hareket etmiş olabilecekleri gibi<sup>56</sup>; biri diğerinin eylemine, yardım etmek suretiyle, katılmış da olabilir. Birden fazla kişinin birlikte, müşterek fail olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemeleri halinde cezaları TCK m.109/3-b uyarınca artırılacaktır<sup>57</sup>.

## IX. Yaptırım

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli (TCK m.109/1) için öngörülen ceza bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun nitelikli halinin düzenlendiği ikinci fıkra bakımından ise ceza iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır (TCK m.109/2). Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan nitelikli unsurların fiilde bulunması durumunda faile 1. ve 2. fıkraya göre verilecek cezanın bir kat artırılması gerekmektedir. Dördüncü fıkrada düzenlenmiş bulunan nitelikli halin varlığı halinde faile ayrıca bin güne kadar adli para cezası verilmek gerekecektir. Adli para cezasının alt sınırı TCK m.50'ye göre 5 gündür. TCK m.109'da düzenlenmiş bulunan suçun cinsel amaçla işlenmesi durumunda verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır (TCK m.109/5).

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bir tüzel kişi yararına işlenecek olursa, TCK m.111 uyarınca özel hukuk tüzel kişisi hakkında TCK m.60'da öngörülen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunmak gerekecektir.

Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kasıtlı bir suç olduğundan mahkumiyet halinde failin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması söz konusu olacaktır. Bu yoksunluklar kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2)<sup>58</sup>. Suç kamu görevinin sağladığı nüfuz

<sup>55</sup> Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Cilt, (Madde 1-140), 905.

<sup>56</sup> “Mağdureyi kaçırma esnasında aracı kullanan sanıklardan İ.’in suça iştiraki asli nitelikte olduğu halde fer’i fail olarak kabulüyle cezasından indirim yapılması”, 16.06.2008-2005-17439/2008-6431, Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, 550.

<sup>57</sup> Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Cilt, (Madde 1-140), 905. “Raporunda kollarında ekimoz saptanan ve reşit olmayan mağdurenin iki sanık tarafından getirildiğini bilmesine rağmen evinde kalmasına müsaade eden sanık M.’in bu suça iştirak ettiğinin kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle beraatına karar verilmesi”, 25.05.2005-2851/8290, Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, 547.

<sup>58</sup> Sözkonusu hak yoksunlukları şunlardır: 1) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun kalma,

kötüye kullanılmak suretiyle işlenir ise TCK m.53/5 gereğince verilen cezanın yarı oranıyla bir katı arasında hak yoksunluğuna da ayrıca hükmolünmek gerekecektir<sup>59</sup>.

### **X. Zamanaşımı**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli bakımından (TCK m.109/1) dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun nitelikli hallerinin (TCK m.109/2) dava zamanaşımı süresi ise suçun işlendiği tarihten itibaren onbeş yıldır (TCK m.66/1-a). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla yirmiiki yıl altı ay olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66).

### **XI. Muhakemeye İlişkin Kurallar**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi, herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır. Temel ve nitelikli kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu yargılamakla görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir<sup>60</sup>.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (TCK m.109) terör amacı ile suç işlemek için kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, terör suçu sözkonusu olur (TMK m.4/a). Bu gibi hallerde yetkili mahkeme, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemeleri'dir (TMK m.10).

2) seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun kalma, 3) velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun kalma, 4) vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun kalma, 5) bir kamu kurumunun veya kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun kalma.

<sup>59</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, 3632.

<sup>60</sup> 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun m.11 (RG 07.10.2004, No. 25606).

## **XII. SONUÇ**

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası m.109'da düzenlenmiş bulunan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 sayılı mülga Ceza Yasası'nda yer alan birçok suç tipini bir araya getiren bir hükümdür.

Bireylerin kendi istek ve özgür iradeleri ile hareket edebilmeleri haklarıdır. İnsanlar bir yerde kalma, başka bir yere gitme bakımından tamamen seçim hakkına sahiptirler ve bu konuda serbestlikleri bulunmaktadır. Bu hakkın ihlali ise yaptırımla karşılanmaktadır. Hukuka aykırı olarak bir kimsenin hareket serbestisinin elinden alınması tahammülü mümkün bir durum değildir. Dolayısıyla yasa koyucu mülga Türk Ceza Yasası'nda olduğu gibi yeni Türk Ceza Yasası'nda da bu hakkı koruma altına alınmış ve ihlalinin yaptırımına bağlamıştır.

## ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI KURALI

### *(Prohibition on Reformatio in Peius)*

Ali Rıza ÇINAR\*

#### ÖZET

İnceleme konumuz, yaygın deyişle “aleyhe değiştirme yasağı kuralı”dır.

Aleyhe değiştirme yasağı (Reformatio in peius) kuralı, 1412 sayılı eski Ceza Yargılama Yasası’nın temyiz (m.326/4) ve yargılamanın yenilenmesi (m.341/2) yollarında geçerliydi. Kural, yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’na göre; istinaf (m.283), temyiz (m.307/4), yasa yararına bozma (m. 309/4-b) ve yargılamanın yenilenmesi (m.323/2) yasalollarında benimsenmiştir.

Bu yasak, bir yasal buyruk ve zorunluluktur. Yasak, yalnızca sanık yararına (lehine) yasayolu davası açıldığında geçerlidir.

Aleyhe değiştirme yasağı kuralı, hükme karşı yalnızca sanığın, sanık savunmasının, sanığın eşi ya da yasal temsilcisinin yasayoluna başvurması durumunda uygulanır.

Ayrıca yasayollarının genel hükümleri arasında, Cumhuriyet savcısının sanık yararına yasayoluna başvurması durumunda da bu kuralın uygulanacağı düzenlenmiştir (m.265).

Söz konusu “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” adil yargılanma, “demokratik devlet” ve “hukukun üstünlüğü” ilkelerinin zorunlu bir sonucudur.

Yasakoyucu, Cumhuriyet savcısı dahil sanık yararına yasayolu davası açanların amacının sanığın durumunu iyileştirmek olduğunu düşünerek, buna göre düzenlemede bulunmuştur. Bu nedenle yararı olduğu için yasayoluna başvuran sanığı yeni kurulacak hükümdede, önceki hükümden daha kötü duruma düşürmeyi, zarara sokmayı ve durumunu ağırlaştırmayı uygun bulmamıştır.

Yasayolu davasının görüleceği mahkemeyle bozma sonrasında yargılama yaparak yeniden hüküm kuracak ilk derece mahkemesi, yalnızca yaptırımını (ceza) ve sonuçlarını sanık aleyhine ağırlaştıramazlar. Ancak, eylemin ceza hukukundaki (suç hukukundaki) adını, yani niteliğini değiştirebilirler.

**Anahtar kelimeler:** Yasayolları, Yasayolunun amacı, Aleyhe değiştirme yasağı kuralı, Kuralın tarihsel gelişimi, Hukuksal temeli, Hangi yasayollarında

\* Doç. Dr., Yargıtay Üyesi



ve hangi koşullarda uygulanacağı, Sanık yararına yasayollarına başvurabilecek kişiler, Kuralın yargılamada uygulama yöntemi ve kapsamı.

### *Abstract*

Our subject of analysis is – as it is commonly referred to – “the rule concerning prohibition on reformatio in peius”.

The rule concerning the prohibition on reformatio in peius applied with regard to appeals (Art. 326 (4)) and retrial (Art. 341 (2)) in the former Penal Procedure Code. The rule has now been adopted with regard to appeal on facts and law (Art. 283), appeal on law (cassation- Art. 307 (4)), reversal in favour of the administration of justice (Art. 309 (4) (b)) and retrial (Art. 323 (2)) in the new Penal Procedure Code no. 5271.

This prohibition is a legal command and requirement. The prohibition only applies when legal remedies in favour of the defendant are pursued.

The rule concerning prohibition on reformatio in peius only applies in case of the defendant, lawyer for the defendant, the defendant's spouse or legal representative having recourse to legal remedies against the judgment.

Further, it is provided amongst the general rules concerning legal remedies that the rule also applies in case of the public prosecutor having recourse to legal remedies in favour of the defendant (Art. 265).

The prohibition on reformatio in peius is a mandatory consequence of the right to a fair trial, and of the principles of “a democratic state” and “the supremacy of law”. The legislator has provided for the rule taking into account the fact that those, including the public prosecutor, having recourse to legal remedies in favour of the defendant do so with the purpose of improving the situation of the defendant. Hence, it did not find it appropriate to put in a worse situation than the previous judgment, to harm and to aggravate through the newly established judgment the situation of the defendant who had recourse to legal remedies on account of the legal interest he held.

The court sitting in judgment over the case where the legal recourse shall be heard and the court of first instance which will establish a new judgment based on the trial following a reversal decision shall only avoid to aggravate to the detriment of the defendant the sentence and its legal consequences. However, they may change the denomination, that is, the qualification of the act under penal law.

**Keywords:** Legal remedies, Purpose of legal remedy, Rule concerning prohibition on reformatio in peius, The historical development of the rule, Its juridical basis, In which legal remedies and under which conditions it shall apply, Persons authorized to have recourse to legal remedies in favour of the defendant, The method and scope of application of the rule during trial.

## GİRİŞ

Yasayoluna başvurma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Sözleşmeye Ek 7. No’lu Protokol’de, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda ve Ceza Yargılama Yasası’nda benimsenmiştir.

Yasakoyucu, Cumhuriyet Savcısı dahil sanık yararına yasayolu davası açanların amacının sanığın durumunu iyileştirmek olduğunu düşünerek buna göre düzenlemede bulunmuştur. Bu nedenle yararı olduğu için yasayoluna başvuran sanığı yeni kurulacak hükümde, önceki hükümden daha kötü duruma düşürmeyi, zarara sokmayı ve durumunu ağırlaştırmayı uygun bulmamıştır.

Çünkü yasayoluna başvurmanın sınırlandırıldığı ya da sanık yararına yasayolu davası açıldığında sanığın durumunu daha da ağırlaştırmayı uygun bulan düzende, devlet, adil yargılama görevini, sanık bakımından adil yargılanma hakkını çiğnemiş olurdu. İnceleme konumuz, yaygın deyişiyle “aleyhe değiştirme yasağı kuralı”dır. Söz konusu “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” adil yargılanma, “demokratik devlet” ve “hukukun üstünlüğü” ilkelerinin zorunlu bir sonucudur.

Bu incelememizdeki ana konumuz, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda olağan ve olağanüstü yasayollarında yer alan “aleyhe değiştirme yasağı” kuralıdır.

Böylece, çalışma konumuz, 5271 sayılı (yeni) Ceza Yargılama Yasası’nın “aleyhe değiştirme yasağı kuralı”nı düzenleyen hükümleriyle sınırlıdır. Ancak, Ceza Yargılama Yasası’nda yer alan yasayollarının hepsinde uygulanması söz konusu olduğu için, yasayollarına ilişkin “genel hükümler” de incelenmiştir. Yasayollarıyla ilgili genel hükümler, inceleme konumuz olan “aleyhe değiştirme yasağı kuralı”nı ilgilendirdiğinden, bu konuyu düzenleyen 5271 ve 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasalarındaki maddelerin yorum ve değerlendirmesine de yer verilmiştir.

Konumuzla ilgili olarak, 1412 sayılı (eski) Ceza Yargılama Yasası’nın yürürlükte bulunduğu sırada Yargıtay’ın verdiği ve 5271 sayılı yeni Ceza Yargılama Yasası’nın uygulanmasında yararlanılabilecek kararlara da gerekli görüldüğü ölçüde değinilmiştir. Çalışma konumuz incelenirken öğreti ve uygulamayla karşılaştırmalı hukuk da gözetilerek değerlendirme yapılmıştır.

Burada, Ceza Yargılama Yasamızın kaynağını oluşturan Alman Ceza Yargılama Yasası’yla karşılaştırmalı bir çalışma yapılmaya çaba gösterilmiştir. Ayrıca Alman ceza yargılama hukukundaki “aleyhe değiştirme yasağı kuralı”, öğreti ve uygulama gözetilerek ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Özellikle de Federal Alman Yargıtayı’nın aleyhe değiştirme yasağı kuralına ilişkin yerleşik görüşlerini yansıtan kararlarına, ilgili bölümler açıklanırken yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konuyla ilgili kararları da kısaca vurgulanmıştır.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise konuyu incelerken ayrıntılı olarak yer verdiğimiz örnek ve değerlendirmelerden varılan sonuçlar, ülkemizdeki düzenlemeye ve uygulamaya ilişkin eleştiriler, önerilerle birlikte ana hatlarıyla belirtilmiştir.

## I. KURALIN YASADA DÜZENLENİŞİ

Öğreti ve uygulamadaki yaygın adlandırmayla “aleyhe değiştirme yasağı” (Reformatio in peius) kuralı, eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 326/4. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291 inci maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz”. Bu madde Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 358. maddesinden alınmıştır.

İnceleme konusu kural, yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda olağan yasayollarından istinaf ve temyizle, olağanüstü yasayollarından ise, yasa (kanun) yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi yollarında benimsenmiştir. Ayrıca, yasayollarını düzenleyen altıncı kitabın genel hükümleri arasında Cumhuriyet savcısının sanık yararına yasayoluna başvurması durumunda, kuralın uygulanacağı belirtilmiştir.

Yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın yasayollarının genel hükümleri arasında **Cumhuriyet savcısının sanık yararına yasayoluna başvurması durumunda, aleyhe değiştirme yasağı kuralı şöyle düzenlenmiştir:** “Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez” (m.265).

**Kural, olağan yasayollarından istinaf yolunda şöyledir:** “İstinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” (m.283).

**Temyiz yolunda ise kural şöyle düzenlenmiştir:** “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” (m.307/4).

Söz konusu bu kural, **olağanüstü yasayollarından yasa yararına bozma yolunda;**

“Bozma nedenleri:

a) ...

b) Mahkumiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz (m.309/b).

c) Davanın esasını çözüp de mahkumiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez” (m.309/c).

şeklinde düzenlenmiştir.

### **Yargılamanın yenilenmesi yolunda ise;**

“(1) Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir (m.323/1).

(2) Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez” (m.323/2)

biçiminde düzenlenmiştir.

Yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nın, kural ile ilgili tanımları çeşitli biçimlerde dir. Ceza Yargılama Yasası’ndaki “... yeniden verilen hüküm, önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez” (m.265); “... yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” (m.283, 307/4); “Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” (309/4-b); “... yeniden verilecek hüküm, önceki hükümde belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez” (m.323) biçiminde açıklanmıştır. Görülüyor ki kullanılan sözcükler ve anlatım/ifade açısından birlik bulunmamaktadır.

**Selçuk<sup>1</sup>**, hemen bütün yasalarda yeni Türk Ceza Yasası’nda ve yeni Ceza Yargılama Yasası’nda sık rastlanan bu türden değişik anlatımların/ifadelerin/tanımların bilinçli olmadığı, dilin gelişigüzel ve özensiz kullanılmasından kaynaklandığı görüşünde olduğunu belirtmiştir.

Yazar<sup>2</sup>, yasal düzenlemede kullanılan sözcüklerdeki tutarsızlıkları ve anlatım bozukluğunu/karmaşasını şöyle açıklamıştır: “Gerçekten ceza, “tayin edilemez”, belirlenir. Dört hükümde “belirleme”, bir hükümde “tayin” sözcüğünü kullanmak sözcük/deyiş tutarsızlığının; geleceğe yönelik bir eylem olduğu halde “yeniden kurulacak hüküm” yerine “yeniden verilen hüküm” denmesi anlatım bozukluğunun örnekleridir”. Özellikle yasalarda kullanılan sözcüklerin özenle seçilmesi gerekir. Kuralın kapsamını, içeriğini ve sonuçlarını belirlemede bu önemlidir.

Yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası sadece temyiz yolunda “yalnız(ca)” kelimesine yer vermiştir (m.307/4).

Genel hükümde (m.265), istinaf (m.283) ve yargılamanın yenilenmesi (m.323/2) yasalarda ise bu “yalnız”<sup>3</sup> kelimesi kullanılmamıştır.

<sup>1</sup> SELÇUK, Sami, “Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırılmama Kuralı” ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Bakış, Ankara 2012, s.37.

<sup>2</sup> SELÇUK, s. 38, dipnot: 67.

<sup>3</sup> Selçuk, kullanılan “yalnız” kelimesinin “yalnızca” biçiminde olması gerektiğini önermesi yerindedir. (Blz. SELÇUK, s.39: “Temyiz yasayoluna “yalnız(ca)” denip...”)

Burada “yalnız” kelimesi kullanılmadığı için bir anlatım bozukluğu bulunduğu gerçektir. Yine de istinaf ve yargılamanın yenilenmesi yasayollarında da sonuç cezanın ağırlaştırılmaması gerekir. Aksi yorumun, aleyhe değiştirme yasağının özüne aykırı olacağı açıktır<sup>4</sup>.

Kuralın düzenlendiği Ceza Yargılama Yasası'ndaki, maddelerde “cezadan” söz edilmesi “ceza” kavramının yetersiz ve çok dar yorumlara yol açması, kuralın var oluş nedeniyle ve özüyle bağdaşmamaktadır<sup>5</sup>. Ceza kavramının kapsamlı bir biçimde algılanması ve geniş yorumlanması zorunludur.

Nitekim kaynak yasanın alındığı Alman öğretisi ve uygulamasına göre, maddede yer verilen “ceza” kavramı en geniş anlamda ek cezalar ile güvenlik önlemlerini (tedbirlerini) içerecek biçimde yorumlanmaktadır<sup>6</sup>. Ancak, yasa da açıkça psikiyatri hastanesine ya da güvenli bir kuruma yerleştirme önlemi (tedbiri) (Alm. CYY.m.331/2; 358/2) açısından söz konusu kuralın, yani aleyhe değiştirme yasağının uygulanamayacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasamıza göre bu kural/kurum, yalnızca istinaf ile temyiz gibi olağan yasal yollarında değil, hüküm kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi ve yasa yararına bozma olağanüstü yasal yollarında da uygulanmaktadır. Bundan dolayı hükümlüleri de içine alacak biçimde kurumun adını koymak gerekir<sup>7</sup>.

Mahkeme, yeni hükümde Almanya'da ve ülkemizdeki anlatımla, sanığın ve hükümlünün, ikisini de kapsayacak biçimde söylersek failin durumunu, Almanya'da hukuksal sonuçlar açısından, Türkiye'de ceza bakımından eski hükme göre ağırlaştıramayacak, olumsuz ve aleyhe olarak kötüleştiremeyecek, kötüye dönüştüremeyecektir. Bu yasak, bir yasal buyruk ve zorunluluktur<sup>8</sup>. Yasak, yalnızca sanık yararına (lehine) yasal yollarında geçerlidir.

Yasal yollarının görüleceği mahkeme ile bozma sonrasında yargılama yaparak yeniden hüküm kuracak ilk derece mahkemesi, yalnızca yaptırım (cezayı) ve

<sup>4</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Bası, İstanbul 2010, s.1664, n.102. 5, II; SELÇUK, s.39; ÖZBEK, s.719.

<sup>5</sup> SELÇUK, s.38; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2008, s. 864, dipnot 178.

<sup>6</sup> HELLMANN, Uwe, Strafprozessrecht, 2. (zweite) überarbeitete und aktualisierte Auflage, Heidelberg 2006, §18, Rn.869; ROXİN, Claus, Strafverfahrensrecht, 20 Auflage, München 1987, § 51, Rn.34; RANFT, Otfried, Strafprozessrecht, 2.Auflage, 1995, § 68, Rn.2065; KÜHNE, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2010, s.618, 619, § 61, Rn.1030, 1031.1; GERHARDT, Bernd-Peter, Das Verbot der reformatio in peius bei den Nebenstrafen, Nebenfolgen und Massregeln der Sicherung und Besserung des Strafgesetzbuches, Augsburg 1970, s.3 (iletin ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.864).

<sup>7</sup> SELÇUK, s.26.

<sup>8</sup> SELÇUK, s.26.

sonuçlarını sanık aleyhine ağırlaştıramazlar. Ancak, eylemin ceza hukukundaki (suç hukukundaki) adını, yani niteliğini değiştirebilirler<sup>9</sup>.

Selçuk'a<sup>10</sup> göre; Almanya, İtalya ve Türkiye'deki düzenlemeler gözetildiğinde inceleme konusu kuralın kısa, ama kapsayıcı/kavrayıcı tanımı şudur: "Yalnızca suçun etkin öznesi yararına yasa yolu davasına başvurulduğunda, etkin özne hakkında yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım (ceza) ve hukuksal sonuçları, onun aleyhine olarak eski hükümdekinden daha ağır olamayacaktır."

Yazar bu tanım çerçevesinde doğru deyişin "yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı" olduğu görüşündedir.

Kanımızca bu anlatım/adlandırma, kuralın tanımına ve içeriğine de uygun düşmektedir.

Yeni 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda aslında yan/ek ceza olan hak yoksunluğu, zoralık (müsadere) gibi yaptırımların "güvenlik tedbiri" başlığı altında "cezalardan" ayrı olarak düzenlenmiş olması sorun yaratmaktadır. Sorunun giderilmesi için, Alman öğretisi ile bu ülkedeki uygulamayı değerlendirmek ve örnekseme yöntemiyle kuralın kapsamını genişletmek gerekmektedir.

Sanık yararına yasayoluna başvurulduğunda, sanığın durumunu, yaptırım ve sonuçları açısından ağırlaştıracak bir uygulamaya izin verilmemeli. Bunun için, temel ilkelerin gözetilmesi, sanık yararına yasal normun saptanması, ortaya çıkan olasılıkların ayrı ayrı değerlendirilmesi, bozma sonrası hükümde yaptırımın (cezanın) bu saptamaların ışığında belirlenmesi gerekir<sup>11</sup>.

## II. KURALIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Genelde yazarlar sanık yararına yasayoluna başvurulması durumunda hükümdeki/sonkarardaki yaptırımın (cezanın) ve sonuçlarının ağırlaştırılmaması kuralının Roma hukukunda tam bilinmediği görüşündeler<sup>12</sup>. Almanya'da, Augusburg Kurultayı (meclisi) 1530'da Ratisburg Kurultayı (Meclisi) 1532'de ceza hukukunun önemli bir derlemesi olan Carolina'yı oluşturmuşlardır. Carolina'da 219 madde bulunmakta olup, önemli bir bölümü Ceza Yargılama Yasası ile ilgilidir. Carolina yürürlükte bulunan hukuku içeren bir tür hukuk kitabıdır. Bu yapıtta kuşku duyulan konularda hukukçuların görüşlerinden yararlanılması önerilmektedir. Bunun da,

<sup>9</sup> ÖZBEK, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s.693; "Örneğin, cinsel tacizden dolayı verilmiş olan mahkumiyet hükmünün cinsel saldırı olması nedeniyle bozulması mümkündür. İlk derece mahkemesi bozma kararına uyarak faili cinsel saldırı suçundan mahkum etse dahi vereceği ceza daha önce verdiği cinsel taciz suçuna ilişkin cezadan daha ağır olamaz."

<sup>10</sup> SELÇUK, s.27.

<sup>11</sup> SELÇUK, s.38.

<sup>12</sup> SELÇUK, s.21.

hukukçulardan görüş alınması ya da yapıtlarının incelenmesi suretiyle yapılacağı açıklanmıştır<sup>13</sup>.

Almanya'da "itham sistemi"nin geçerli olduğu dönemde, kurulan hüküm, sanık aleyhine ağırlaştırılabilmekteydi<sup>14</sup>. Ancak, Carolina'daki öneri nedeniyle 17. yüzyılda dosyanın hukuk fakültelerine gönderilmesi görüşü benimsenince, mahkemeler bir hukuk fakültesinin verdiği beraat kararına ilişkin dava dosyasını, başka bir hukuk fakültesine göndermeye başladılar. Bunun üzerine, 1709 yılında Thomasius, beraat kararına ilişkin hükümlerin (sonkararların) değiştirilemeyeceği kuralını getirdi. Böylece, sınırlı da olsa Almanya'da "aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius) kuralı kabul edildi<sup>15</sup>. "Müşterek hukuk" döneminde de yalnızca sanığın açtığı ceza davalarında sanığa karşı (sanık aleyhine) karar verilememesi kuralı kabul edilmiştir<sup>16</sup>.

Fransa'da yalnızca sanık yararına yasayoluna başvurulması durumunda istinafta hükmün (sonkararın) sanık aleyhine değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu 19. yüzyıl başlarında ortaya çıkmıştır. Danıştay (Devlet Şurası) tarafından 12.11.1806 tarihinde verilen kararla Fransa'da aleyhe değiştirme yasağı kuralı benimsenmiştir<sup>17</sup>. Bu Danıştay kararı, Alman devletleri yasalarını da etkilemiştir<sup>18</sup>.

Almanya'da 1.2.1877 tarihli Ceza Yargılama Yasası'nda (m.372, 398/2, 413/2) istinaf ile temyiz gibi olağan, yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü yasayollarında "aleyhe değiştirme yasağı" kuralı açıkça düzenlenmiştir<sup>19</sup>.

Alman Ceza Yargılama Yasası'nda 1924 yılında yapılan yeni düzenlemeyle, günümüzde olduğu gibi söz konusu bu kurala, istinaf yasayolunda 331. maddede temyiz yasayolunda 358. maddede, yargılamanın yenilenmesi yasayolunda ise 373. maddede yer verilmiştir<sup>20</sup>.

Ancak bu kural, Nasyonal Sosyalizm (Nazi) döneminde 28.6.1935 tarihli bir yasa ile kaldırılmıştır<sup>21</sup>. Kuralın kaldırılmasındaki amaç yasanın gerekçesinde açık-

<sup>13</sup> DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c.I, Ondördüncü Bası, İstanbul 1997, s.48, n.73; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s.21; SELÇUK, s.21.

<sup>14</sup> ZACRARIAE II, 585 (iletten: YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s.82).

<sup>15</sup> GANSKE, 4. (iletten: YENİSEY, İstinaf, s.82).

<sup>16</sup> ZACHARIAE II, 585 (iletten: YENİSEY, İstinaf s.82).

<sup>17</sup> KUNTER, Nurullah, "Aleyhe Düzeltme Yasağı" İHFM., 1952, sy.3-4, Ayrı Bası, İstanbul 1953, n.1

<sup>18</sup> FELDER, 102 (iletten: YENİSEY, İstinaf, s.82).

<sup>19</sup> RGBI. 1877, 253 [Bu düzenleme için bkz. KRETSCHMER, Joachim, Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, Berlin 1999 (c.II. Die historische Entwicklung), s.55].

<sup>20</sup> RGBI, 1924 I, 299, 322, 355, (§ 331), 358 (§ 358), 360 (§ 373).

<sup>21</sup> RGBI, 1935 I, 844k, 845; KRETSCHMER, s.56.

lanmıştır. Yasanın gerekçesine göre, yargıca her davada maddi gerçeğe uygun düşen karar verme olanağını tanımak ve sanığın kendi yararına temyize başvurması üzerine yargılama sonucunda durumun kendisine karşı ağırlaştırılabileceği tehlikesini göze almasını ve bunu göze almadığı durumda yasayoluna başvurmaktan vazgeçmesini sağlamaktır<sup>22</sup>.

Aleyhe değiştirme yasağı (Das Verbot der reformatio in peius) kuralı, Almanya'da 12.9.1950 tarihli Birleştirme Yasası (vereinheitlichungsgesetz) ile yeniden yürürlüğe girmiştir<sup>23</sup>.

Bugünkü Alman Ceza Yargılama Yasası'na göre, "aleyhe değiştirme yasağı" kuralı, başka bir deyişle "hükümdeki (sonkarardaki) yaptırımını ve sonuçlarını ağırlaştırılmama" kuralı olağan yasayollarından istinaf (m.331) ve temyiz (358/2) ile olağanüstü yasayollarından yargılamanın yenilenmesinde (m.373/2) kabul edilmektedir.

Ülkemizde, Osmanlı dönemindeki Ceza Yargılama Yasası'nda "aleyhe değiştirme yasağı" kuralı ile ilgili bir hüküm bulunmuyordu. Ancak kural, öğreti ve uygulamada istinaf yasayolunda kabul edilmişti<sup>24</sup>.

İslam hukukunda, şeriat hükümlerine göre mahkeme hükmünün yeniden incelenmesi ya da yanlış hükmün yerine doğrusunun verilmesini isteme hakkı yalnız taraflara, yani hak sahiplerine tanınmaktaydı<sup>25</sup>. Ancak, yanlış olduğu ileri sürülen ilk derece mahkemelerinin kararlarını denetlemek/inceleme için özel bir mahkeme/temyiz mahkemesi kurulmamıştı<sup>26</sup>.

Osmanlılarda da, şeriata göre hüküm veren kadıların kararlarına karşı yasayolu kural olarak yoktu<sup>27</sup>. Bugün sonkararları temyiz yoluyla inceleyen Yargıtay, ilk defa 1868 yılında "Divanı Ahkamı Adliye" adıyla padişah iradesiyle kurulmuştur<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> KRETSCHMER, s.56; SELÇUK, s.23; KESKİN, Serap, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı" Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE'ye Armağan, İzmir 2001, s.410 (s.408-420).

<sup>23</sup> KRETSCHMER, s.56; SCHMIDT, Eberhard, Deutsches Strafprozessrecht, Göttingen 1967, n.358; HENKEL, Heinrich, Strafverfahrenrecht, Würzburg 1953, s.425; KESKİN, "Reformatio in peius kuralı", s.410.

<sup>24</sup> SELÇUK, s.25; YENİSEY, İstinaf, s.83.

<sup>25</sup> KESKİN, Serap, Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.29.

<sup>26</sup> SEÇKİN, Recai, Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi, Ankara 1967, s.1.

<sup>27</sup> Büyük kadılıklarda bazı önemli kararlar Vali'ye arz olunurdu; o tasdik etmediğinde iş Divan-ı Humayun'a gider, orası ya Kadı'yı haklı bulur yahut haklı bulmayıp kendisi karar verirdi. Bu hususta UZUNÇARŞILI: Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1965, s.128-110 [iletten: ELÖVE Mustafa E., Yargıtay'ın yüz yılı (İstanbul Barosu Dergisi, 1968, s. 284)].

<sup>28</sup> SEÇKİN, Yargıtay Tarihçesi, s.9, 10: "Bu Divanın kuruluş nedeni Ahmet Cevdet Paşaya göre şöyledir: Yabancıların Türkiyeye akın etmesi ve onlara ilişkin davaların sayısı, gittikçe arttığından bunlara bakılması kabil olmamaktadır. Bundan başka Paris Konferansında Ali Paşa'ya 'Siz Mahkemelerinizi güven verecek duruma getirirseniz biz de yabancı tercümanların mahkeme işlerine karışmasını ortadan kaldırırız' demişlerdir. .... Kamu oyunda Şer'iyye mahkemelerinin yanibaşında başka mahkemeler kurulması düşüncesinde olanlar kafir sayılıyordu.... Ahmet Cevdet Paşa ilk iş olarak Celaleddini Dervani'nin Farsça yapıtı "Divan-ı def'i mezalim'i özet olarak Türkçeye



“Divanı Ahkamı Adliye” iki mahkemeden oluşuyordu. Bunlardan birincisi Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkındaki Kanun’la “Mahkeme-i Temyiz” adını almıştır. Bu mahkeme, Nizamiye mahkemelerinin kararlarının denetim yeri olmuştur<sup>29</sup>. Diğeri ise (Dersaadet Mahkeme-i Nizamiyesi) İstanbul’da kurulan en yüksek Nizamiye Mahkemesi’dir. İstinaf mahkemesi olan bu mahkeme, ilk derece mahkemesinin üstünde ve “Mahkeme-i Temyiz” yani Yargıtay’ın altında bulunuyordu. İlk derece ceza ve hukuk mahkemelerince verilen belli kararları üst mahkeme (istinaf mahkemesi) olarak incelemekle görevliydi<sup>30</sup>. 1876 yılında kurulan bu istinaf mahkemeleri 1924 yılında 469 sayılı yasayla kaldırılmıştır<sup>31</sup>.

Aleyhe değiştirme yasağı (Reformatio in peius) kuralı, 1412 sayılı Eski Ceza Yargılama Yasası’nın temyiz (m.326/4) ve yargılamanın yenilenmesi (m.341/2) yollarında geçerliydi. Kural, yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’na göre, istinaf (m.283) ile temyiz (m.307/4) gibi olağan, yargılamanın yenilenmesi (m.323/2) gibi olağanüstü yasayollarında benimsenmiştir.

Bunlardan başka “yasa yararına bozma” olağanüstü yasayolunda da belirli durumlarda kuralın/kurumun uygulanacağı öngörülmektedir (m.309/4-b,c)

Yasa yararına bozma yolunda, hükümlülüğe (mahkumiyete) ilişkin karar, davanın esasını çözmeyen, ancak savunma hakkının ortadan kaldırılmasına ya da sınırlanmasına ilişkin nedenlerle bozulmuşsa kararı veren yargıç ya da mahkeme, yeniden yargılama yaparak hüküm kurduğunda, yeni ceza önceki cezadan ağır olmayacaktır (m.309/4-b). Ayrıca yasa yararına bozma yolunda, davanın esasını çözüp de hükümlülük (mahkumiyet) dışındaki hükümlere ilişkin nedenlerle karar (sonkarar) bozulmuşsa, yeniden yargılama yapılmayacak ve yeni hüküm kurulurken aleyhe değiştirme yasağı gözetilecektir (m.309/4-c).

Aleyhe değiştirme yasağı kuralı, hükme karşı yalnızca sanığın, sanık savunmasının, sanığın eşi ya da yasal temsilcisinin yasayoluna başvurması durumunda uygulanır.

Ayrıca yasayollarının genel hükümleri arasında, Cumhuriyet savcısının sanık

---

çevirmiş ve şeriat mahkemelerinin yanında yargı yetkisine sahip başka bir mahkeme bulunmasının şeriata aykırı değil, belki şeriatın gereklerinden bulunduğunu ispat etmiş ve bu mahkemeye sözü edilen yapıtta Devvanı’nın kullandığı Divanı Ahkamı Adliye adını vermiştir. Bu divan nizamiye mahkemelerinin çekirdeği olmuştur.”

<sup>29</sup> ELÖVE, Mustafa E., s.290 “Şer’iyye mahkemelerinin kararlarının temyiz yerinin ise önce Fetvahaneye olduğu, sonra da Yargıtay da bir “Şer’iyye Dairesi” kurulduğu görülmektedir. Sivas ve Eskişehir Temyiz Mahkemelerinde de Şer’iyye dairesine rastlanmaktadır” Bu konuda ayrıca bkz. SERİM, Cevat, T.C. Temyiz Mahkemesi Teşkilat ve Vazifeleri, Adliye Dergisi, Yıl 1943, sy.7, s.512; Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay, 135 Yıl Armağanı, Yargıtay Yayınları No: 28, Ankara 2004 (**Hazırlayan: Gürsel Mol**), s.70.

<sup>30</sup> KESKİN, Temyiz Yolu, s.29.

<sup>31</sup> Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay, s.71.

yararına yasayoluna başvurması durumunda da bu kuralın uygulanacağı düzenlenmiştir (m.265).

Yeni Ceza Yargılama Yasası'nda, kuralın uygulama alanının genişletilmesi öğretide haklı olarak yerinde görülmüştür<sup>32</sup>.

### **III. YASAYOLLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER**

#### **1. Yasayolu Kavramı**

Yasayolu, yargısal kararlara karşı davanın ikinci bir inceleme yoludur.

İlk mahkeme/ilk derece mahkemesi (esas/olay mahkemesi), maddi olayların değerlendirilmesi ya da hukuksal tanı açısından kararlarında yanılabilir. Çünkü adli yanılğı bir gerçektir.

Bundan dolayı, yargısal kararlardaki yanılığın, bütünüyle ya da kısmen kaldırılarak veya değiştirilerek düzeltilmesi için yasayolları düzenlenmiştir.

Yasayolu, yargılama makamının verdiği kararda aykırılık bulunduğu ileri sürülerek, uyuşmazlığın çözülmek üzere başka bir yargılama makamı önüne getirilmesidir. Bu nedenle "yasayolu", yargılama makamlarınca verilen kararların, hukuka aykırı ya da maddi gerçeği yansıtmadığı ileri sürülerek, kural olarak başka bir yargılama makamı tarafından yeniden incelenmesini sağlayan bir hukuksal çaredir. Yasayolu, yargılama makamlarının kararlarına karşı başvuru olan bir yoldur<sup>33</sup>.

Ceza Yargılama Yasamızın kaynağını oluşturan Alman Ceza Yargılama Yasası'nda da "yasayolları" (Rechtsmittel) kavramına yer verilmiştir (m.296). Öğretide ise üst kavram olarak "hukuki çare" (Rechtsbehelfe) kullanılmaktadır<sup>34</sup>.

#### **2. Yasayolunun Amacı**

Ceza yargılama hukukunda, iddia, savunma ve yargılama makamlarının işbirliği sonucu uyuşmazlık bir kararla kesilip atılır. Ceza yargılamasında, yargılama makamı, tarafların katılımıyla düşünce alışverişini sağlayan "çekişme" sistemine göre, şüphenin yenilmesi sonunda, uyuşmazlığı bir kararla kesip atmaktadır. Kararı, veren yargıcın ya da mahkemenin, sonkararını/hükmünü verip bunu yasada gösterildiği biçimde bildirdikten sonra, o işten elini çekmesi gerekir. Yargıç ya da mah-

<sup>32</sup> SELÇUK, s.25.

<sup>33</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006, s.1253, n.80.1 III, IV.

<sup>34</sup> BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, 6.neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, s.281, 282, § 27, Rn. 533; VOLK, Klaus, Grundkurs StPO, 5.Auflage, München 2006, s.294, 295, § 34, Rn. 1-2; KÜHNE, s.612, 613, § 61. III, Rn. 1013, 1014, 1015; KINDHAUSER, Urs., Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006, § 28, Rn. 1.

keme, verdiği karar yanlış olsa dahi üzerinde kendiliğinden değişiklik yapamaz<sup>35</sup>. Bu kararın, kural olarak doğru olması gerekir. Ancak, adli yanlışlığı ise bir gerçektir.

Yargılama makamını, yargılamaya katılan yargıçlar oluşturmaktadır. Ancak yargılama makamlarını oluşturan yargıç ya da yargıçların verdikleri kararlarda bil-meyerek ya da istemeyerek bir haksızlık, bir aykırılık, başka bir söyleyişle, yapılan bir yanlışlık, yanlışlık olabilir<sup>36</sup>.

Çünkü, bir Latin atasözünde belirtildiği gibi, "Errare Humanum Est" = Yanılmak İnsan İçindir<sup>37</sup>. Yargıç da insan olduğu için yanılabilir.

Bu nedenle, yargıcın verdiği karar hukuka aykırı olabilir. Böyle bir aykırılık olasılığı akla geldiğinde karar, taraflar için doyurucu olmaz, adalet organına karşı güven sarsılır.

Ceza yargılama hukukunda hükümlülük kararları, ilgili kişi yönünden yaşam ilişkilerini bütünüyle etkileyebilecek niteliktedir. Hukuka aykırı böyle bir karar, adalete olan güveni sarsacağı gibi, hukuk devleti ilkesini de zedeler.

Bu nedenle, kararın gözden geçirilmesi, yanlışlıkların, başka bir söyleyişle hukuka aykırılıkların giderilmesi gerekir. Bunu da ancak yargılama makamları yapabilir<sup>38</sup>.

Çünkü Anayasamıza göre, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (Any. m.138/4).

Yanılma nedenlerine dayanan kesinleşmiş ya da kesinleşmemiş kararlara karşı, ceza yargılama hukukunda, hukuka aykırılıkları giderecek birçok hukuksal/yargısal çareler öngörülmüştür. Ceza mahkemesince verilen kararların, üst derece mahkemesince incelenmesi yönündeki güvence uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi<sup>39</sup> (m.14/15) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No'lu Protokol<sup>40</sup> (m.2), ilk derece mahkemesi kararlarının üst derece mahkemesince incelenmesi yönünde bir güvence öngörmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca verilen kararda da söz konusu sözleşmelere açıkça vurgu yapılmıştır<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> FEZER, Gerhard, Strafprozessrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1995, s. 253, § 19, Rn. 1; RANFT, s.461, 462, § 66, Rn. 1902; ROXIN, s.323, § 51, A.I.1; YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12 Bası, İstanbul 2007, s.471.

<sup>36</sup> KÜHNE, s.611, § 61, Rn. 1011.

<sup>37</sup> TOSUN, Öztekin, Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c.II, Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul 1976, s.169; YÜCE, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz-İstinaf-Temyiz), Erzurum 1967, s.1.

<sup>38</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onbeşinci Bası, s.1251, n.80. I.

<sup>39</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.840 .

<sup>40</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.840.

<sup>41</sup> CGK., 14.07.2009, 2009/7-133, 2009/204: "...İlkeleri, Ceza Genel Kurulunun 30.01.2007 gün ve 9-18 sayılı kararında açıklandığı üzere;

Ceza yargılama hukukunda yer alan hukuksal çarelerden biri yasayollarıdır<sup>42</sup>.

Yargılama makamlarının kararlarındaki hukuka aykırılığın giderilmesi için bir dava açılması gerekmektedir. Buna öğretide “yasayolu davası” denilmektedir<sup>43</sup>. Yar-

Gerek yüze karşı, gerekse gıyapta verilen kararlarda yasayolunun süresinin, merciin ve şeklinin doğru olarak belirtilmesi ve bu hususların karara yazılması zorunludur.

Yasayolunun yanlış gösterilmiş olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil Yargılanma Hakkını” düzenleyen 6. maddesi ile bu hakkın kapsamına yeni bir yorum getiren, Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün 2. maddesine, 2709 sayılı T.C. Anayasası’nın 40/2. maddesine ve 5271 sayılı CYY’nın 34/2, 231/2 ile 232/6. maddelerine açıkça aykırılık oluşturduğundan, belirtilen durumun 5271 sayılı Yasanın 40. maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni sayılması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.

(...)

Bu durumda, 5271 sayılı CYY’nın 40. maddesindeki açık düzenleme uyarınca, yasayolunun yanlış bildirilmesinin, hiç bildirilmemesi ile eş değerde olduğu nazara alınarak bu durumun eski hale getirme nedenini oluşturduğu kabul edilmeli bu yola başvurabilmelerinin sağlanması açısından eksikliği gidermeye yeterli meşruhatlı duyuru ile taraflar bilgilendirilmelidir...”; CGK., 14.4.2009, 238/94: “...Bir kısım hükümlerle ilgili olarak yasa yollarına başvurulması olanağının sınırlandırılması, iç hukukta olduğu kadar uluslararası sözleşmelere de konu olmuş, konuyla ilgili olarak, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesine Ek 7 Nolu Protokol’ün, “*Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı*” başlıklı 2. maddesinde;

*“1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daba yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanabilme gereçleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.*

*2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir”* hükmüne yer verilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 19.10.1992 tarihinde imzalanıp 23.02.1994 tarih ve 21861 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3975 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunan ve 09.06.1994 tarihinde Bakanlar Kurulunca onaylanmakla birlikte Türkiye tarafından 11.05.1994 tarihinde imzalanıp 11.07.1997 tarihinden itibaren onaylanan Ek 11 nolu Protokolle de değiştirilen bu ek protokol, henüz yürürlüğe girmemesi nedeniyle Anayasanın 90. maddesi uyarınca yasa hükmü niteliğini kazanmamış ise de, öğretide konu ile ilgili açıklamalarda bulunan Kunter-Yenisey; “Sözleşmeye aykırı düşmeğe çalışmak için 7 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesini yani kanun hükmünde sayılmasını beklemeğe ihtiyaç yoktur. Kaldı ki bu protokol şimdiden Anayasamızın hukuk diye adlandırıldığı ‘hukukun genel prensipleri’ olarak ‘yazılı olmayan hukuk’u oluşturmakta ve mahkemelerimiz, kanuna olduğu kadar hukuka da uygun karar vermek mecburiyetindedirler” görüşlerini belirttikten sonra protokolün bu hükmünü de nazara almak suretiyle kesinlik için aranan ölçütleri;

*“a) Suç hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmemeli veya gerektirmiyor sayılmalıdır.*

*b) Ödenmeyen para cezası hapse çevrilememelidir.*

*c) Öngörülmiş olan para cezası da belirlenmiş sınırı aşmamalıdır”* şeklinde açıklamışlardır. (Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12. Bastı, sh.1157 vd.)

O halde CYY’nın 305. maddesinin 1. fıkrasındaki kesinlik sınırını, maddede belirtilen kesinlik sınırları içinde kalmak koşuluyla, başkaca hiçbir hak kısıtlaması sonucunu doğurmayan, para cezasına ilişkin veya para cezası öngörülmiş hükümlerle sınırlı olarak yorumlamak yasanın ruhuna ve uluslararası sözleşmelerle getirilen ilkelere daha uygun bir çözüm olacaktır.” (Yayımlanmamış Karar).

<sup>42</sup> ÇINAR, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006, s.11-13.

<sup>43</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onbeşinci Bastı, s.1252, 1253, n.80.II.

gılama makamının kararındaki aykırılığın giderilmesi için, bu aykırılığı ileri sürenin bir dava açması gerekir. Açılan yasayolu davası nedeniyle hükmün yanlış olmasına neden olan aykırılıklar, yasayolu yargılamasının (muhakemesinin) sonunda giderilir. Kararın, hukuka aykırı olup olmadığına yargılama makamınca incelenmesine öğretide, “denetim muhakemesi” adı da verilmektedir<sup>44</sup>.

Yasayolu yargılamasının/denetim yargılamasının sonunda, incelenen karardaki hukuka aykırılık haklı bulunmazsa, dava reddedilir. Karar hukuka aykırı bulunduğu, aykırılığın giderilmesi için gereken yapılır. Düzeltme, geri alma, bozma, iyileştirme (ıslah) ve yenileme gibi çarelere başvurularak aykırılık giderilir<sup>45</sup>.

Yasayolunun amacı, öncelikle somut olayda, doğru karara ulaşılmasıdır. Üst mahkemece, alt derece mahkemesince verilen kararların denetlenmesi, somut olayda kararın doğruluğunu güvence altına aldığı gibi, içtihat birliğinin sağlanmasına ve hukukun gelişmesine de katkıda bulunmaktadır<sup>46</sup>.

Böylece, yasayolunun amacı, ilk derece mahkemesi kararının doğruluğunu güvence altına almak suretiyle somut olayda adaleti gerçekleştirmektir. Ayrıca aynı hukuksal sorunlara farklı çözümler getirilmesini önleyerek de, içtihat birliğini ve hukukun gelişmesini sağlamaktır.

### 3. Ceza Yargılama Yasası'nda Yasayolları

Yürürlükte bulunan 4.12.2004 gün ve 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>47</sup>. Ceza yargılaması, hukukumuzun temel kaynağını oluşturmaktadır. Bu yasada, büyük ölçüde 1412 sayılı (önceki/eski) Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemelere aynen yer verilmiştir.

Alman Ceza Yargılama Yasası'ndan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'na alınmayan bazı kurumlar yeni yasaya alınmıştır.

Ceza Yargılama Yasası'nın altıncı kitabında, yasayolları (kanun yolları) düzenlenmiştir. Bu altıncı kitabın birinci kısmında, yasayoluna ilişkin genel hükümler yer almaktadır (m.260-266). Yasayolları, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda, olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Altıncı kitabın ikinci kısmında, olağan yasayolları yer almaktadır. Olağan yasayollarından “**itiraz**” bu kısmın birinci bölümünde (m.267-271), “**istinaf**” ikinci bölümünde (m.272-285), “**temyiz**” ise üçüncü bölümünde (m.286-307) yer almaktadır.

<sup>44</sup> TOSUN, s.169; ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.839 vd.

<sup>45</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onbeşinci Bası, s.1251, n.80. I.

<sup>46</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.839, 840.

<sup>47</sup> Bkz. 5328 sayılı Yasayla değişik 5271 sayılı CYY'nın yürürlük maddesi olan 334. maddesine göre, bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girer (5328 sayılı Yasa 31.3.2005 gün ve 25772 mük. Sayılı R.G. yayımlanmıştır).

Kaynak 1877 sayılı Alman Ceza Yargılama Yasası'nda bulunan istinaf yasayolu, yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda düzenlenmemiştir.

5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda "istinaf", olağan yasayolu olarak yer almaktadır.

5320 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasa'nın 18. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren, 4.4.1929 tarihli 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır<sup>48</sup>. Ancak, 5320 sayılı Yürürlük ve Uygulama Yasası'nın 8. maddesinin birinci fıkrasında yürürlükten kaldırdığı açıklanan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın temyiz yasayolunu düzenleyen 305 ila 326. maddesinin yürürlüğünün devam edeceği belirtilmiştir<sup>49</sup>.

**Bu açıklamalardan çıkan sonuç, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın, "istinaf" ve "temyiz yasayoluna" ilişkin hükümlerinin uygulanmasına başlanmadığını gösteriyor. Yani 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği halde, istinaf ve temyiz yasayoluna ilişkin hükümleri; Bölge Adliye Mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre, Adalet Bakanlığı'nca İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da 2007 yılında kurulmuş olup<sup>50</sup>, ancak bu mahkemeler göreve başlamadığı için , uygulanmamaktadır.**

Olağanüstü yasayolları, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın altıncı kitabının üçüncü kısmında düzenlenmiştir. Bu kısmın birinci bölümünde, "**Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı**" (m.308); ikinci bölümünde "**yasa yararına bozma**" (kanun yararına bozma) (m.309, 310); üçüncü bölümünde ise "**yargılamanın yenilenmesi**" (m.311-323), olağanüstü yasayolu olarak yer almaktadır.

Ancak, Yürürlük Yasası'ndaki düzenlemeye göre, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce Yargıtay'ca incelenip kesinleşen hükümler hakkında, başvuru süresi dolmamış ise "**karar düzeltme**" yoluna gidilebilir (5320 sayılı yasa 8/3). Daha sonra ise 5320 sayılı Yürürlük Yasası'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına 5660 sayılı Yasa'nın 29. maddesi uyarınca bir cümle eklenerek "**yazıma**

<sup>48</sup> 5320 sayılı, 23.3.2005 kabul tarihli "Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun" 31.3.2005 günlü Resmi Gazete'nin 25772 mükerrer sayısında yayımlanmıştır.

<sup>49</sup> Bkz. 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin birinci fıkrasında: "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır."

<sup>50</sup> Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Adalet Bakanlığı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı; 5.6.2007 gün ve 26543 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

**ilişkin maddi hatalar**” için Yargıtay Ceza Daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarına karşı **karar düzeltme** yoluna Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurabileceği kabul edilmiştir<sup>51</sup>.

Kaynak Alman Ceza Yargılama Yasası'nda ise, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi” yasayolu olarak düzenlenmemiştir.

**Alman ceza yargılama hukukunda**, öğretilde, hukuksal çareler (Die Rechtsbehelfe) olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>52</sup>.

Olağan hukuksal çarelere, ancak kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulabilir. Olağan hukuksal çareler (ordentliche Rechtsbehelfe) Alman Ceza Yargılama Yasası'nda “Yasayolları” (Rechtsmittel) olarak belirtilmiştir (§§ 296 ff StPO). Yasayolları, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın dördüncü kitabında düzenlenmiştir (§§ 296-358 StPO).

Bunlar;

- İstinaf (Berufung, §§ 312-332 StPO),
- Temyiz (Revision, §§ 333-358 StPO) ve
- İtiraz (Beschwerde, §§ 304-311a StPO)

olmak üzere üç çeşittir.

Ayrıca öğretilde, ceza kararnamesine karşı yapılan itiraz (Einspruchgegen einen strafbefehl, § 410 StPO) olağan yasayolu olarak kabul edilmektedir<sup>53</sup>.

Olağanüstü hukuksal çareler (ausserordentliche Rechtsbehelfe), kesinleşmiş kararlara karşı tanınan başvuru yollarıdır.

Bunlar ise,

- Eski hale getirme (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44-47 StPO),
- Yargılamanın yenilenmesi (Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 359-373a StPO),
- Anayasa Mahkemesi'ne itiraz (Verfassungsbeschwerde, gem. Art. 93 I Nr.4a GG, §§ 90 ff B VerfGG).

olmak üzere üç çeşittir.

<sup>51</sup> Bkz. 6.12.2006 günlü 5560 sayılı Yasanın 29. maddesi uyarınca 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 8. maddesinin (1) fıkrasına eklenen ek cümleye göre: “Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir.” (5560 sayılı Yasa 19.12.2006 tarihli 26381 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.)

<sup>52</sup> HELLMANN, Uwe, Strafprozessrecht, Heidelberg 1998, s.269, 270, § 1, Rn. 3, 4, 5; BEULKE, 6. Auflage, s.281, 282, § 27, Rn. 533.

<sup>53</sup> ROXIN, 20. Auflage, s.324, § 51. II; FEZER, s.253, § 19, Rn. 2; RANFT, s.462, § 66, Rn. 1903; BEULKE, 6. Auflage, s.281, § 27, Rn. 533.

Öğretide<sup>54</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı (Individualbeschwerde gem. Art. 34 f EMRK) olağanüstü hukuksal çarelerden sayılmaktadır.

#### **4. Yasayoluna Başvurma Hakkı**

Anayasamızda temel hakların korunmasıyla ilgili hükümlerde, “hak arama ve başvuru yolları” anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu konu, Anayasamızın iki maddesinde açıkça yer almaktadır. Bunlar, hak arama özgürlüğünün düzenlendiği 36. madde ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasının düzenlendiği 40. maddelerdir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir (f.1). Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” (f.2).

Anayasa'nın 36. maddesi, hak arama özgürlüğünü yalnız yargı yolları için belirlemektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın 36. maddesindeki hüküm geneldir<sup>55</sup>. Ancak, “adli yargı” açısından önemli bir kuraldır. Bu hüküm nedeniyle yargı makamlarına davacı ya da davalı olarak başvuru yanında; itiraz, istinaf, temyiz, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı, yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi ilgili yasalarda yasayolu olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” kenar başlıklı 40. maddesindeki düzenleme şöyledir: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir” (f.1).

3.10.2001 gün ve 4709 sayılı yasanın 16. maddesiyle bu maddeye ikinci fıkrası olarak önemli bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

Anayasa'nın bu hükmü, daha geniş bir açılım sunmaktadır. Burada yalnız yargı makamlarına değil, “yetkili makama” başvuru hakkı da düzenlenmektedir. Bundan dolayı iç hukuk bakımından “yetkili makama başvuru” yolları, idari, siyasal ve yargısal başvuru yollarını kapsamaktadır<sup>56</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol, ceza yargılamasında

<sup>54</sup> HELLMANN, Uwe, Strafprozessrecht, Heidelberg 1998, s.270, § 1, Rn. 4; BEULKE, 6. Auflage, s.282, § 27, Rn. 533; ROXIN, 20. Auflage, s.324, § 51. II.

<sup>55</sup> TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2004, s.180, 183.

<sup>56</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.181.



iki dereceli yargılama hakkı öngörmektedir<sup>57</sup>. Ek 7 No'lu Protokol'ün 2. maddesi bir ceza mahkemesince hakkında hükümlülük kararı verilen sanığın, bir üst yargılama makamına başvurarak kararı incelemek hakkını, daha doğrusu yasayoluna başvurma hakkını, insan haklarından biri olarak kabul etmektedir.

Protokol'ün 2. maddesinin birinci fıkrasında, bir mahkeme tarafından, cezalandırılabilir bir eylem nedeniyle mahkum olan kimsenin, bu hükmü bir üst mahkemeye başvurarak incelemek hakkı bulunduğu açıkça belirtilmiştir<sup>58</sup>.

Bu maddeye göre devletler, yalnız ceza davaları için bu hakkı tanımakla yükümlü kılınmaktadır.

İkinci derece yargılamasının şekil ve koşullarına ilişkin düzenlemeleri, her ülkenin yasayla belirleyeceği de öngörülmüştür (m.2/1). Protokol'ün Açıklama Raporu'nda, hükmün, AİHS'nin 6. maddesindeki anlamda "mahkeme" tarafından verilen hükümlülük (mahkumiyet) kararları için geçerli olduğu vurgulanmıştır<sup>59</sup>.

Söz konusu bir üst yargılama makamına başvurma hakkının istisnaları, daha doğrusu yasayolunun kapalı olacağı ayrık durumlar, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir (m.2/2).

Bu istisnalar şunlardır:

- 1) Suç çok hafifse,
- 2) Sanık, olay mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılanmışsa,
- 3) Karar, beraat kararına karşı başvurulmuş olunan yasayolunda verilmişse.

Protokol, hangi suçların "çok hafif" sayılacağını yasalara bırakmıştır. Ancak, maddenin gerekçesinde bu konuya açıklık getirilmiştir. Buna göre, suçun yaptırımının özgülüğü bağlayıcı ceza olmaması gerekmektedir<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Bası, Ankara 2009, s.312: ek 7 No'lu Protokol 22.11.1984'te imzalanarak 1.11.1988'de yürürlüğe girmiştir. Bu protokol, Türkiye tarafından da 14.3.1985 tarihinde imzalanmış fakat onaylanmamıştır. Ek 7 No.'lu Protokol adil yargılanma hakkı öğretisine (doktrinine) yeni öğeler (unsurlar) getirmiştir.

<sup>58</sup> Ek 7 No.'lu Protokol: "Madde 2

Cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı

1- Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceleme hakkın(i)a haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2- Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir." (Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.312)

<sup>59</sup> GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.312

<sup>60</sup> Bkz. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için, KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008, s.1372, 1374, n.80.1

Ceza Yargılama Yasası'nda, yasayolu davasının, yargıç ya da mahkeme kararlarına karşı açılabilceği belirtilmiştir (5271 sayılı CYY.m.260).

Bu nedenle, yasayoluna başvurabilmek için başka bir söyleyişle yasayolu davası açabilmek için, yargıç ya da mahkeme tarafından verilmiş bir kararın bulunması gerekir. Ayrıca, karara karşı yasayolu açık bulunmalıdır.

Kural olarak yasada açıkça kesin olduğu belirtilmeyen yargıç ya da mahkeme kararlarına karşı yasayoluna başvurulabilir<sup>61</sup>.

Yargılama makamı tarafından verilen kararlara karşı yasayolunun açık bulunması, insan hakları ve adil yargılama ilkesi açısından da önemlidir<sup>62</sup>.

Ceza yargılama hukukunda, görülen ceza davasıyla ilgili olup da verilen karar nedeniyle hukuksal yararları etkilenen kişilere başvuru hakkı tanınmaktadır<sup>63</sup>.

**Kaynak Alman ceza yargılama hukukunda da** ceza davası nedeniyle hukuksal yararları etkilenen/bozulan kişilere yasayolu davası açma hakkı tanınmaktadır. Eski Alman ceza yargılama hukukunda ise, Eşöven mahkemelerinin kararlarına karşı yalnız davanın ilgili tarafları değil, her yurttış yasayollarına başvurabiliyordu<sup>64</sup>.

Yasayoluna başvurma hakkının temeli, kamu yararına dayanmaktadır. Ancak, yasayolu davasını açma ve yürütme hakkının her yurttışa verilmesinde bir yarar bulunmadığından, belirli kimselere tanındığı öğretilde ileri sürülmüştür<sup>65</sup>.

Ayrıca hukuka aykırı kararlarda kamu yararı gördüğü için Cumhuriyet savcısı toplun adına yasayolu davası açmaktadır. Böylece Cumhuriyet savcısının kamu yararını koruyacak hak ve yetkileri vardır. Ceza yargılama hukukumuzda her yurttışa,

<sup>61</sup> YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2011, c.III, s. 3878.

<sup>62</sup> GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.268: "7 No.'lu ek Protokol'ün 2. maddesi bir yasa, sözleşme, taraf devletleri çok dereceli bir yargılama usulü kabulüne mecbur kılmış değildir. Bununla beraber bir devlet istinaf ya da temyiz yargılamasını da öngörmüş ise, 6. madde hükmüne bu merciler önünde de bunların kendilerine has yargılama özellikleri hesaba katılmak kaydıyla riayet olunacaktır. Kabul gerekir ki ilk dereceyi izleyen sonraki derece yargılamaları da sanığın durumunu etkileyecektir ve kesinleşmiş bir mahkumiyet veya beraat kararının, nizayı çözüme bağladığı söyle-nemez (mah.k. Pakelli/Almanya, 25-4-183, A 64, § 29, Fretto et autres/İtalya 8.12.1983 § 23-28; Fejde/İsveç, 29.10.1991 A 212-c, § 26; Kremzow/Avusturya, 21.10.1993, A 268-b, § 58); Ayrıca, "örneğin Yüce mahkeme veya Anayasa mahkemesi gibi ilk ve son derece yargılaması yapan; yani kararlarına karşı bir kanun yolu bulunmayan merciler söz konusu oldukça 13. madde hükmünün zımnı bir sınırlamaya uğradığı kabul edilmektedir. Benzeri durumlarda 13. madde güvencesi nihai derece yargılamasına dahil sayılmaktadır" (Komisyon'un 8603/79, 8722/79, 8729/79, 8723/79 sayılı ve 18.12.1980 tarihli kararları, Coricani ve Öte/İtalya, D.R. 22, s.147).

<sup>63</sup> Yasayollarına başvurma hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, Ali Rıza, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010, s.22-27.

<sup>64</sup> VON HIPPEL, Robert, Der Deutsche Strafprozess, Marburg 1941, s.26 dipnotu, (İleten: YÜCE, s.15, n.17).

<sup>65</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onaltıncı Bastı, s. 1377, 1378, n. 80.3.

karara karşı yasayoluna başvuru hakkının bu nedenle verilmediği öğretide haklı olarak kabul edilmektedir<sup>66</sup>.

### 5. Yasayollarına Başvurma Hakkı Olanlar

Ceza yargılama hukukunda görülen ceza davasıyla ilgili olup da verilen karar nedeniyle hukuksal yararları etkilenen kişilere başvuru hakkı tanınmaktadır.

Yasayoluna başvurma hakkının temeli, kamu yararına dayanmaktadır. Ancak, yasayolu davasını açma ve yürütme hakkının her yurttaşta verilmesinde bir yarar bulunmadığından, belirli kimselere tanındığı öğretide ileri sürülmüştür<sup>67</sup>.

Ayrıca hukuka aykırı kararlarda kamu yararı gördüğü için Cumhuriyet savcısı toplum adına yasayolu davası açmaktadır. Böylece Cumhuriyet savcısının kamu yararını koruyacak hak ve yetkileri vardır. Ceza yargılama hukukumuzda her yurttaşta, karara karşı yasayoluna başvuru hakkının bu nedenle verilmediği öğretide haklı olarak kabul edilmektedir<sup>68</sup>.

5271 sayılı Ceza Yargılama Yasamız da “Yasayollarına Başvurma Hakkı” (Kanun yollarına başvurma hakkı) başlığını taşıyan 260. maddesinde, yasayollarına başvurma hakkı bulunan yetkililer/kişiler sayılmıştır.

Bu maddeye göre, yargıç ve mahkeme kararlarına karşı;

- Cumhuriyet savcısı
  - Şüpheli, sanık
  - Katılmasına karar verilenler
  - Katılma istemi karara bağlanmamış bulunanlar
  - Katılma istemi reddedilenler
  - Katılan sıfatını alabilecek durumda suçtan zarar görmüş olanlar
- yasayollarına başvurabilirler<sup>69</sup>.

Ayrıca, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişilerle malen sorumlu olanların, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilecekleri yasa da açıkça düzenlenmiştir (m.237/1).

Ceza Yargılama Yasası'na göre, kamu davasına katılma isteğinde bulunup da katılma isteği karara bağlanmamış olanlara ve katılma isteği reddedilmiş bulunanlara yasayollarına başvurma hakkı tanınmıştır (m.260).

<sup>66</sup> YÜCE, s.20, 21; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 689.

<sup>67</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onaltıncı Bası, s.1377, 1378, n.80.3.II

<sup>68</sup> YÜCE, s.20, 21; CENTEL/ZAFER, 6. Bası, s.689.

<sup>69</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, Temyiz Yolu, s.23-44.

Yüce Ceza Genel Kurulu da yasayoluna başvuru hakkı bulunanlarla ilgili yasal düzenlemeleri yorumlayarak konuya açıklık getirmiştir<sup>70</sup>.

Bunların dışında yasada, “katılan” sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenler için de yasayollarının açık olduğu özellikle belirtilmiştir. Bu kişilerin yasayollarına başvurabilmesi için, “katılan sıfatını alabilecek derecede” suçtan zarar görmüş olması gerekmektedir. Ancak bu kişilerin, yasayoluna başvurabilmeleri için, ayrıca kendilerinin kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilmemiş olmalarının da gerektiği kanısındayız<sup>71</sup>. Çünkü, Ceza Yargılama Yasası’nın 234. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin altıncı alt bendinde **davaya katılmış olma koşuluyla** mağdur ya da şikayetçinin, davayı sonuçlandıran kararlara karşı yasayollarına başvurabileceği öngörülmektedir. Bundan dolayı, katılma sıfatını alabilecek durumda suçtan zarar görmüş, mağdur ya da şikayetçi duruşmadan haberdar edildiği halde katılma isteminde bulunmadıysa, yasayoluna da başvuramayacağı kanısındayız.

<sup>70</sup> CGK., 31.03.2009, 6-268/78: “...Yasa yollarına ilişkin genel hükümlerin yer aldığı CYY’nın 260. maddesinde; “...*bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır*” hükmüne yer verilmiş,

Katılma hakkına ilişkin olarak 5271 sayılı CYY’nın 237. maddesinde; “(1) *Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler*” hükmü getirilmiş, katılma usulü ise aynı Yasanın 238. maddesinde; “(1) *Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur.*

(2) *Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur*” şeklinde gösterilmiştir.

Anılan Yasanın 35/2. maddesinde de *Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararlarının, hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunacağı belirtilmiştir.*

Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Müştekinin 5271 sayılı CYY’nın 237/1. maddesi uyarınca davaya katılma hakkı bulunmakla birlikte, bu yönde bir istemde bulunmadığı, bunun yerine davet edildiği iki oturuma gelerek şikayetçi olduğunu ifade etmekle yetindiği görülmektedir. 5271 sayılı CYY’nın 238. maddesinin 2. fıkrası uyarınca şikâyeti belirten ifade üzerine suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması zorunludur. Belirtilen zorunluluğa uyulmaması ise yasaya açık aykırılık oluşturacaktır. Yasa yollarına başvurunun genel koşullarını düzenleyen CYY’nın 260. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca “*katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş bulunanlar*” yasa yoluna başvuru hakkına sahip olup, bu hüküm uyarınca şikayetçi olduğunu bildirmesine karşın kendisine katılma hakkı hatırlatılmayan bu nedenle de davaya katılmayan müştekinin katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar gören sıfatıyla yasa yoluna başvurma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, yokluğunda verilen kararın CYY’nın 260/1. maddesi uyarınca yasa yoluna başvuru hakkı bulunan müştekiye tebliğ edilmesi zorunludur. Bu işlem yapılmamış olduğundan yerel mahkemenin kararı henüz kesinleşmemiştir...” (Yayımlanmamış Karar).

<sup>71</sup> Bkz. Aynı düşünce için ÇINAR, Temyiz Yolu, s.27; Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Ankara 2007, s.131.

Nitekim Yargıtayımızın görüşü de aynı doğrultudadır. Yüce Mahkeme, duruşmadan yöntemine uygun biçimde haberdar edilen suçtan zarar gören mağdurun, davaya katılmış olma koşuluyla, sonkarara/hükme karşı yasayoluna başvurabileceğine, aksi takdirde yasayoluna başvuramayacağına karar vermiştir<sup>72</sup>.

Ceza Genel Kurulu, yakınan vekiline (mağdur ve şikayetçiye), öncelikle Ceza Yargılama Yasası'nın 234. maddesinde yazılı bulunan haklarının anlatılıp açıklanması ve bu durumun yani hakların anlatılıp açıklandığının da duruşma tutanağına yazılması gerektiğinin, yasal zorunluluk olduğunu kararında açıkça belirlemiştir.

Ayrıca, yakınan vekiline (mağdur ve şikayetçiye), Ceza Yargılama Yasası'nın 234. maddesindeki haklar anlatılıp açıklanmadan yargılamanın sonuçlandırılması durumunda, katılan sıfatını kazanmayan yakınan (mağdur ya da şikayetçi) vekilinin, aynı Yasa'nın 260/1. maddesindeki "... katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar" kapsamında hükmü (son kararı), temyiz etme yetkisinin/hakkının bulunduğu Ceza Genel Kurulu'nca karar verilmiştir<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> 2.CD., 17.11.2011, 2011/31088, 2011/38882: "... Yöntemine uygun biçimde duruşma günü bildirildiği halde, 5271 sayılı CMK.nun 237. ve 238. maddeleri uyarınca usulünce kamu davasına katılmayan şikayetçi kurumun, kurulan hükmü temyize hakkı bulunmadığından, şikayetçi kurum vekilinin temyiz isteminin 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca istem gibi RED-DİNE, oybirliğiyle karar verilmiştir." (Yayımlanmamış karar); 2.CD., 26.10.2009, 2009/30231, 2009/40138 "... Duruşmadan yöntemine uygun biçimde haberdar edilen suçtan zarar gören mağdur kurumun 5271 sayılı CYY.nın 234. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin altı nolu alt bendi uyarınca davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı yasayoluna başvurma hakkı bulunduğundan, aynı Yasanın 237 ve 238. maddeleri uyarınca kamu davasına katılmayan suçtan zarar gören mağdur kurumun sanık hakkında kurulan sonkararı (hükmü) temyiz hakkı bulunmaması nedeniyle suçtan zarar gören mağdur kurum vekilinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasının yollamasıyla 1412 sayılı CYY.nın 317. maddesi uyarınca RED-DİNE oybirliğiyle karar verildi." (Yayımlanmamış Karar).

<sup>73</sup> CGK., 20.12.2011, 2011/4-256, 2011/283: "...5271 sayılı Yasanın mağdur ve şikayetçinin haklarını düzenleyen 234. maddesinin 1/1-b alt bendinde, mağdur ile şikayetçinin, kovuşturma evresinde,

Duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili yoksa, baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı yasa yollarına başvurma,

Haklarının bulunduğu, hüküm altına alınmış,

Maddenin son fıkrasında da, bu hakların mağdur ve şikayetçiye anlatılıp, açıklanacağı ve bu hususun tutanağa yazılacağı belirtilmiştir.

Katılmaya ilişkin hükümlere ise 237 ila 243. maddelerinde yer verilmiştir.

Anılan Yasanın 237. maddesinde; "(1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

(2) Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır" hükmüne yer verilmiştir.

(...)

Yasa yollarına ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 260. maddesinde ise; "...bu Kanuna göre katılan

Yasayollarına başvurma hakkı bulunanlar, Ceza Yargılama Yasası'nın 260. maddesinde gösterilenlerle sınırlı değildir. Yasa'nın diğer maddelerinde de yasayollarına başvuru hakkı bulunanlar gösterilmiştir.

Yasa'nın 262. maddesinde, şüpheli ya da sanığın yasal temsilcisi ve eşinin de şüpheli ya da sanığa açık olan yasayollarına "kendiliklerinden" başvurabilecekleri belirtilmiştir.

Yine Yasa'nın 261. maddesinde, avukatın, sahip olduğu sıfatın niteliğine göre, müdafî ya da vekil olarak yasayollarına başvurma hakkının bulunduğu öngörülmektedir. Avukatın müdafî ya da vekil olarak yasayoluna başvurma hakkı bir kişinin müdafî ya da vekili olarak bir görev üstlenmesi durumunda söz konusudur. Bundan dolayı avukatın müdafî ya da vekil sıfatıyla bağımsız olarak yasayoluna başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca, Yasa'nın 258. maddesine göre, zorarlama ya da iade olunacak eşya veya malvarlığı değerleriyle ilgili olarak verilen hükümlere karşı; zorarlama (müsadere) ya da iade olunacak eşya ya da diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kişiler, istinaf yoluna başvurabilmektedirler (CYY. m.256, 257/2).

Tanık ve bilirkişi ya da üçüncü kişiler de kendilerini ilgilendiren ve çıkarlarına aykırı kararlara karşı yasayollarına başvurabilirler. Örneğin, tanık ve bilirkişi kendileri hakkında verilen "disiplin hapsi" kararına karşı Ceza Yargılama Yasası'nın 60. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca yasayollarından "itiraz yoluna" başvurabilirler.

---

sifatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır" hükmüne yer verilmiştir. (...)

Katılma usulünü düzenleyen anılan Yasanın 238. maddesi uyarınca, davaya katılma hakkının kullanılması için dilekçe ile başvurma yönteminin yanı sıra, sözlü olarak yapılan istemin duruşma tutanağına geçirilmesi de yeterli görülmüş, hatta şikayetçi olduğunu bildiren kişiye mahkemelerce, davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması hususunda zorunluluk getirilmiştir. Bu zorunluluk karşısında duruşmaya katılan mağdur ve şikayetçiye öncelikle CYY'nın 234. maddesinde yazılı bulunan haklarının anlatılması ve durumun duruşma tutanağına yazılması gerektiği belirlenmiştir. Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Çeşme Belediye Başkanlığı vekilinin şikayeti üzerine C. Başsavcılığınca başlatılan soruşturma sonucunda sanık hakkında kamu davası açıldığı, duruşma gününün şikayetçi Çeşme Belediye Başkanlığına bildirildiği, şikayetçi vekilinin duruşmalara ve keşfe katıldığı, aşamalarda şikayetçi vekiline CYY'nın 234. maddesindeki hakların hatırlanmadığı olayda yerel mahkemece öncelikle şikayetçi vekiline CYY'nın 234. maddesindeki hakları hatırladıktan sonra sanıktan şikayetçi olup olmadığı, şikayetçi olduğunu bildirmesi halinde ise davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması, sonucuna göre katılma konusunda bir karar verilmesi gerekirken yargılamaya devamlı şikayetçi verilinin duruşma tutanaklarına ve gerekçeli karara "müdahil vekili" olarak yazılması şikayetçi vekiline katılan sıfatı kazandırmayacaktır. Şikayetçi vekiline CYY'nın 234. maddesindeki haklar hatırlanmadan [(doğrusu anlatılıp açıklanmadan (A.R.Ç.))] yargılamanın sonuçlandırılması karşısında katılan sıfatı kazanmayan Çeşme Belediye Başkanlığının TCY'nın 260/1.maddesindeki "...katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar" kapsamında hükmü temyiz etme yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir..." (Yayımlanmamış Karar).

Bu açıklamalardan sonra, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'na göre, yasayollarına bağımsız olarak başvurma hakkı olan kişilerin kimler olduğunu söyleyebiliriz.

Buna göre; Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, şüpheli ile sanığın yasal temsilcisi ve eşi, davaya katılan, katılma istemi karara bağlanmamış ya da reddedilmiş olan, katılan sıfatını alabilecek biçimde suçtan zarar görmüş olup da duruşmadan haberdar edilmemiş bulunan ve bunların yasal temsilcileri yasayollarına başvurabilirler<sup>74</sup>.

Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 289. maddesi, Cumhuriyet savcısı ile sanığın, adli kararlara karşı yasayolu davası açabileceklerini belirtiyordu. Yalnız bu madde, yasayoluna kimlerin başvurabileceğini sınırlandırarak saymamıştır. Yasa'nın çeşitli maddelerinde yasayoluna başvurabilecek diğer kişiler gösterilmiştir. Örneğin 1412 sayılı Yasa'nın 291, 297, 360, 367, 371, 393, 394. maddelerinde olduğu gibi.

**Kaynak Alman ceza yargılama hukukunda** da ceza davası nedeniyle hukuksal yararları etkilenen/bozulan kişilere yasayolu davası açma hakkı tanınmaktadır.

Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 296, 297, 298, 390 ve 401. maddelerinde yasayoluna başvurabilecek kişiler belirtilmiştir. Buna göre, savcı, şüpheli, sanık, davaya katılan ve şahsı davacı yasayollarına başvurabilirler. Ayrıca şüpheli ile sanığın yasal temsilcisinin de yasayollarına başvurma hakkı bulunmaktadır. Yine, Yasa'da, avukatın sahip olduğu sıfatın niteliğine göre, müdafî ya da vekil olarak yasayollarına başvurma hakkının bulunduğu öngörülmektedir. Yalnız Türk hukukundan farklı olarak **Almanya'da hem şüphelinin hem de sanığın eşine yasayollarına başvuru hakkı tanınmamıştır**<sup>75</sup>.

#### IV. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI KURALININ TEMELİ

Konu öğretilerde oldukça tartışmalıdır. Öğretilerde her zaman kurala karşı ve kuraldan yana olanlar görülmüştür<sup>76</sup>.

Kurala karşı olanlar ve kuralı savunan yazarlar, kurumun hukuksal temelini çeşitli düşüncelerle açıklamışlardır.

<sup>74</sup> KAYLAN, Keskin, "5271 sayılı (Yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu Yasa Yolları", (Adalet Bakanlığı'nca İlk Derece Hakim ve Savcıları İçin, 25-30 Ocak 2005 Tarihlerinde Ankara da Düzenlenen Bilgilendirme Seminerinde sunulan tebliğ) s.1 (1-11).

<sup>75</sup> DÖLLING, Dieter, Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung, Lutheland 1996, § 298, Rn. 1 (İleten: ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s.548): "Almanya'da erkek eşin denetim muhakemesi yoluna gitmesi olanağına 28.06.1935 yılında yapılan değişiklikle son verilmiştir".

<sup>76</sup> EREM, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996, s.751; SELÇUK, s.28 vd; CGK., 20.06.2007, 124/165 .

Bir düşünceye göre, belirlenen yanılıya karşın, kural uyarınca hüküm değiştirilemediği ya da bozulamadığı için ilk derece mahkemesinin, bozma makamının (merciinin) yetkisinin/görevinin sınırlandırılması/daraltılması söz konusudur. Bu görüşe göre, aleyhe değiştirme yasağı kurumu ceza yargılama hukuku kurallarının bütünlüğünü de bozmaktadır. Bu düşüncenin/görüşün yerinde olmadığı kanısındayız<sup>77</sup>.

Aleyhe değiştirme/aleyhe düzeltme/aleyhe ağırlaştırma/aleyhe bozma yasağı kuralı/kurumu gereğince, bozma sonrası yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım (ceza) ve hukuksal sonuçları, sanık aleyhine olarak eski hükümdekinden daha ağır olamayacaktır. Bozmadan sonra yeniden kurulacak hükümdeki eylemin niteliğinin, yani eylemin yeniden tanımlanmasının ve dolayısıyla suçun adının değişmesi bu kurala aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle de sadece suçun hukuksal nitelendirilmesinin yanlış yapılması nedeniyle, temyiz davasına yalnızca sanık başvurmuş olsa dahi temyiz mahkemesince bozma kararı verilebilir.

Somut olayda, sanığın su hırsızlığı eylemi 5237 sayılı TCY'nin 142. maddesinin (1) fıkrasının (a) bendinde yazılı "nitelikli hırsızlık" suçunu oluşturduğu halde, ilk derece mahkemesince, eylemin hukuksal tanımı yanlış yapılarak, "basit hırsızlık" suçunu oluşturduğu kabul edilmek suretiyle, sanığın TCY'nin 141/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Bu hükme karşı yalnızca sanık savunmanı temyiz yasayoluna başvurmuştur. Yargıtay Özel Dairesi'nce sadece eylemin hukuksal tanımının/nitelendirilmesinin doğru olmaması nedenine dayanarak bozma kararı verilmiştir. Bozma kararı verilirken, ilk derece mahkemesince yeniden kurulacak hükümde "aleyhe değiştirme yasağı kuralı"nın gözetilmesi gerektiği de belirtilmiştir<sup>78</sup>.

Yargıtay Özel Dairesi'nce verilen bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı aleyhe temyiz bulunmayan bu davada eylemin suçun nitelikli halini oluşturduğundan dolayı eleştiriyile onama kararı verilmesi gerektiğini ileri sürerek olağanüstü yasalardan itiraz yoluna başvurmuştur. Ceza Genel Kurulu'na ayrıntılı biçimde gerekçeleri gösterilmek suretiyle Özel Daire uygulaması yerinde bulunmuştur. Bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar verilmiştir<sup>79</sup>.

Diğer bir düşünceye göre kural kamu düzeniyle ve ceza yargılamasının amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu düşünceyi savunan **Kunter**'e<sup>80</sup> göre, kural her ülkede benimsenmemiştir. Bu yüzden söz konusu kuralın, genel olarak geçerli bir kural olarak değerlendirilmesi yanlıştır. Ayrıca sakıncaları yararlarından daha çoktur.

<sup>77</sup> SELÇUK, s.29 vd; EREM, s.751 vd.

<sup>78</sup> 2.CD., 21.09.2011, 5805/34198.

<sup>79</sup> CGK., 03.04.2012, 2011/2-353, 2012/129.

<sup>80</sup> KUNTER, s.668, 669 vd, 679.



Ceza yargılamasının kamu düzenini ilgilendiren yapısıyla ve maddi gerçeğe ulaşma amacıyla da bağdaşmamaktadır. Bu yüzden yasayoluna başvuran kişi, kendi yararı için olsa bile, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Ceza adaleti, savcının yasayoluna başvurmaması gibi bir rastlantıya bırakılamaz, bırakılmamalıdır.

Görülüyor ki **Kunter**, önceden, aleyhe değiştirme yasağının savunulması mümkün olmadığından bir an önce Ceza Yargılama Yasası'ndan çıkartılması düşüncesindeydi.

Ancak **Kunter**, kitabının 6. basısından sonra bu görüşünden vazgeçmiş, gerekçesini şöyle açıklamıştır:

“İlk altı basıdaki görüşümüz, daha çok kararı beğenmeyip bozulmasını isteyen kişinin, karar bütün olduğuna ve yeni bir karar verileceğine göre, bunun aleyhe sonuçlarına da katlanması gerekmesinde ve bu mecburiyetin temelinde, iddia makamlarının aleyhte kanunyollarına gitmemesindeki “tesadüf”ün yatmasına dayanıyordu. Rasyonel olmasına rağmen bu görüşün fazla sert olduğunu gördük. Hepimiz şu veya bu tesadüften yararlanırken, sanık niye yararlanmasın?”<sup>81</sup>. Böylece Kunter, artık aleyhe değiştirmeme yasağını benimsemektedir.

**Kunter**'e göre; Ceza Yargılama Yasamız, yalnız sanık yararına (lehine) temyizde, suçlu yararına (lehine) davranılmasını toplum yararı bakımından uygun görmüştür<sup>82</sup>.

Kuraldan yana görüş bildiren kimi yazara göre, aleyhe değiştirme yasağı kuralı, kendi başına açıklanamaz. Ceza yargılama hukukunun bazı ilkelerinden yola çıkılarak bu kurala ulaşmak gerekir. Bu kurallardan biri “yüze karşılık ilkesi”dir. Bu ilke sayesinde sanık, aleyhinde olan bütün konularda savunmasını bildirmek, başka bir deyişle “savunma hakkı”na sahiptir. Ceza Yargılama Yasası'nda bu kural olmasaydı, savunması alınmaksızın, dolayısıyla yargılama diyalektiği bozularak sanık aleyhinde bir karar verilmiş olacaktı<sup>83</sup>.

Kuralı, yasayolundan beklenen/umulan yarara göre, açıklayan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre; yasayoluna başvurma önkøşulu, bir “yarar”ın bulunmasıdır. Bu önkøşul gerçekleşmediği zaman, bu yola başvurulamaz. Yasayoluna başvurudan sonra kurulan hüküm, yararı olduğu için bu yola başvuran sanığı daha kötü duruma düşüremez, ilk hükümdeki yaptırımını (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırıramaz<sup>84</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise; kural, toplumsal yarara dayanmaktadır. Bu görüşü savunan **Kunter**, ilk karara karşı aleyhte yasayoluna giden olmadığı takdirde daha

<sup>81</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1666, n.102.5, dipnot 79.

<sup>82</sup> KUNTER, s.670.

<sup>83</sup> CARULLI, s.72 (İleten: EREM, s.755); SELÇUK, s.31, 32.

<sup>84</sup> SELÇUK, s.32; EREM, s.755; PISSANI, s.41-47 (İleten: SELÇUK, s.32).

sonra aşılmaması gereken bir tavan bulunmasının daha adil olacağını savunmuştur<sup>85</sup>.

Kuralın hukuksal temelini adalet/hakkaniyet düşüncesine dayanarak açıklayan yazarlar da bulunmaktadır. Eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 326/4. madde ve fıkrasını açıklayan gerekçeye göre, kuralın dayandığı nedenlerden bir başkası da adalet/hakkaniyet, gerekçedeki anlatımla "madelet (adil olmak) gibi yüksek bir prensip"tir<sup>86</sup>.

Alman hukukunda aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius) kuralının 18. yüzyılda mahkemelerin uygulamasında adalet düşüncesinden ortaya çıktığı belirtilmektedir<sup>87</sup>. Bu görüşü savunanlar, suçludan yana olma düşüncesinin etkisiyle kuralı, yalnızca adalet duygusuyla açıklamaya çalışmaktadırlar. Kural, yalnız adalet düşüncesine dayanılarak açıklanamaz<sup>88</sup>. Yasa'nın gerekçesi "... madalet (adil olmak) gibi yüksek bir prensibin yersiz bir tatbiki" olarak değerlendirilerek eleştirilmektedir<sup>89</sup>. **Kunter**'e göre; ceza hukukunun amacı kamu düzenini korumak olduğundan, hep suçlunun yararına (lehine) gidilmesi düşüncesi çağdışı bir acıma duygusunun açıklamasından başka bir şey değildir<sup>90</sup>. Kaldı ki Ceza yargılama hukuku (suç yargılama hukuku) salt sanık için adalet aramaz.

Ceza yargılama hukukunda her bakımdan adil olan karar maddi gerçeğe en uygun karardır<sup>91</sup>.

Ayrıca sanığın, yargıcın yanlışından yararlanması da adalet düşüncesinin gereği olamaz<sup>92</sup>.

Yasayolu davasında istek (talep) dışında karar verilmemesi görüşünü savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, istinaf ya da temyiz yolunda, hükmün istek konusu yapılmayan, dolayısıyla bunun dışında kalan kesimleri kesinleşmiştir. Bundan dolayı, yasayolu makamları (mercileri) istinaf ve temyiz yolunda, hükümlerin istek konusu yapılmayan kesimleriyle ilgili olarak bir karar veremez. Önceki/eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasamızın temyiz yoluna (m.320/1-son), yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasamızın ise istinaf yoluna (m.272/1) ilişkin düzenlemelerine göre yasayolu davasında, hükmün istek dışı kesimleri konusunda da yasayolu makamlarına (mercilerine) karar verme olanağı vermektedir.

<sup>85</sup> KUNTER, s.670; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1666, n.102.5.

<sup>86</sup> Benzer açıklama için bkz. PISANI, s.47 vd (İleten: SELÇUK, s.31).

<sup>87</sup> RUPING, s.165 (İleten: KESKİN, "Reformatio in ..." s.410).

<sup>88</sup> KESKİN, "Reformatio in ..." s.414.

<sup>89</sup> KUNTER, s.668; EREM, s.752.

<sup>90</sup> KUNTER, s.668, 669 (Kunter "soysuzlaşmış" demektir. Selçuk, (s.31) buna "çağdışı" demektir. Biz de "çağdışı" sözcüğünü kullandık); EREM, s.752.

<sup>91</sup> SELÇUK, s.31; KESKİN, "Reformatio in ..." s.414.

<sup>92</sup> YÜCE, s.170; SELÇUK, s.31; KESKİN, "Reformatio in ..." s.414.

Alman Ceza Yargılama Yasası'nda, istinaf yolunda (m.318), hükmün belli konuları gösterilerek, kısmi/sınırlı istekte bulunma kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

Yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasamızdaki temyiz yoluna ilişkin düzenlemede; yasayolu davasına bakacak makam (merci) olan Yargıtay'ın yalnız temyiz başvurusunda belirtilen konular (hususlar) ile temyiz isteği (istemi) yargılama hukukuna (usule) ilişkin kuralların uygulanmaması, eksik ya da yanlış uygulanmasından yapılmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında da inceleme yapılabileceği öngörülmektedir (m.301)<sup>94</sup>. İstek dışı karar vermeme görüşü, yalnız temyiz davası için geçerli olmakla birlikte, ceza yargılamasının amacı gözetildiğinde aleyhe değiştirme yasağı kuralının temelini açıklamakta yeterli olmadığı, öğretilerde yerinde olarak belirtilmiştir<sup>95</sup>.

Yasayolu makamlarının (mercilerinin) istek dışı karar verememesi görüşü, ceza davasını, hukuk davasına benzetmektedir. Ancak, iki dava arasında amaç açısından büyük ayrılıklar bulunduğu da açıktır. Cezada, kamu davasını açma görevini Cumhuriyet savcısı yerine getirir (m.170/1). Cumhuriyet savcısı kamu davasında (ceza davasında) hasım olmadığı için, sanığın yararına olan kanıtların (delillerin) toplanmasını (1412 sayılı CYY. m.153/2; 5271 sayılı CYY. m. 160/2) ve sanığa daha az yaptırım uygulanmasını ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma evrelerinde isteyebilir. Çünkü Cumhuriyet savcısının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Oysa hukuk davasında hasımlar vardır<sup>96</sup>.

Başka bir görüşe göre ise, kuralın temelini (esasını) “kazanılmış hak” oluşturmaktadır. Yalnızca sanık yararına yasayoluna başvurulduğunda bozma sonrası yeniden kurulan hükümde sanığın durumu, ilk hükümdeki yaptırımın (cezanın) hukuksal sonuçları, niteliği ve niceliği açısından ağırlaştırılamayacaktır. Çünkü bu görüşe göre ilk hüküm “kazanılmış hak”tır.

Yasakoyucu, eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın temyiz yoluna ilişkin 326/4. madde ve fıkrasını açıklayan gerekçede, kuralın dayanağını açıklayan nedenlerden “adalet” dışında biri ise “kazanılmış hak”tır.

Kazanılmış hak görüşünün özellikle Yargıtay<sup>97</sup> ve Danıştay'da<sup>98</sup> sürekli benim-

<sup>93</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, İstinaf, s.215, 216.

<sup>94</sup> ÇINAR, Temyiz Yolu..., s.136, 137.

<sup>95</sup> KUNTER, s.666, 667; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1666, 1667, n.102.5; SELÇUK, s.29.

<sup>96</sup> SELÇUK, s.29, 30; KUNTER, s.668; EREM, s.755.

<sup>97</sup> CGK., 03.04.2012, 2011/12-378, 2012/137; 03.04.2012, 2011/2-353, 2012/129; 07.10.2008, 2008/1-198, 2008/211; 21.09.2004, 2004/4-144, 2004/170; 09.07.2002, 2002/4-158, 2002/289; 29.09.1998, 1998/8-196, 1998/277; SELÇUK, “Özellikle içerik açısından doğru olan 8.2.1950 tarih ve 21/1 sayılı içtihatları birleştirme kararında da kazanılmış hak kavramına dayanılması tam bir talihsizliktir” demektedir (SELÇUK, s.30).

<sup>98</sup> 12.D. 25.1.2008, 5835/320 (İleten: SELÇUK, s.30).

sendiği, kararlarında çok sık olarak yaptığı vurgulardan açıkça anlaşılmaktadır. Kazanılmış hak görüşünü öğretide de eski yasa döneminde benimseyen olmuştur<sup>99</sup>.

Kazanılmış hak görüşü haklı olarak öğretide eleştirilmektedir. Kamu düzenini korumakla görevli ceza hukukunda “kazanılmış hak” kavramının benimsenmesi olanaksızdır. Kamu düzeniyle ilgili olan ceza davalarında, hukuka aykırı bir davranışta bulunan sanığın (suçlunun) “kazanılmış hakkından” söz edilmesi bir diğer söyleyişle suçun hak doğurucu bir araç olması, ne hukukla ne de ahlakla bağdaşır. Daha doğrusu “kazanılmış hak” görüşü ceza (suç) hukukunun hukuksal, ahlaksal, toplumsal temellerine aykırıdır<sup>100</sup>.

Özel hukukta dahi önemini yitirmekte olan kazanılmış hak görüşünün<sup>101</sup>, hukuk davalarında açıklanabilir bir neden olarak kabul edilebileceği öğretide<sup>102</sup> ileri sürülmüştür.

Yargıtay’ın yeni kararlarında “kazanılmış hak” kavramı görüşünü eleştirmiş<sup>103</sup> olması öğretide<sup>104</sup> haklı olarak umut verici bulunarak, bunun bütün yargıçlarca benimsenmesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>99</sup> TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Bası, İstanbul 1950, s.402.

<sup>100</sup> FERRI (Principii) s.49 (İleten: SELÇUK, s.30, 31; EREM, s.752); KUNTER, s.670; KESKİN, “Reformita in...” s.415.

<sup>101</sup> KUNTER, s.669, 670, 674, 678, 679; SELÇUK, s.30.

<sup>102</sup> EREM, s.752; SELÇUK, s.30; Ayrıca kamu hukukunda, idare hukukunda ve özel hukukta “kazanılmış hak” argümanları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku c.I, 2. Baskı, Bursa 2009, s.1127-1146; GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?” Terazi Dergisi, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012, s.41 vd (s.36-50).

<sup>103</sup> CGK., 05.07.2011, 2011/10-119, 2011/162: “... 5271 sayılı CYY.nın 307/4. maddesinde de yer alan “aleyhe değiştirememeye yasağı” 1412 sayılı CYUY’nın 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 326. maddesinin son fıkrasında; “*Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümlerle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz*” biçiminde düzenlenmiş olup; ceza usul hukukumuzda bu madde dışında cezayı aleyhe değiştirememeye yasağını düzenleyen başka bir hüküm bulunmamaktadır.

Buna göre, ceza hukukunda genel anlamda bir “kazanılmış hak” kavramından bahsedilemeyeceği, ancak, 1412 sayılı CYUY’nın 326. maddesinin son fıkrası uyarınca sınırlı biçimde uygulanabilecek bir “ceza’yı aleyhe değiştirememeye ilkesi” “Reformatio in peius” veya “aleyhe düzeltme yasağı”nın söz konusu olduğunun kabulü gerekmektedir.” Aynı nitelikte bkz. CGK., 23.02.2010, 230/32; 2 CD., 27.06.2012, 2012/15729, 2012/17568; 2 CD., 26.06.2012, 2010/27955, 2012/17359: “... O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz isteminin sanıklar hakkında hakaret suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerine yönelik ve sanıkların lehine olduğu, sanık Ş.S.’nin temyiz isteminin ise kendisi hakkında hakaret suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerine yönelik olduğu belirlenerek yapılan incelemede;

(...) O Yer C.Savcısı ve sanığın temyiz itirazları (...) yerinde görüldüğünden, hükmün (...) istem gibi BOZULMASINA, bozma sonrası kurulacak hükümde 1412 sayılı CMUK.nın 326/son maddesinin gözetilmesine, 26.06.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

<sup>104</sup> SELÇUK, s.31.

**Kuralın hukuksal temelini açıklarken günümüzde öğreti, gerçekçi ve tutarlı bir görüşte birleşmiştir. Bu görüşe göre;** aleyhe değiştirme başka bir anlamıyla aleyhe bozma yasağı, sanığın, yasayoluna başvurduğunda aleyhe bir durum ortaya çıkacağından korktuğu için başvurudan vazgeçmesini önlemek amacıyla yöneliktir<sup>105</sup>.

Bu nedenle, aleyhe değiştirme yasağı (Verbot der reformatio in peius) hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur<sup>106</sup>.

Sanığın yasal temsilcisi ile eşi, şüpheli ya da sanığın yalnızca yararına (lehine) yasayoluna başvurabilirler<sup>107</sup>.

Bundan dolayı aleyhe değiştirme yasağı kuralı, hüküm yalnızca sanığın, savunmasının, sanığın eşi ya da yasal temsilcisinin yasayoluna başvurması durumunda uygulanır. Ayrıca Cumhuriyet savcısı yasayoluna yalnızca sanık yararına başvurmuşsa kural yine uygulanır (CYY.m.265)<sup>108</sup>.

Böylece, yasayoluna yalnızca sanık, onun yasal temsilcisi ve eşi ya da sanık yararına/lehine Cumhuriyet savcısı tarafından gidilmiş ise sanık hakkında yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım (ceza türü ve ağırlığı bakımından) ve hukuksal sonuçları, onun (sanığın) aleyhine olarak bozulan hükümden daha ağır olamaz ve aleyhe değiştirilemez<sup>109</sup>.

Gerçekten hüküm giyen sanık, yasayoluna başvururken ilk hükümdeki yaptırım (ceza) ve hukuksal sonuçlarının daha ağırlaşabileceği düşüncesi kendisinde doğal olarak korku, kaygı yaratacağı için yasayoluna başvurma konusunda her zaman duraksar. Bunun nedeni açıktır. Hatta hükmü haksız bulan sanık da bu kaygıyı taşıyacak, bu yüzden de çoğu kez haksız olan bir hükmü bile kabullenip yasayoluna başvurmayacaktır. Oysa sanık hukuk düzenine güvenmeli, bu kaygıyı taşımadan ve çekinmeden yasayoluna başvurabilmeli, hak arama hakkını özgürce kullanabilmelidir<sup>110</sup>.

Yasayoluna başvurmanın sınırlandığı bir yargılama hukukunda, devletin adil

<sup>105</sup> VOLK, s.300, § 34, Rn.24; KÜHNE, s.617, § 61 Rn.1028; MEYER-GOSSNER, Lutz, Strafrechtsordnung Mit GVG und Nebengesetzen 52. Auflage, München 2009, s.1250, § 331, Rn.1; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2011, s.737; ÖZBEK, s.692; ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.864; SELÇUK, s.32 vd; EREM, s.755; YÜCE, s.171; YURTCAN, s.477; KESKİN, "Reformatio in ..." s.416; ÇINAR, İstinaf, s.162.

<sup>106</sup> BGH 9, 324, 332 (İleten: MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s.1250, § 331, Rn.1); SELÇUK, s.32 vd; KESKİN, "Reformatio in ..." s.416; ÇINAR, İstinaf, s.162, 236.

<sup>107</sup> Bkz. ÇINAR, İstinaf, s.81; CENTEL/ZAFER, 6. Bası, s.693; SARIGÜL, Ali Tanju, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2009, s.26; YAŞAR, 5. Bası, c.III, s.3810; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.548.

<sup>108</sup> ÇINAR, Temyiz Yolu..., s.166.

<sup>109</sup> ROXIN, § 51, Rn.29; ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.864.

<sup>110</sup> Bkz. SELÇUK, s.32; ÇINAR, İstinaf, s.162; TOSUN, s.134; KESKİN, "Reformatio in...", s.416.

yargılama görevi ve sanığın adil yargılanma hakkı çiğnenmiş olur<sup>111</sup>. Çünkü yasakoyucu, bu kuralı benimserken, Cumhuriyet savcısı dahil, sanık yararına yasayoluna başvuranların/yasayolu davası açanların, sanığın durumunu daha iyi hale getirmek istediklerini kabul etmiş ve sanık yararına yasayoluna başvuru/yasayolu davası sonucu sanığın bu durumunu daha da ağırlaştırmayı uygun bulmamıştır<sup>112</sup>.

Başka bir deyişle, *Selçuk*'un belirttiği gibi “Yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı”, “demokratik devlet” ve “hukukun üstünlüğü” ilkelerinin zorunlu sonucudur<sup>113</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ve ekli protokollerini (Ek 7 No’lu Protokol) hukuk düzeninde kabul etmiş olan bir devlette (Any.m.90), sanığa korku yaşatarak yasayollarına başvurma haklarından vazgeçirmek söz konusu olamaz. Aksine böyle bir düzende “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırmama” kuralının bütün boyutlarıyla, yani yaptırımın niteliği, niceliği ve hukuksal sonuçlarıyla kabul edilmesi zorunludur. Bu kural, suç eyleminin nitelendirilmesiyle, yani eylemin hukuk düzenindeki adlandırılmasıyla değil, hükümdeki yaptırım (ceza) ve hukuksal sonuçlarıyla ilgilidir<sup>114</sup>. Çünkü suçun hukuksal niteliğini, kuralın kapsamı içinde düşünmek ceza yargılama hukukunda adalet düşüncesini örseler<sup>115</sup>. Yargıtay da bir kararında yerinde olarak, bu hususları vurgulamıştır<sup>116</sup>.

Sanık için de önemli olan, yaptırım ve yaptırımın hukuksal sonuçlarıdır. Bu sonuçlar, sanığı korkutmamalıdır<sup>117</sup>. Bu nedenle bozma sonrası eyleme konulan tanı, suçun adı değişebilir ya da aynı suçun nitelikli biçimlerinden birine dönüşebilir<sup>118</sup>. Bundan dolayı, suça konulan tanı, suçun adlandırılması/nitelendirilmesi kuralın kapsamı içinde kabul edilemez.

Aleyhe değiştirme yasağı kuralının nedeni öğretide şöyle açıklanmaktadır: “Kararı savcı veya davacı aleyhte temyiz etmediğine göre, bunlar tatmin olmuştur. Eğer sanık temyiz ettiğinde daha ağır ceza verilmesi kabul edilirse sanığın korkarak bu cezaya razı olması olasılığı bulunabilirdi. Bu durumda kanunun hem sanığa bir olanak tanıdığı hem de onu bu olanağı kullanamaz duruma soktuğu söz konusu olabilirdi. Devletin bir eliyle verdiği hakkı öbür eliyle alması yerinde olmazdı. İşte böyle bir çelişik duruma neden olmamak için, kanunkoyucu, bizce çok yerinde olarak, hiçkimse aleyhte temyiz etmediğinde, cezanın aleyhte ağırlatılmasını ka-

<sup>111</sup> SELÇUK, s.34; KESKİN, “Reformatio in...”, s.416.

<sup>112</sup> ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2011, s.685; SELÇUK, s.34.

<sup>113</sup> SELÇUK, s.33, 34; Aynı düşünce için bkz. EREM, s.756.

<sup>114</sup> TORNARE, s.425 (iletten: SELÇUK, s.34, 35).

<sup>115</sup> KESKİN, “Reformatio in...”, s.416.

<sup>116</sup> CGK., 17.11.1998, 282/348 (YKD., Yıl 1999, sy.1, s.101 vd).

<sup>117</sup> SELÇUK, s.35; KESKİN, “Reformatio in...”, s.416.

<sup>118</sup> SELÇUK, s.41.

bul etmemiştir"<sup>119</sup>. Kuşkusuz karşı (aleyhte) temyiz istemi (davası) varsa, mahkeme "serbestlik ilkesi" gereğince eski cezadan daha ağırını da verebilir.

Yalnızca karşı (aleyhte) temyiz istemi (davası) bulunsa dahi, eğer Yargıtay, hüküm/sonkararı sanık yararına (lehine) bozmuş ise bu karara uyma durumunda sonucun ağırlaştırılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Denilmektedir ki, hiç temyize gidilmemiş olsaydı, mahkemenin bu kararı kesinleşecekti. Temyize gidildiği için kesinleşmemiştir. Fakat Yargıtay lehte bozmuştur. Mahkeme, lehte bozulduğu için, ilk kararındaki cezayı aşma hakkına sahip olmamalıdır<sup>120</sup>. Bu görüşü ileri sürenler Ceza Yargılama Yasamızda "nisbi yargılaşma" denilebilecek "sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmaması mecburiyeti" konusunda açık bir hüküm bulunmadığını kabul etmektedirler. Ancak bozmanın niteliğine göre, böyle bir durumun ayrıksı olarak içtihat yoluyla kabul edilmesinin uygun olacağı savunulmaktadır.

Sonuç olarak, sanık yararına yasayoluna başvurulduğunda kural uygulanırken, ceza yargılama hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacından hiçbir zaman vazgeçilmeyecektir. Ancak, ilk hükümdeki yaptırımın ve sonuçlarının, bozma sonrası kurulacak hükümde ağırlaştırılmamasına özen gösterilecektir. Kuralı öngören maddeler bu kapsam gözetilerek düzenlenmeli ve yorumlanmalıdır<sup>121</sup>.

## V. KURALIN UYGULANABİLECEĞİ YASAYOLLARI VE KOŞULLARI

Kuralın ancak belli yasayolu davalarında uygulanabileceğini yukarıda açıklamıştık.

Ancak bu yasayollarında, biçime ilişkin bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda kural uygulanabilir.

İstinaf davasında, yargılama makamı istinaf mahkemeleridir. İstinaf mahkemeleri "üst" mahkemelerdir.

Türkiye'de "Bölge Adliye Mahkemeleri" istinaf mahkemeleri olarak kurulacaktır.

Bölge Adliye Mahkemesi kendisine gelen dosya üzerinde ilk olarak ön inceleme yapar. Ceza Yargılama Yasası'nın 279. maddesi uyarınca, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, gelen dosyayı öncelikle yetki yönünden inceler. Yetkili olmadığını saptarsa, dosyayı zaman yitirmeksizin vereceği **yetkisizlik kararı** ile yetkili Bölge Adliye Mahkemesi'ne yollar (CYY.m.279/1-a)<sup>122</sup>.

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, yetkili ise bu kez de başvurunun süresinde yapıp yapılmadığını, kararın istinaf yoluyla incelenebilir olup olmadığını

<sup>119</sup> TOSUN, s.134.

<sup>120</sup> TOSUN, s.134; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1664-1667, n.102.5.II.

<sup>121</sup> SELÇUK, s.36.

<sup>122</sup> KAYLAN, s.4.

nı, başvuranın buna hakkı bulunup bulunmadığını araştırır. Bunların birinin yanıtı olumsuz ise işin esasına girmeden **istinaf başvurusunun reddine** karar verir (CYY.m.279/1-b).

Ceza Yargılama Yasası'na göre, Bölge Adliye Mahkemesi'nce verilen istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararlar temyiz edilemez (m.286/2-g).

Bu hüküm uyarınca, Yasa'nın 279. maddesindeki nedenlere dayalı olarak verilen istinaf isteminin/davasının/başvurusunun reddine ilişkin kararlar kesin niteliktedir<sup>123</sup>. Böylece, Bölge Adliye Mahkemesi istinaf başvurusunun reddine karar verdiğiğinde, ilk derece mahkemesinin istinafa konu hükmü kesin hüküm haline gelir.

Temyiz yolunda yasayolu makamı (mercii) Yargıtay'dır.

Yargıtay'da da temyiz koşulları araştırılmaktadır. Dosya, ceza dairesine geldiğinde ilk inceleme, temyiz davası açmak için gerekli koşulların bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Daha doğrusu, temyiz davasının kabul edilebilirliği konusu önce incelenir. Böylece kabul edilemeyecek davalarda boşuna esasa girilmemiş olur. Kabul olumlu ya da olumsuz olabilir. Uygulamada genelde açıkça temyiz davasının kabulü kararı verilmemektedir. Ancak bunu kararında belirten ceza dairesi de vardır<sup>124</sup>. Öğretide, bu kararın açıkça verilmesinin iyi olacağı ileri sürülmüştür<sup>125</sup>.

Yargıtay, sözlü ya da yazılı olarak süresi içinde temyiz başvurusunda bulunmadığını, hükmün temyiz edilemez olduğunu, temyiz edenin buna hak ve yetkisinin olmadığını ya da sözlü beyanının ya da temyiz dilekçesinin temyiz nedenlerini (sebeplerini) içermediğini saptarsa, temyiz istemini reddeder (5271 sayılı CYY.m.298; 1412 sayılı CYY. m.317).

Olağanüstü yasayolu olan, yargılamanın yenilenmesi istemi/başvurusu, hüküm veren mahkemeye yapılır/sunulur. Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi isteminin/başvurusunun yasada belirtilen şekilde yapılmadığını, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal hiçbir neden gösterilmemiş ya da bunu doğrulayacak kanıtlar (deliller) açıklanmamış olduğunu saptarsa, bu istemi/başvuruyu kabule değer görmeyerek reddeder (5271 sayılı CYY.m.319/1).

Yasayolu makamı (mercii) istinaf (m.279), temyiz (m.298) ve yargılamanın yenilenmesi yasayoluna (m.319) başvuru isteğini ön inceleme sonucunda yukarıda açıklanan biçimsel nedenlerden dolayı reddetmişse kuralın uygulanması söz konusu olamaz.

Yine yasayolu makamı (mercii) istinaf (m.280/1-a), temyiz (m.302/1) ve yar-

<sup>123</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.902.

<sup>124</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin kararlarında, açıkça "temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi" denilmek suretiyle temyiz davasının kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. 4. CD., 22.11.2005, 2004/8117, 2005/19489; 21.11.2005, 2004/8552, 2005/19478; 27.9.2005, 2004/4827, 2005/13231 vd. (Yayımlanmamış Karar).

<sup>125</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1751, n.105.13.II.



gılamanın yenilenmesi yoluna (m.323/1) başvuru isteğini esasa ilişkin inceleme sonucunda esastan reddetmişse kuralın uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Temyiz ve istinaf yolunda istinaf ya da temyiz başvurusunun esastan reddedilmesi, uygulamada yaygın deyişle “hükmün onanması”dır<sup>126</sup>. Yargılamanın yenilenmesi yolunda ise başvurunun esastan reddedilmesi yasal deyişle “hükmün onanması”dır.

İstinaf yoluna başvuruyu inceleyen Bölge Adliye Mahkemesi, adli yargı ilk derece mahkemesinin kararında, Ceza Yargılama Yasası'nın 289. maddesinde öngörülen/sayılan/belirtilen hukuka kesin aykırılık nedenlerinden birinin bulunduğunu görürse, hükmün bozulmasına karar verir (m.280/1-b). Ayrıca bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesi dosyayı yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine ya da kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir adli yargı ilk derece mahkemesine gönderir. Temyiz bozmasından sonra ilk derece mahkemesi, yeniden hüküm kurarken ne eski kendi görüşüyle ne de temyiz mahkemesi olan Yargıtay'ın görüşüyle bağlıdır. Öğretide bu, “özgürlük (serbestlik) ilkesi” olarak adlandırılmaktadır<sup>127</sup>. Ancak, ilk derece mahkemesince verilen hüküm, lehe istinaf yoluna başvuru nedeniyle bozulmuşsa, bozma sonrası ilk derece mahkemesince yeniden hüküm kurulurken aleyhe değiştirme yasağı kuralı (m.283) uyarınca, yaptırım (ceza) ve sonuçları eskisinden ağır olmayacaktır.

Görülüyor ki inceleme konusu “aleyhe değiştirme yasağı” kuralı bozma sonrası ilk derece mahkemesinin/ilk mahkemenin yargılama ve takdir yetkisine, yani “özgürlük (serbestlik) ilkesi”ne bir sınırlama getirmektedir. Böylece yasayolu davasının sonucu olarak, inceleme konusu kuralın sınırlayıcı, frenleyici bir ilke olduğu kuşkusuzdur<sup>128</sup>.

Bölge Adliye Mahkemesi, hukuka kesin aykırılık nedeni olarak yasada belirtilmemiş ancak hükmü etki eden bir hukuka aykırılığın bulunduğunu belirlerse zorunlu olarak ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesine karar verir (CYY.m.280/1-c).

Bölge Adliye Mahkemesi, yalnızca sanık yararına başvuru üzerine, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesine karar verdiğinde, duruşma yapıp yeniden hüküm kurarken, Ceza Yargılama Yasası'nın 283. maddesi uyarınca kuralı mutlaka uygulayacaktır.

Yargıtay, temyiz edilen hükmün, temyiz başvurusunda gösterilmiş olan hukuka aykırılıkları içerdiğini belirler ve bunlar hükmü etki edecek nitelikte olursa bozma kararı verir (5271 sayılı CYY.m.302/2).

<sup>126</sup> SELÇUK, s.38.

<sup>127</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1782, n. 105.24.III; TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s.369, 370.

<sup>128</sup> MANZİNİ, IV; CRİSTIANI, s.438 (Bu yazarları ileten: SELÇUK, s.21); EREM, s.758; ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.915.

Ancak, bozma nedenleri, bölge ya da ilk derece adliye mahkemesince yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa, mahkemeye bırakılmış bir değerlendirme yetkisi söz konusu değilse, Yargıtay, davanın esasına hükmedebilir ya da hukuka aykırılıkları düzeltebilir. Yargıtay'ın, hüküm/esas/ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar verebileceği ya da karardaki hukuka aykırılıkları düzeltebileceği durumlar, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 303. maddesinde sekiz bent halinde sınırlı olarak belirtilmiştir.

Yargıtay, davanın esasına hükmettiği ya da hukuka aykırılıkları düzelttiğinde kural yine uygulanacaktır. Yargıtay temyiz mahkemesi olarak yasal yolu davasını genişletemez, davanın esasına hükmettiği ya da hukuka aykırılıkları düzelttiğinde "aleyhe değiştirme yasağı" kuralının sınırlama, engelleme ve frenleyici etkilerini gözetmek zorundadır<sup>129</sup>.

Yasamıza göre hüküm yalnız sanık, müdafii ya da eşi, yasal temsilcisiyle bunların vekilleri tarafından ya da onun yararına Cumhuriyet savcısınca temyiz edilmişse, yeniden verilecek ceza, önceden verilmiş cezadan daha ağır olamaz (m.307/4)<sup>130</sup>.

Görülüyor ki bazı durumlarda mahkeme, eski kararındaki ceza ile bağlı olabiliyor. Sanık hakkında hükümlülük (mahkumiyet) kararı verilmiş fakat karşı (aleyhte) temyiz davası açılmamış ise, yalnızca sanık müdafii ya da eşi yasal temsilcisiyle bunların vekilleri tarafından ya da sanığın yararına Cumhuriyet savcısı temyiz davası açmış ise sanığa bu ikinci yargılama sonunda verilecek ceza ilk cezadan ağır olamaz (m.307/4).

Yasa yararına bozma yoluna başvurulduğunda, Yargıtay'ın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde bularak hükmü Ceza Yargılama Yasası'nın 309/3. maddesi uyarınca yasa yararına bozarsa, aynı Yasa'nın 4. fıkrasının (b) bendi uyarınca yeniden hüküm kurulurken önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır cezaya hükmedilemez.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru üzerine, yeniden yapılacak duruşma sonunda mahkeme, hükmün iptaliyle dava hakkında yeniden hüküm verir (m.323/1). Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki (iptal edilen) hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz (m.323/2).

Özetlersek, kural, yalnızca sanık yararına istinaf yoluna başvuru üzerine yasal yolu makamı (merci) hükmü bozduğunda (m.280) ya da ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak duruşma yapıp yeniden hüküm kurduğu (m.282), temyiz yolunda ise hükmü bozduğu (m.302) yahut da hükmün esasına hükmettiği (m.303) takdirde mutlaka uygulanacaktır.

<sup>129</sup> SELÇUK, s.21.

<sup>130</sup> KAYLAN, s.10.

Yasa yararına bozma yolunda hüküm bozulduğunda, (m.309/4-b) yargılamanın yenilenmesi yolunda ise hükmün iptali durumunda, yeniden hüküm kurulurken kuralın uygulanması söz konusudur.

## VI. KURALIN UYGULANABİLMESİ İÇİN SANIK YARARINA YASAYOLLARINA BAŞVURMA HAKKI BULUNAN KİŞİLER

Yalnızca, sanık yararına (lehine) yasayolu davası açılması durumunda kuralın uygulanacağını yukarıda açıklamıştık. Sanık yararına yasayollarına başvurma hakkı olanlar ise sanık, sanığın savunmanı yani avukatı (müdafii) ile sanığın yasal temsilcisi ve eşidir. Ayrıca Cumhuriyet savcısının da sanığın yararına yasayoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Bunları ayrı ayrı açıklamakta yarar bulunmaktadır.

### 1. Sanık

Sanık kavramı, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda tanımlanmıştır. Buna göre, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi sanık olarak tanımlanmıştır (m.2/1-b). Kural olarak her sanık yargıç ve mahkeme kararlarına karşı yasayollarına başvurabilir. Çünkü sanığın, savunma makamında bulunduğu için yasayolu davası açma hakkı vardır<sup>131</sup>. Sanığın yaşının ve medeni hakları kullanma yeteneğinin olup olmadığının bu yönden önemi bulunmamaktadır<sup>132</sup>. Medeni hukuktaki reşit ve temyiz kudretine sahip olma, burada aranmaz.

Fakat, ceza yargılama hukukunda söz konusu olan ehliyet, davayı anlama yeteneğidir (verhandlungsfähigkeit)<sup>133</sup>. Sanığın başvurduğu yasayolunun anlamını kavrayabilme ve kendi düşüncesini bu konuda ortaya koyabilme yeteneğidir. Bu yeteneği olmayan sanık adına müdafii ya da yasal temsilcisi yasayoluna başvurur<sup>134</sup>.

Özellikle sanığın bu yeteneğinin, yasayoluna başvurma, yasayoluna başvurmadan vazgeçme ya da yasayoluna başvuruyu geri alma konusundaki irade açıklamasının geçerliliği yönünden önemi vardır.

Sanığın, duruşmayı izleyebilme, davayı anlama ve kendi görüşünü uygun sürede söyleyebilme bakımından gerekli bedeni ve ruhi yeteneğinin bulunması gerekir.

Böyle bir yeteneği bulunmayan sanığın, yasayolu davası açıp açmaması konusundaki irade açıklaması hukuksal sonuç doğurmaz<sup>135</sup>.

Bundan dolayı, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda, kendini savunamaya-

<sup>131</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onaltıncı Bası, s. 1380, 1381, n. 80.3.

<sup>132</sup> KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, Ankara 1957, s.336; YÜCE, s.21.

<sup>133</sup> MEYER-GOSSNER, Lutz, Strafprozeßordnung Mit GVG und Nebengesetzen 49. Auflage, München 2006, s.1096, § 296, Rn.5.

<sup>134</sup> ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.546.

<sup>135</sup> YÜCE, s.21.

cak derecede malul olan şüpheli ve sanığın; müdafii yoksa, istemi aranmaksızın kendisine müdafii görevlendirileceği öngörülmüştür (m.150/2).

Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda da aynı nitelikte düzenleme bulunuyordu (m.138).

Kaynak Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 140. maddesinin altıncı fıkrasında da aynı nitelikte bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, sanığın ruhsal durumu hakkında bir rapor düzenlenebilmesi için gözlem altına alınması gerekiyorsa, kendisine bir müdafii görevlendirilir.

Sanık, kural olarak, kendi yararına (lehine) yasayoluna başvurabilir. Çünkü yargıç ya da mahkeme kararından hukuksal yararları bakımından zarar gören sanık, yasayoluna gidebilir. Başka bir söyleyişle sanığın, hakkında verilmiş karara karşı yasayolu davası açması sonucunda kararın değişmesinde hukuksal yararı bulunmaktadır. Bu bağlamda sanığın adli para cezası yerine süresi ne olursa olsun hapis cezası verilmesi gerektiği gerekçesiyle yasayoluna başvurulamayacağı Alman öğretisinde kabul edilmektedir<sup>136</sup>.

Bu nedenle sanık kendi aleyhine yasayolu davası açamaz<sup>137</sup>. Çünkü yasayolu savunma hakkı için sanığa verilmiş bir olanaktır. Öğretide ceza yargılamasında gerçeğin araştırılması amaç olduğundan sanığın kendi aleyhine de yasayolu davası açmasının kabul edilebileceğini ileri sürenler de vardır<sup>138</sup>. Ancak bu düşüncüyü ileri sürenler, sanığın yasayoluna başvururken lehine mi yoksa aleyhine mi başvurduğu konusunda açıklık yoksa, lehine başvurduğunun kabul edileceğini ileri sürmüşlerdir.

## 2. Avukatın Başvurma Hakkı

Ceza yargılamasında avukat, savunmasını üstlendiği ya da temsil ettiği kişiye göre, müdafii ya da vekil sıfatını almaktadır. 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda müdafii ve vekil kavramlarının tanımları da yapılmıştır (m.2). Şüpheli ya da sanığın ceza yargılamasında savunmasını üstlenen avukata "müdafii" adı verilmektedir (5271 sayılı CYY. 2/1-c).

Katılan, suçtan zarar gören ya da malen sorumlu kişiyi ceza yargılamasında temsil eden avukata ise "vekil" denmektedir (m.2/1-d).

Müdafii, şüpheli ya da sanık adına yasayoluna başvurabilir. Vekil de temsil ettiği kişi adına yasayoluna gidebilir. Bu nedenle avukatın, yasayoluna başvurma yetkisi müdafiliğini üstlendiği kişinin iradesine bağımlı olan bir yetkidir. Avukatın, müdafii sıfatıyla yasayoluna başvurma konusunda, kişisel olarak bağımsız bir biçim-

<sup>136</sup> SCHRODER, Friedrich Christian, Strafrecht, 4. Auflage, München 2007, § 31, Rn. 299; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.547.

<sup>137</sup> YÜCE, s.33.

<sup>138</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onaltıncı Bası, s.1380, n.80.3; ÇOLAK, Haluk/TAŞKIN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, s.1190.

de kullanabileceği bir yetkisi yoktur<sup>139</sup>. Müdafî, savunma görevinin niteliği gereği, ancak sanık lehine yasayoluna başvurabilir<sup>140</sup>.

Şüpheli ya da sanık tarafından seçilen yahut yargıç ya da mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatı, müdafiliğini üstlendiği kişilerin açık isteklerine aykırı olmamak koşuluyla yasayollarına başvurabilir<sup>141</sup>.

*Kunter*, “müdafî de toplum adına müdafaa fonksiyonu ifa ettiğine göre sanığa bağlı olmadan kanun yolu davası açabilmelidir” demektedir<sup>142</sup>. Alman-Türk ceza yargılama hukukunda bu düşünce benimsenmemiştir. Bu konuda avukatın, müdafiliğini üstlendiği kişinin isteğine büyük önem verilmiştir<sup>143</sup>.

Ancak, bu konudaki iradenin hüküm ifade edebilmesi için kişinin yasayoluna gitmek istemediğini mahkemeye ya da avukatına açıkça bildirmiş olması gerekir. Bu açıklama yapılmadan yasayoluna başvurma kişilerin iradesine aykırı olsa bile hüküm ifade eder<sup>144</sup>.

Yargıtayımıza göre, yasal temsilcinin vekalet verdiği müdafinin yasayoluna başvurması, o tarihte ergin olan sanığın açık isteğine aykırı olmadığı sürece geçerlidir<sup>145</sup>.

Yargıtayımız, başka bir kararında, sanığın, dilekçesinde verilen cezayı kabul ettiğini açıkça bildirmiş olduğundan sanık müdafininin hükmü temyize yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir<sup>146</sup>.

<sup>139</sup> YÜCE, s.24; CENTEL/ZAFER, 6. Bastı, s.691.

<sup>140</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onaltıncı Bastı, s.1381, n.80.3.

<sup>141</sup> Bkz. Bu durum Adalet Komisyonu raporunda da açıkça vurgulanmıştır (YALVAÇ, Gürsel, Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 6. Baskı, Ankara 2010, s. 854, dipnot. 3).

<sup>142</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onaltıncı Bastı, s.1381, n.80.3.

<sup>143</sup> YÜCE, s.25.

<sup>144</sup> YÜCE, s.25.

<sup>145</sup> CGK., 21.1.1974, 490/26: “Sanıkların hükmü temyiz tarihinde 18 yaşını bitirdikleri, müdafilerine vekaletnameyi kendileri vermeyip babalarının velayeten verdikleri, kendilerinin yazılı bir temyiz talepleri olmadığı anlaşılıyorsa da, 1412 sayılı CMUK.’nun 136. maddesinde; müdafii gösterebilen sanıkları ayrıca vekaletname ibrazına icbar eden bir hüküm yoktur.

Aynı Yasanın 290. maddesinde müdafilerin maznunun açık arzusuna muhalif olmamak şartıyla kanun yollarına müracaat eyleyebileceklerini kabul etmiştir. Sanıkların, reşit oldukları tarihten önce ve sonra müdafilerini azlettiklerine dair açık veya kapalı irade beyanına rastlanmamıştır, statülerinin müdafilerle aynı durumda olarak düşünülmeceğine göre, koşulunu yerine getiren müdafii, adı geçen sanıklar adına temyiz incelemesi isteğini ihtiva eden dilekçe vermesinde usule aykırı bir yön yoktur.”; Aynı nitelikte, CGK., 9.12.1974, 282/447 (Kararlar için bkz. YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Baskı, Ankara 2009, c.III, s.2671, 2672).

<sup>146</sup> 10.CD., 27.9.2001, 18874/21571: “... CMUK.’nun 290. maddesine göre, müdafî sanığın açık arzusuna muhalif olmamak şartı ile kanun yollarına müracaat edebilir. Sanık Kahraman 9.5.2001 tarihli dilekçesinde, verilen cezayı kabul ettiğini bildirmiştir. Sanığın bu açık arzusu karşısında hükmü temyize yetkisi bulunmadığından, sanık Kahraman vekili Avukat O.Y.’nin temyiz isteğinin CMUK.’nun 317. maddesi gereğince reddine...” (Karar için bkz. YAŞAR, 4. Bastı, c.III, s.2673)

Yasayoluna başvuru için avukatın, müdafiliğini üstlendiği kişiler tarafından verilmiş bir vekaletnamesinin bulunmasına gerek yoktur<sup>147</sup>.

Avukat, duruşmada yargıç önünde müdafî olarak kabul edilebilir. Bu durumda da avukat, müdafî olarak üstlendiği kişinin açıkça karşı çıkmaması durumunda yasayollarına başvurabilir.

Nitekim, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'na göre de "Sanıkla birlikte duruşmaya gelen ve hâkim huzurunda müdafî olarak kabul edildiği sanık tarafından bildirilen ve vekaletnamesiz müdafinin hükmü temyiz etmesi halinde, dosyada sanığın açık bir muhalefeti bulunmuyorsa, 1412 sayılı CMUY.'nın 290. maddesine göre bu temyiz geçerlidir"<sup>148</sup>.

Yargıtay Özel Ceza Dairesi'nce verilen kararda da kararın tebliğ edilmesine karşın sanığın temyiz isteğinin bulunmamasına karşın, yasa gereği görevlendirilmemiş olan ve dosyada da vekaletnamesi bulunmayan sanık adına temyiz dilekçesi veren avukatın temyiz isteğinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>149</sup>.

5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 261. maddesindeki düzenlemeyle yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 290. maddesi hükmü aynıdır.

Yalnız (yeni) 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nda, yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemeden farklı olarak yalnız müdafilik değil, müdafilikle birlikte vekillik de yer almaktadır (5271 sayılı CYY.m.261; 1412 sayılı CYY.m.290).

Bu nedenle, önceki yasa döneminde verilen Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'nın geçerli olduğu kanısındayız.

### 3. Sanığın Yasal Temsilcisi ve Eşi

Sanığın yasal temsilcisi ve eşi yasayollarına kendiliğinden gidebilirler (5271

<sup>147</sup> ÖZBEK, s.695.

<sup>148</sup> İçt.Bir.K., 20.10.1975, 7/9: "... sanığın yanında onu savunan, bu görevi mahkemece de kabul edilmiş olan ve 137. maddeye göre avukat veya dava vekilliği niteliği bulunan müdafî, artık sanığın savunmasını tümü ile üzerine almıştır. Savunduğu sanık aleyhine verilen bir hüküm için kanun yoluna başvurması da savunmanın gereği ve devamıdır. Ayrıca, vekaletname aranmasına yasal neden yoktur. Sanığa müdafîini azlettiğine ya da müdafîini yaptığı temyize katılmadığına ilişkin açıklanmış bir beyanı yoksa müdafîini temyizi geçerlidir..." (YKD., Ekim 1975, s.5-10).

<sup>149</sup> 4.CD., 11.11.2009, 2009/1977, 2009/18478; "... Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüldü:

1- Sanık U.Ş.'ye gerekçeli kararın tebliğ edilmesine karşın temyiz isteğinin bulunmaması ve bu sanık adına temyiz dilekçesi veren Av. O.Ü.'in dosyada vekaletnamesi bulunmadığı gibi yasa gereği görevlendirilmediğinin de anlaşılması karşısında,

Temyiz edenin buna yetkisi bulunmadığı,

Anlaşıldığından, 5320 sayılı Yasanın 8/1 ve 1412 sayılı CYY.nın 317. maddesi uyarınca sanık U.Ş.'ün tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ İSTEĞİNİN REDDİNE, ..." (Yayımlanmamış Karar).

sayılı CYY.m.262, 1412 sayılı CYY.m.291). Sanığın yasal temsilcisi ve eşinin gidebileceği yasayolları, şüpheli ya da sanığa açık olan yasayollarıdır. Sanık için yasada tanınmamış olan yasayollarına, şüpheli ya da sanığın yasal temsilcisi ve eşi de başvuramaz. Bu nedenle, sanığın eşi ve yasal temsilcisi de istinaf yasayoluna başvurabilir.

Yasal temsilci ve eş, sanığın isteğiyle bağlı olmaksızın onlardan bağımsız olarak istinaf yasayoluna gidebilir<sup>150</sup>. Yasal temsilci ve eşin yasayollarına başvurma yetkisinin bağımsız olduğunu belirtmek için, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 262. maddesinde yasal temsilci ve eşin "kendiliklerinden" yasayollarına başvurabilecekleri belirtilerek bu kişilere tanınan yetkinin bağımsızlık niteliğini belirtmiştir<sup>151</sup>.

Bu bağımsızlığa göre, sanık istemese dahi yasal temsilci ve eş yasayoluna gidebilecektir<sup>152</sup>.

Yargıtayımız da sanığın isteğine aykırı olarak (rızası hilafına) yasal temsilcinin yasayoluna gidebileceğini kabul etmektedir<sup>153</sup>.

Yasayoluna gidebilmeleri için, yasal temsilci ya da eşin vekaletnamelerinin bulunması koşulu aranmaz. Ancak sanığın yasal temsilcisi veya eşi olması gerekir. Sanığın, yasal temsilcisi ya da eşi olma durumu Medeni Yasa hükümlerine göre belirlenecektir<sup>154</sup>.

Nitekim Yargıtayımız da kararlarında bu durumu açıkça belirtmiştir<sup>155</sup>.

<sup>150</sup> CENTEL/ZAFER, 6.Bası, s.583.

<sup>151</sup> Bkz. Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CYY.'nin 291. maddesindeki düzenleme de aynıdır.

<sup>152</sup> YÜCE, s.22.

<sup>153</sup> CGK., 27.10.1986, 288/465: "Yasa yoluna başvurma 1412 sayılı CMUK.'nun 289, 290 ve 291. maddelerinin kenar başlıklarında da "müracaat hakkı" denilmek suretiyle açıkça belirtildiği gibi kamu hukukuna ilişkin bir haktır.

Bu yasa yoluna başvurma hakkını mümeyiz küçük kuşkusuz süresinde bir başına kullanıp yararlanabilir. Ancak, bu hak ayrıca CMUK.'nun 291. maddesi ile küçüğün kanuni mümessilinde tanınmış olup kanuni mümessil tarafından kullanılabilir. Hatta müdafiyeye tanınan bu hak sanığın açık arzusunda aykırı olmama koşulu ile sınırlandırıldığı halde kanuni mümessilin bu hakkı hiçbir koşulda sınırlandırılmayarak, küçüğün elverdiğince korunması amaçlanmıştır.

CMUK.'nun 291. maddede kanuni mümessilin bu hakkını süresinde kullanabileceği belirtilmiştir. Yasa yolunda sürenin başlaması için kararın yüze karşı verilmesi veya usulünce tebliğ edilmiş olması gerekir. Olayda karar; yaşı küçük sanığın yüzüne karşı verilmiş ıttıla üzerine kanuni mümessil tarafından temyiz edilmiş bundan sonra karar tebliğ edilmiştir.

Maddede yer alan "kendiliklerinden müracaat edebilirler..." hükmü; hem kanuni mümessil ve hemde sanığın birbirinden ayrı olarak kanun yoluna başvurma yetkilerinin bulunduğunu gösterir. Sanık yasal süresi içinde bu hakkını kullanmasa bile kanuni mümessil bu hakkını sanığın rızası hilafına da olsa kullanılabilir. Ancak; kanuni mümessil hakkında ayrıca bir müddet söz konusu olmaz, bunun için kanuni mümessile hüküm ayrıca tebliğ olunmaz." (YAŞAR, 5. Bası, c.III, s.3810, 3811).

<sup>154</sup> ERDOĞDU, Ahmet, "Cezada Kanun Yolları", Adalet Dergisi, Yıl 1953, sy.3, s.289-291, (276-300).

<sup>155</sup> 2.CD., 20.12.2005, 2004/24169, 2005/30095: "... Müşteki ile sanığın boşandıkları ve küçük E.'nin velayetinin (...) Asliye Hukuk Mahkemesinin 17.04.2002 tarihli kararı ile sanık anneye

Ceza davası devam ederken, yasal temsilcilik sıfatı ya da karı-koca durumu yasal olarak sona eren eşin, yasaloluna başvurma hakkı da kalmaz<sup>156</sup>.

Yasal temsilci ya da eş, ceza davası devam ederken değil de, yasaloluna başvurduktan sonra yasal temsilcilik ya da karı-koca sıfatını yitirirse daha sonraki işlemleri yürütemez<sup>157</sup>.

Bağımsız olarak yasaloluna gidebilme yetkisi bulunan yasal temsilci ya da eş, şüpheli ya da sanık yararına yasaloluna gidebilir<sup>158</sup>.

Yasal temsilci ya da eşe, yasalollarına başvurabilmek için ayrı bir başvuru yöntemi ve süresi yasadaki öngörülmemiştir. Sanığın başvurusuna ilişkin hükümler yasal temsilci ya da eş için de geçerlidir. Bu nedenle, sanık için yasaloluna başvurma konusunda tanınan süre içerisinde, sanığın yasal temsilcisinin ya da eşinin yasaloluna başvurması gerekir. Sanığın yüzüne karşı kararın açıklanarak bildirilmesi (tefhim) durumunda ayrıca yasal temsilci ya da eşe tebliğ yapılmadan, bunlar için de süre, yüze karşı yapılan bildirimden başlar.

Yasal temsilci ya da eş yasaloluna başvururken sanığa yasal olarak tanınan haklardan yararlanır. Sanık yasaloluna başvururken, örneğin temyiz isteminde, incelemenin duruşmalı yapılmasını isteyebilir<sup>159</sup>. Yasal temsilci ya da eş de bu istemde bulunabilir. Yine yasaloluna başvurduktan sonra, onu izleyen işlemlerde sanığa tanınan haklardan yasal temsilci ve eş de yararlanır.

verildikten sonra suç tarihinde sanığın oğlu F.'a müessir fiilde bulunduğunu ileri süren müşteki babanın şikayeti üzerine açılan davada yapılan yargılama sonunda dava şartı bulunmaması nedeniyle 1412 sayılı CMUK.'nun 253/5. maddesi uyarınca davanın düşürülmesine karar verilmiş ise de; Annenin kanuni mümessil olarak mağduru temsil etmesi ve sanık durumunda olması nedeniyle belirlenen çıkar çatışması dolayısıyla MK.'nun 403. maddesi yoluyla aynı Yasanın 426. maddesi uyarınca mağdurun bu davada temsili yönünde Sulh Hukuk Mahkemesince özel kayıym atanması sağlanıp, bu kayıymın aynı Kanunun 462. maddesi uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesinden husumet izni aldıktan sonra TCK.'nun 108. maddesinde belirtilen süre içerisinde usulünce şikayet hakkını kullanabilmesi için bu hususun beklenmesi yönünde CMUK.'nun 253/4. maddesi uyarınca durma kararı verilmesi icabederken duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi..." (Yayımlanmamış Karar); 2.CD., 15.12.2005, 2004/22750, 2005/29435: "...Mağdur F.O. sanığın oğlu olup, suç tarihinde 8 yaşında bulunduğu, Medeni Kanun'un 335/1 ve 336/1. maddeleri uyarınca ergin olmayan çocuğun, anne ve babasının velayeti altında olduğu ve evlilik devam ettiği sürece velayet hakkının anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağına hüküm altına alınmış bulunmasına ancak, mağdurun babasının sanık durumunda olması ve bu durumda velayet hakkını kullanacak olan mağdurun annesinin de şikayetçi olmaması karşısında verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır..." (Yayımlanmamış karar); 6.CD., 17.9.2001, 10587/10806: ... "sanığın kendisine Medeni Kanunun 357. maddesi uyarınca vasi atanıp atanmadığının araştırılıp ... vasiinin kimliğinin saptanması" gerektiği kararda açıkça belirtilmiştir. (YAŞAR, 5. Bastı, c.III, s.3810, 3811).

<sup>156</sup> YÜCE, s.23.

<sup>157</sup> Aynı düşünce için bkz. YAŞAR, 5. Bastı, c.III, s.3810.

<sup>158</sup> YÜCE, s.23, YAŞAR, 5. Bastı, c.III, s.3810.

<sup>159</sup> 5271 sayılı CYY. 299.



Bundan dolayı, yasal temsilci ya da eşin istemi üzerine duruşmalı incelemeye karar verildiğinde, yasal temsilci ya da eşe duruşma gününün bildirilmesi gerektiği kanısındayız. Ayrıca yasal temsilci ya da eş duruşmada hazır bulunabilecektir. Yasal temsilci ya da eş istinaf yasayoluna başvurduktan sonra, sanığın istinaf yasayoluna başvurusuna ilişkin hükümler, yasal temsilci ve eş için de geçerli olduğundan (CYY.m.262/2; StPO. 298/2) duruşmaya istinaf yasayoluna başvuran yasal temsilci ya da eşin de çağırılması gerekir<sup>160</sup>.

Ancak, yasal temsilci ya da eş, yasayoluna başvurduktan ve duruşma gününün bildirilmesinden sonra, yasal temsilcilik ya da eş sıfatını kaybederse, başvuru yapıldıktan sonraki, yani başvuruyu izleyen işlemleri yapamayacağından, duruşmada da hazır bulunamayacaktır<sup>161</sup>.

Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Yasa'nın 291. maddesinde yalnızca sanık kadın olduğunda, onun kocasının yasayoluna gidebileceği belirtilmekteydi. Kocanın sanık olması durumunda, kadının kocası yararına yasayoluna başvurma yetkisi yoktu. Ancak, bu hüküm 1992 yılında 3842 sayılı Yasa ile değiştirildi<sup>162</sup>. Maddedeki "kocası" terimi "eş" olarak değiştirilerek, kadının da kocası sanık olduğunda onun yararına yasayollarına başvurma yetkisi sağlandı. Bu düzenlemeyle aynı zamanda kadın-erkek arasında, yasayollarına başvuru bakımından eşitlik de sağlanmış oldu.

Yargıtayımız da bir kararında, söz konusu değişiklikle yasayollarına başvuru yönünden, ayırım yapılmaksızın sanık eşlerine bu hakkın tanındığını açık bir biçimde belirtmiştir<sup>163</sup>.

5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 262. maddesinde de aynı yönde düzenleme yapılmıştır. Ayrıca, bu Yasa maddesinde "sanık" dışında "şüpheli" kavramına da yer verilmiştir.

Şüpheli ya da sanığın eşi, şüpheli ya da sanığın karısı ya da kocası demektir.

<sup>160</sup> SARIGÜL, s. 27.

<sup>161</sup> YAŞAR, 5. Bası, c.III, s.3810.

<sup>162</sup> Bkz. 3842 sayılı 18.11.1992 günlü Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 25. maddesi ile 1412 sayılı CMUK.'nun 291. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiştir (RG. 1 Aralık 1992, 21422 sayılı).

<sup>163</sup> 2.CD., 19.3.1996, 2921/2679: "...CMUK.'nun 3842 sayılı Kanunla değişik 291. maddesi, ayırım yapılmaksızın sanık eşlerine kanun yoluna başvurma imkanı verdiğiinden tebliğnamedeki, belirtilen değişiklikten önceki hükme dayandığı anlaşılan, red düşüncesine iştirak edilmemiş olup sanığın eşi tarafından usulen ve süresinde mahkemeye verildiği hakim havalesinden tespit edilen temyiz isteğinin incelenmesinde;

Dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak: Mağdur hakkındaki kesin raporda 4 gün iş ve gücünden kaldığı belirtildiği halde, hayatı tehlike geçirdiğine ilişkin bildirim yarattığı kuşku nazara alınarak Adli Tıp Kurumuna adı geçene ait raporlar, film ve grafikler, düzenlenmiş ise hasta tabela müşahade kağıtları gönderilmek suretiyle rapor alınması sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken noksan inceleme ile hüküm kurulması..."

Yasal temsilci ile eş, şüpheli ya da sanığın yalnızca yararına (lehine) yasayoluna başvurabilirler<sup>164</sup>.

Türk hukukundan farklı olarak **Almanya'da hem şüphelinin hem de sanığın eşine yasayollarına başvuru hakkı tanınmamıştır**<sup>165</sup>.

#### 4. Cumhuriyet Savcısı

Cumhuriyet savcısı yasayoluna başvurabilir. Bu başvurma, şüphelinin ve sanığın zararına da yararına da olabilir (5271 sayılı CYY. m.260/3, 1412 sayılı CYY. m.289; Alm.CYY.m.296). Cumhuriyet savcısı, objektif davranma yükümlülüğünde olan bir yargı organıdır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesi sonkararında/hükmünde hukuka aykırı bir durum gördüğünde, sanığın lehine ya da aleyhine olup olmadığını gözetmeksizin yasayoluna başvuracaktır<sup>166</sup>. Cumhuriyet savcısı ile sanığın yasayoluna gitme hakkı birbirinden bağımsız haklardır. Cumhuriyet savcısı, sanığın rızasına ve yasayoluna gidip gitmediğine bakmadan kendiliğinden yasayolu davası açabilir. Sanık, yasayoluna başvurursa dahi Cumhuriyet savcısı, sanık yararına yine yasayoluna gidebilir<sup>167</sup>.

Cumhuriyet savcısının, sanığın lehine de yasayolu davası açabileceğini söylemiştik. Cumhuriyet savcısı, sanığın temsilcisi sıfatı ile değil, iddia makamı ya da savunma makamı görevinin gereği olarak sanığın lehine yasayoluna başvurabilir<sup>168</sup>. Cumhuriyet savcısı, toplumun vekili olarak toplumun yararını göz önünde tutmak zorundadır. Toplumun yararı ise her zaman sanığın aleyhine olmayı/davranmayı gerektirmez. Duruma göre sanığın yararına (lehine) hareket etmekte de toplumun yararı vardır. Özellikle ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin bulunması olduğuna göre, Cumhuriyet savcısı da bu nedenle sanık yararına yasayolu davası açabilir<sup>169</sup>.

Cumhuriyet savcısının başvurmasında, sanığın yararına yasayoluna gittiğini açıkça bildirmiş olması koşulu aranmaz. Bu, Cumhuriyet savcısının yasayoluna başvuru nedenlerinden anlaşılabilir. Cumhuriyet savcısının amacının saptanmasının çok zor olmayacağı kanısındayız. Çünkü Cumhuriyet savcısı, yasayoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça göstermek zorunda-

<sup>164</sup> CENTEL/ZAFER, 6. Bası, s.693; SARIGÜL, s. 26; YAŞAR, 5. Bası, c.III, s.3810; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.548.

<sup>165</sup> DÖLLING, § 298, Rn. 1 (İleten: ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.548): "Almanya'da erkek eşin denetim muhakemesi yoluna gitmesi olanağına 28.06.1935 yılında yapılan değişiklikle son verilmiştir".

<sup>166</sup> KINDHAUSER, § 28, Rn. 17; MEYER-GOSSNER, 49. Auflage s.1097, § 296, Rn. 14; KÜHNE, s.519, § 61, Rn.1017.

<sup>167</sup> CENTEL/ZAFER, 6. Bası, s.689.

<sup>168</sup> SCHWARZ, Otto, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi (Türkçe'ye çeviren Rifat TAŞKIN), Ankara 1939, s. 539, § 296, n.3.

<sup>169</sup> ÇINAR, İstinaf..., s.69.

dır (CYY.m.273/5). Böyle bir zorluk çıkması durumunda, Cumhuriyet savcısının sanığın yararına ya da aleyhine mi olduğu aydınlanamayan yasayolu davasını sanığın yararına kabul etmek gerekir<sup>170</sup>. Yani aleyhine kabul etmek doğru olmaz. Kaldı ki yeni Ceza Yargılama Yasası'nda Cumhuriyet savcısının temyiz isteğinin, sanığın yararına ya da aleyhine olduğunu açıkça temyiz dilekçesinde belirtmek zorunda olduğu düzenlenmiştir (m.295/1).

Kural olarak Cumhuriyet savcısı, görevli olduğu mahkeme ile bu mahkeme kapsamındaki yargıç kararlarına karşı yasayoluna başvurabilir. Ayrıca, hangi mahkeme ya da yargıç kararlarına karşı yasayolu davası açmaya, başka bir söyleyişle yasayollarına başvurmaya yetkili Cumhuriyet savcılarının kimler olduğu, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 260. maddesinin ikinci fıkrasında ve 273. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

Asliye Ceza Mahkemesi'nde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresindeki Sulh Ceza Mahkemelerinin kararlarına karşı yasayoluna başvurabilirler (m.260/2, 273/2).

Ağır Ceza Mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcılarının ise Ağır Ceza Mahkemesi'nin yargı çevresindeki Asliye ve Sulh Ceza Mahkemelerinin kararlarına karşı yasayoluna başvurma yetkileri bulunmaktadır (m.260/2, 273/3).

Bölge Adliye Mahkemesi'nde bulunan Cumhuriyet savcıları da, Bölge Adliye Mahkemelerinin kararlarına karşı yasayollarına başvurmaya yetkilidirler (m.260/2).

Cumhuriyet savcısınca, şüpheli ya da sanık aleyhine yasayoluna gidilen karar, bunu inceleyen mahkeme veya yargıç tarafından isteğe bağlı olmaksızın onların yararına (lehine) bozulabilir, değiştirilebilir. Bu durum katılanın başvurusunda da geçerlidir<sup>171</sup>. Ancak, Cumhuriyet savcısının yasayoluna başvurusu, şüpheli ya da sanığın yararına (lehine) ise yasayolu davası üzerine daha ağır ceza verilemez. Daha doğrusu, yasayolu davası sonunda verilen hükümler yasayoluna götürülen karardaki/hükümdeki cezadan, daha ağır cezaya hükmedilemez (m.265, 283). Burada cezanın tür ve süresi/miktarı yönünden ağırlaştırılması önlenmek istenmektedir. Yoksa eylemin hukuki niteliği değişebilir<sup>172</sup>. Ayrıca, yasayoluna başvurularda hapis cezası paraya çevrilmiş, taksidde bağlanmış ya da ertelenmiş ise sanık yararına bozmadan sonra, paraya çevrilmesine, taksidde bağlanmamasına ya da ertelenmemesine karar verilmesi de aleyhe değiştirme yasağı kuralının ihlalidir<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> YÜCE, s.26; CENTEL/ZAFER, 6. Bası s.690.

<sup>171</sup> KAYLAN, s.1.

<sup>172</sup> YURTCAN, s.478; CGK., 21.09.2004, 144/170: "... Temyiz davasının yalnız sanık ya da onun yararına Cumhuriyet savcısı ya da 1412 sayılı CYY'nın 291. maddesinde açıklanan kişiler tarafından açılması veya hükmün kendiliğinden/re'sen (otomatik) temyize tabi olması hallerinde Yargıtayca suçun niteliğinde yanılıya düşüldüğü saptandığında cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak saklı kalmak üzere bozulabilir...".

<sup>173</sup> İNAN, Kubilay, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları, Ankara 2006, s. 60

**Alman Ceza Yargılama Yasası'na göre de** Cumhuriyet savcısı sanık lehine yasayoluna başvurmuşsa, yasayoluna başvuru kararından daha ağır cezaya hükmedilemez (StPO m.331, 358). Daha doğrusu, yasayolu mahkemesinin vereceği son karar/hüküm hukuki sonuçları açısından ilk derece mahkemesince verilen hükümdeki cezanın tür ve süre/miktar yönünden yüksekliği sanığın aleyhine değiştirilemez. Ancak bu hüküm, bir psikiyatri kliniğine ya da bağımlılıktan kurtarma tedavisi yapan kuruma yerleştirmeye ilişkin kararlarda uygulanmaz (StPO m.331/2, 358/2).

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'na göre 1412 sayılı CYY.'nin 294. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine yasayoluna başvurduğunda, sanık yararına karar bozulabileceği gibi değiştirilebileceğinden, katılanın sanık aleyhine yasayoluna başvurması durumunda temyiz olunan hüküm sanık yararına da bozulabilir<sup>174</sup>.

5271 sayılı CYY.'nin 265. maddesindeki hüküm, 1412 sayılı CYY.'nin 294. maddesindeki düzenleme ile aynı olduğu için söz konusu Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'nın halen geçerli olduğu kanısındayız.

Başka bir Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'nda da Cumhuriyet savcısının temyiz isteminin sanığın yararına ya da aleyhine olduğu açıkça anlaşılmayan durumlarda temyiz isteminin sanık yararına olduğu kabul edilmelidir denilmektedir<sup>175</sup>.

Yine bu kararın da geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'ndaki konuyla ilgili 289. maddesindeki düzenlemeyle 5271 sayılı yürürlükte bulunan Ceza Yargılama Yasası'nın 260. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme aynı biçimdedir.

## **VII. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI (Verbot der reformatio in peus) KURALININ KAPSAMI**

Aleyhe değiştirme başka bir anlatımla aleyhe bozma yasağı, sanığın, yasayolu-

<sup>174</sup> İç.Bir.K., 5.3.1941, 50/7: Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, İkinci Basım, Yargıtay Yayınları No: 7, c.II (1941-1946), Ankara 1984, s.7-9: "... suçtan zarar görenlerin usulü dairesinde kamu davasına katılmak suretiyle katılan sıfatını alanlar (1412 sayılı CMUK.'nun) 360-367. maddeleri hükmüne göre şahsi davacı gibi C.Savcısının başvurabileceği yasa yoluna gidebileceği ve C.Savcılığı tarafından aleyhine yasa yoluna başvuru karar, usulün 294. maddesine nazaran sanık lehine de bozulabileceği cihetle, katılanın temyizi kişisel hakkına inhisar etmeyip aleyhe olmak üzere hukuku umumiye cihetine yönelik olduğu takdirde temyiz olunan hükmün lehe de bozulabileceği...".

<sup>175</sup> İç.Bir.K., 15.3.1941, 25/45: Karar için bkz. MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, c.II, Ankara 1998, s.1064: "Hüküm C.Savcısı tarafından temyiz edilip te temyiz layihası verilmediğinden temyiz isteminin suçlunun lehine veya aleyhine olduğu açıkça anlaşılmayan hallerde, temyiz isteminin sanık lehine olduğu kabul edilmelidir. Ancak yasal süre geçtikten sonra da olsa verilen layihada temyiz isteminin sanık aleyhine olduğu anlaşılırsa hüküm sanık aleyhine bozulur".

na başvurduğunda aleyhe bir durum ortaya çıkacağından korktuğu için başvurudan vazgeçmesini önlemek amacıyla yöneliktir<sup>176</sup>.

Bu nedenle aleyhe değiştirme yasağı (Verbot der reformatio in peius) hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur<sup>177</sup>.

Yasayoluna yalnızca sanık, onun yasal temsilcisi ve eşi ya da sanık lehine Cumhuriyet savcısı tarafından gidilmiş ise kural uyarınca yasayolu yargılaması sonunda ilk karar, yaptırımın türü ve ağırlığı bakımından aleyhe değiştirilemez<sup>178</sup>.

Burada önemli olan, sonuçta hükmedilen “yaptırım”ın, Yasamızın deyişiyle “ceza”nın bozma öncesi yaptırımdan, cezadan ağır olmamasıdır. Bozma sonrası eyleme konulan tanı, suçun adı değişebilir ya da aynı suçun nitelikli biçimlerinden birine dönüşebilir. Ancak, mahkemenin/yargıcın son hükümde öngördüğü yaptırım/ceza önceki hükümden ağır olamaz. Son hükümde öngörülen ceza öncekinden hafif ise hiçbir sorun yaratmayacaktır. Aksine son hükümdeki yaptırım/ceza öncekinden ağır ise mahkeme/yargıç, Ceza Yargılama Yasası'nın aleyhe değiştirme yasağı kuralına ilişkin maddelerine dayanarak önceki hükümdeki cezayı verecektir<sup>179</sup>.

Özellikle eylemin (suçun) niteliğinin, yani eyleme konulan tanının (teşhis) ve dolayısıyla suçun adının değişmesi söz konusu olduğunda, bu olgunun sanığın durumunu ağırlaştırmamasına özen gösterilmesi gerekir. Eyleme konulan tanı (teşhis), yani eylemin hukuk düzenindeki adı değişse bile, yaptırım/ceza değişmeyecektir<sup>180</sup>.

Yaptırım/ceza kavramı, sonuçlarıyla birlikte değerlendirilmesi gereken bir bütündür.

Çünkü eylemin niteliği ve suçun adı değişse bile verilen ilk ceza, doğurduğu hukuksal sonuçlarıyla bir bütündür, parçalanamaz ve sanık aleyhine ağırlaştırılmaz.

Bu nedenle aleyhe değiştirme, başka bir anlatımla aleyhe bozma yasağına yönelik bir ihlalin söz konusu olup olmadığı, önceki ve sonraki yaptırım (ceza) ve sonuçları göz önünde bulundurularak tüm yönleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir<sup>181</sup>.

Bu aleyhe değiştirme yasağı kuralında, o hükümde yer alan yaptırımın/cezanın varlığıyla, niceliğiyle, niteliğiyle içeriğiyle ve sonuçlarıyla değerlendirilmektedir<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> VOLK, s.300, § 34, Rn.24; KÜHNE, s.617, § 61, Rn.1028; MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s.1250, § 331, Rn.1.

<sup>177</sup> BGH 9, 324, 332 (iletin: MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s. 1250, § 331, Rn. 1).

<sup>178</sup> ROXIN, § 51, Rn.29.

<sup>179</sup> SELÇUK, s.41.

<sup>180</sup> SELÇUK, s.42.

<sup>181</sup> MEYER-GOSSNER, 52.Auflage, s.1252, § 331, Rn.12; RANFT, § 68, Rn.2063; ÖZTÜRK/ERDEM, 12.Bası, s.864.

<sup>182</sup> SELÇUK, s.42

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle “aleyhe değiştirme ya da aleyhe bozma yasağı kuralı/kurumu” gereğince, bozma sonrası, yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım (ceza) ve hukuksal sonuçları, sanık aleyhine olarak eski hükümden daha ağır olamayacaktır. Bozmadan sonra yeniden kurulacak hükümdeki eylemin niteliğinin, yani eyleme konulan tanının ve dolayısıyla suçun adının değişmesi bu kurala aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle sadece suçun hukuksal nitelendirilmesinin yanlış yapılması nedeniyle, temyiz davasına yalnızca sanık başvurmuş olsa dahi temyiz mahkemesince bozma kararı verilebilir<sup>183</sup>. Ayrıca Ceza Yargılama Yasası'nın hükümet tasarısının gerekçesinde de bu konu açıkça belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 307. maddesi hükümet tasarısının 338. maddesindeki düzenlemenin aynısıdır. Hükümet tasarısının gerekçesinde, “bu kural gerek cezanın türü ve gerekse süresi bakımından geçerli olup, suç niteliği yönünden uygulama yeri bulunmamaktadır” biçiminde açıklamaya yer verilmiştir.

Yine istinaf yoluna ilişkin düzenlemede ise hükümet tasarısının 314. maddesinde yer almaktadır. 5271 sayılı 283. maddesi tasarıdan aynen alınmıştır. Gerekçede “bu kural, gerek cezanın türü ve gerek süresi bakımından geçerli olup, suç niteliğine etkisi yoktur” denilmektedir.

Yüce Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu kararlarından açıkça anlaşılmaktadır<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, s.848; CENTEL/ZAFER/, 8. Bası, s.737; YÜCE, s.172; KESKİN, “Reformatio in...”, s.418; SELÇUK, s.41 vd; EREM, s.762; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1665, n.102.5; YENİSEY, İstinaf, s.84; YURTCAN, s.478: “Örneğin ilk kararda mahkeme sanığın hırsızlık yaptığını kabul etmiş olmasına karşılık, ikinci incelemede sanığın yağma suçunu işlediği sonucuna varılabilecektir. Fakat sözü edilen yasağın işlediği durumlarda ilk cezanın üstünde bir ceza belirlemek mümkün olmayacaktır”; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.693: “... Sözkonusu kural sonuç cezaya ilişkin olup, suçun niteliğinin değişmesine engel olmaz”;

Örneğin, cinsel tacizden dolayı verilmiş olan mahkumiyet hükmünün fiilin aslında cinsel saldırı olması nedeniyle bozulması mümkündür. İlk derece mahkemesi bozma kararına uyarak faili cinsel saldırı suçundan mahkum etmiş olsa dahi vereceği ceza daha önce verdiği cinsel taciz suçuna ilişkin cezadan daha ağır olamaz.”

<sup>184</sup> Bkz. İçtihatları Birleştirme Kararı, 15.2.1950, 21/2; Ayrıca yine Yargıtayımızın yeni bir kararında da bu görüşünü koruduğu anlaşılmaktadır. CGK., 03.04.2012, 2011/2-353, 2012/129: “... Gerek bozma ilamında, gerekse yerel mahkemece bozmadan sonra kurulan hükümde yaptırımı ve sonuçlarını aleyhe değiştirme yasağına bir aykırılığın söz konusu olup olmadığı, önceki ve sonraki hükümlerde yer alan ceza ve yaptırımların tüm yönleri ile karşılaştırılması suretiyle belirlenecektir. (...)

Ceza Genel Kurulunun 08.09.1992 gün ve 190-237, 29.09.1998 gün ve 196-277, 17.11.1998 gün ve 282-348, 09.07.2002 gün ve 158-289, 21.09.2004 gün ve 144-170 ile 07.10.2008 gün ve 198-211 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, temyiz davasının yalnızca sanık veya varsa müdafii ya da sanığın yararına olarak Cumhuriyet savcısı ya da 1412 sayılı Yasanın 291. maddesinde belirtilen kişiler tarafından açılması veya hükmün kendiliğinden temyize tabi olması halinde, Yargıtay'ca suç niteliğinde yanlışlığa düşüldüğü saptandığında aleyhe temyiz bulunmasa bile, cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak saklı kalmak koşuluyla hükmün bozulmasına karar verilecektir. Aksinin kabulü hukuk kuralları ile yasal düzenlemelerin ülke genelinde farklı uygulanmasına yol

Yargıtayımıza göre, bu kural/yasak, suçun niteliğinin değişmesini engellemekte, ancak sonuç cezanın daha ağır olmasını yasaklamaktadır.

Sanık yararına/lehine yasayoluna başvurulması üzerine Yargıtay'ca "hüküm aleyhe bozulamaz" diye bir kural yoktur. Hüküm lehe temyiz üzerine aleyhe bozulabilir, ancak aleyhe değiştirmeme yasağı kuralı gereğince sanığa verilecek sonuç ceza, tür ve miktar yönünden ilk hükümdeki sonuç cezaya göre daha ağır olamaz. Yargıtayımız bu görüşte olduğunu kararlarında açıklamıştır.

Yargıtay'a göre bu kuralın gereği olarak, bir suçtan ceza verilmiş ise ve temel cezada artırma ve eksiltme yapılmışsa, her iki kararda en son verilen cezalar karşılaştırılacak, yenisi eskisinden daha ağır olmayacak, ağırsa, eski sonuç ceza aynen verilecektir. Sadece sonuç cezaya bakılması gerekeceğinden, sonuca etkili olsa bile önceki hususlar bakımından karşılaştırma yapılmayacaktır. *Bu nedenden dolayı, yargıcın aşağı ve yukarı hadler arasında takdir yetkisini kullanmasındaki oran bakımından da bir karşılaştırma zorunluluğu söz konusu değildir*<sup>185</sup>. İçtihadı Birleştirme Kararı da bu doğrultudadır<sup>186</sup>.

**Almanya'daki öğreti ve uygulamaya göre de** ilk derece mahkemesi kararı incelenirken aleyhe değiştirme yasağı (das Verbot der reformatio in peius) gözetilmelidir. Bu yasak yalnızca eyleme verilen cezanın niteliği ve miktarı yönünden ağırlaştırılmamasına yönelik olup, suçun nitelendirilmesi değiştirilebilir<sup>187</sup>.

**Federal Alman Yargıtayı'na göre** aleyhe değiştirme yasağının, hem her suç için hükmedilen temel ceza yönünden hem de sonuç olarak hükmedilen toplam ceza süresi ve miktarı bakımından gözetilmesi gerekir<sup>188</sup>.

Adli para cezalarında gün sayısı da, bir tam gün karşılığı birim para cezasının miktarı da aleyhe değiştirilemez. Ayrıca hükmedilen sonuç adli para cezasının toplam miktarı da aleyhe değiştirilemez<sup>189</sup>.

açar ki, bu durum eşitlik, adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturacaktır. Zira aynı eylem nedeniyle farklı mahkemelerde yargılanan sanıklardan, suçunun hukuki niteliği doğru olarak belirlenen sanığın mahkumiyeti ile zamanlaşımı, süreli veya süresiz olarak bir kamu görevini üstlenmekten yoksun bırakılma, seçme ve seçilme hakkının kaybı gibi hak yoksunluklarının yanında, olası bir genel veya özellikle de özel af karşısında değişik sonuçlarla karşılaşmasına rağmen, suç vasfı yanılgılı olarak belirlenen sanığın, açıklanan sonuçlarla karşılaşmaması söz konusu olabilir ki, bu durum eşitlik ilkesi ile hak ve adalet duygusuna da uygun değildir. O halde, lehe temyiz davası üzerine **suç vasfının saptanmasında yanılığa düşüldüğünün belirlenmesi halinde** cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak saklı tutularak **hükümün bozulmasına karar verilmelidir**. Suçun niteliğinde yanılığa düşülmesinin dışında, **daha ağır cezayı gerektiren nedenlerden bir veya birkaçının uygulanmaması gibi durumların varlığı halinde ise**, Yargıtay'ca yol göstermek ve uygulamada birliği sağlamak amacıyla tespit edilen yasaya aykırılıklar konusunda **eleştiri ile yetinilmesi gerekmektedir...**"; Bkz. aynı nitelikte, CGK., 03.04.2012, 2011/12-378, 2012/137

<sup>185</sup> CGK., 13.04.2010, 8-72/89.

<sup>186</sup> Bkz. İçt. Birl. Kararı, 23.06.1950, 21/1.

<sup>187</sup> BGHSt 14, 5 (7); BGH NJW 1986, 332 (333) (iletin: KINDHAUSER, s. 351, § 30, Rn. 28); Aynı görüş için bkz. MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s. 1251, § 331, Rn. 5, 8.

<sup>188</sup> BGH, 1, 252; 14, 5, 7; 28, 119, 122.

<sup>189</sup> Bay 79, 127=NJW 80, 849 (MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s. 1253, § 331, Rn. 16).

İlk derece mahkemesince verilen sonkararda/hükümde özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da hükmedilmişse, istinaf mahkemesince adli para cezası yasaya aykırı bulunarak kaldırılrsa dahi, özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasının süresi aleyhe değiştirilemez<sup>190</sup>.

Miktarı ne kadar yüksek olursa olsun hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedilmesi, aleyhe değiştirme yasağının ihlalini oluşturmaz. Bununla birlikte adli para cezasına esas gün sayısı, hapis cezasının süresini aşamaz<sup>191</sup>.

İlk kararda suçun saptanması (tespiti) yapıldığı halde, yaptırımı hükmedilmesi unutulmuş ise ya da birden fazla suç söz konusu olup da içtima kuralları uygulanmamış ise aleyhe değiştirme yasağı geçerli değildir<sup>192</sup>.

Aleyhe değiştirme/aleyhe bozma yasağı, eğer tek başına sanık ya da onun yararına savcı ya da yasal temsilci tarafından yasayoluna başvurulmuş ise geçerlidir<sup>193</sup>. Bu nedenle eğer sanıkla birlikte savcı da sanığın aleyhine yasayoluna gitmiş ise bu yasak geçerli değildir. Böyle bir durumda mahkeme, her iki istemi de yerindeliği açısından denetleyebilir ve eğer savcının ileri sürdüğü gerekçeleri yerinde bulursa cezayı da ağırlaştırabilir<sup>194</sup>.

Sanık aleyhine savcı tarafından yasayoluna başvurulması sonunda, ilk karar sanığın lehine de değiştirilebilir ya da bozulabilir.

Savcı sanık aleyhine istinaf yasayoluna başvurmuş, ancak istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını sanık lehine bozmuş ise bu durumda da aleyhe bozma yasağı geçerlidir<sup>195</sup>. **Federal Alman Yargıtayı'na göre**, aleyhe bozma yasağına aykırılık, temyiz aşamasında bozma nedeni oluşturur ve temyiz mahkemesince re sen gözetilir<sup>196</sup>.

Yalnızca sanık yararına/lehine yasayolu davası açılması üzerine, mahkemenin yasaya aykırı olarak kendini davaya bakmaya görevli ya da yetkili görmesi durumu söz konusu ise Ceza Yargılama Yasamıza göre bu durum hukuka kesin aykırılık oluşturduğu için, yasayolu makamı, istinaf (m.280/1-b) ya da temyiz (m.289/1-d) yolunda hükmü (sonkararı) görevsizlik nedeniyle bozacaktır. Bu durumda da Yargıtay, görevsiz ya da yetkisiz mahkemenin verdiği hüküm bozulduğunda, yine aleyhe

<sup>190</sup> BGH MDR 75, 541 (MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s. 1253, § 331, Rn. 17).

<sup>191</sup> JOECKS, § 331, Rn.14, (İleten: ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.865).

<sup>192</sup> MEYER-GOSSNER, 52.Auflage, s.1251, § 331, Rn.7.

<sup>193</sup> VOLK, s.300, § 34, Rn.25; KÜHNE, s.617, § 61, Rn.1028.

<sup>194</sup> KÜHNE, s.617, § 61, Rn.1028.

<sup>195</sup> BLOY, JuS 1986, s.590 (İleten: ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.866).

<sup>196</sup> BGH 14, 5, 7; 29, 269, 270; Düsseldorf StV 86, 146; VRS 72, 202; SK-Frisch 77; erg 13 zu § 358 (iletlen: MEYER-GOSSNER, 52.Auflage, s.1255, § 331, Rn.24); KÜHNE, s.617-619, § 61, Rn.1028, 1029, 1030, 1031; VOLK, s.300, § 34.IV, Rn.24, 25, 26, 27; BGH 12, 94; 14, 5, 7; Bay 73, 45=NJW 73, 1441; Schleswig VRS 65, 86; BGH 11, 319, 322; NJW 79, 936; Wistra 00, 475 (iletlen: MEYER-GOSSNER, 52. Auflage, s.1349, § 358, Rn.13).



değiştirme yasağı kuralının gözetilmesi gerektiği görüşündedir. Bu görüşünü Yargıtay yer yönünden görevsizlikle ilgili olarak verdiği 15.2.1950 tarih ve 1/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı'nda belirtmiştir.

Yargıtay Özel Dairesi'nce verilen çok yeni bir kararda<sup>197</sup>, “Sanıkların eyleminin sübutu halinde yağma suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin kanıtları takdir ve tartışmanın üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiş, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı (...) bozulmasına, bozma sonrası sanıklar hakkında hüküm kurulurken 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 326/son maddesinin gözetilmesine” denilmek suretiyle aleyhe değiştirme yasağı kuralının uygulanması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi kararının yalnızca görev ya da yetki yönünden bozulması durumunda da aleyhe değiştirme kuralının gözetilmesi gerektiği görüşünde olduğu, kararlarından açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; yalnızca sanık yararına yasayolu davası açılması üzerine; “...aleyhe değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci bir kez avantajlı bir uygulamadan yararlandırılması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle, somut olayda sanık hakkında sonuç olarak hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın, yanlış uygulamaya sonucunda 1 yılın altında (8 ay hapis) olarak belirlenmiş olması karşısında, bu yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan dolayı, sanığa bir kez tanınan atıfetin genişletilmek suretiyle, hakkaniyete aykırı olarak, adalet ve eşitlik ilkelerini zedeleyecek şekilde sonuç doğuracak biçimde özgürlüğü bağlayıcı cezanın TCK.nun 50/3. maddesi uyarınca 1. fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmesine olanak bulunmamaktadır”<sup>198</sup>.

İlk hükümdeki özgürlüğü bağlayıcı cezanın, yanlış uygulamaya nedeniyle adli para cezasına çevrilmesine karar verilmişse, bozmadan sonra suçun niteliğine göre kurulan hükümdeki ceza uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza olduğu gerekçesiyle ya da “sanığa bir kez tanınan atıfetin genişletilmek suretiyle hakkaniyete aykırı” olacağı görüşüyle, özgürlüğü bağlayıcı cezanın ilk hükümdeki gibi adli para cezasına dönüştürmemek aleyhe değiştirme kuralının özüne aykırıdır<sup>199</sup>.

Eyleme konulan tanı, suçun adı değişebilir ya da ilk hükümdeki suç aynı

<sup>197</sup> 2.CD., 26.06.2012, 2012/9573, 2012/17408.

<sup>198</sup> CGK., 27.01.2010, 6-73/97; Aynı nitelikte bkz. CGK., 17.11.2008, 282/348; 04.03.2008, 47/43; 23.03.2004, 41/70; ÜNVER/HAKERİ, 5. Bastı, s.849, 850.

<sup>199</sup> KESKİN, “Reformatio in...”, s.418, 419.

suçun nitelikli biçimlerinden birine dönüşebilir. Ancak aleyhe değiştirme yasağı kuralı uyarınca önemli olan sanığın durumunun, kurulan ilk hükmün bozulması anındaki durumda korunması, daha sonraki kararda sanığın durumunun önceki karara göre ağırlaştırılmamasıdır.

Aleyhe değiştirmeme yasağı kuralının konusunu oluşturan, “yaptırım” ya da Yasamızın deyişiyle “ceza kavramı” geniş yorumlanmalıdır<sup>200</sup>. Çünkü kuralın konusunu oluşturan yaptırımın, cezanın derecesi ve ağırlığı kavramı, tür, nitelik ve nicelik açısından ilk hükümdeki cezanın sağladığı bütün yararları kapsamaktadır. Bu nedenle, aleyhe değiştirme yasağı kuralı kapsamına, ilk hükümde öngörülen yaptırımı/cezaya bağımlı ve doğal bütün sonuçları, ek cezalar/yan cezalar dahildir. Sözgelimi, ilk hükümdeki hükümlülüğe (mahkumiyete) bağımlı ve doğal sonucu olan güvenlik önlemleri, zoralım, hak yoksunlukları da kural kapsamına girecektir<sup>201</sup>.

Yargıtay, zoralımın (müsaderenin) ceza değil, güvenlik önlemi (tedbiri) olduğundan, aleyhe değiştirme yasağı kuralına konu olamayacağına karar vermiştir<sup>202</sup>. Kararda, özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nın 54. maddesinde zoralım (müsaderes), “eşya müsaderesi” olarak güvenlik önlemleri (tedbirleri) bölümünde düzenlendiği vurgulanmıştır. Bu nedenle de “eşya müsaderesi” hem ceza bölümünde düzenlenmediği için hem de hukuksal niteliği nedeniyle, zoralımın (müsaderenin) bir ceza değil güvenlik önlemi olduğu kararda açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay kararına konu somut olayda; ilk derece mahkemesince kurulan hükmünde, suçta kullanılan otomobilin zoralımına karar verilmeyerek sanığa iadesine karar verilmiştir. Hüküm yalnızca sanığın temyizi üzerine Özel Daire’ce yapılan inceleme sonunda; ilk derece mahkemesi hükmünde suçta kullanılan otomobilin zoralımı yerine, sanığa iadesine karar verilmesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nca bu karara karşı yapılan itiraz üzerine; Ceza Genel Kurulu’nca, zoralım ceza değil, güvenlik önlemi kabul edildiği için aleyhe değiştirme yasağı kuralının uygulanamayacağından dolayı, otomobilin zoralımına karar verilmesi gerektiğine ve bu nedenle Özel Daire kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Suçta kullanılan, ancak yasak olmayan Yargıtay kararına konu otomobilin zoralımına karar verilmesi mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması olduğundan, hukuksal niteliğinin ceza olduğu açıktır. Bu nedenle somut olayda ilk hükümde verilmemiş olan zoralım kararının sanığın aleyhine sayılmaması söz konusu değildir.

<sup>200</sup> ROXIN, § 51, n.34; RANFT, § 68, n.2065; KÜHNE, s.618, § 61, Rn.1030; HELLMANN, Strafprozessrecht, Berlin/Heidelberg 2006, § 18, Rn. 869; GERHARDT, s.3 (iletten: ÖZTÜRK/ERDEM, s.864).

<sup>201</sup> SELÇUK, s.41 vd; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.564.

<sup>202</sup> CGK., 20.12.2011, 2011/6-219, 2011/280; Aynı nitelikte; CGK., 05.07.2011, 2011/10-119, 2011/162; 11.05.2010, 87/112; 19.06.2006, 199/188.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Welch-Birleşik Krallık*<sup>203</sup> (İngiltere) kararında, zoralımın (müsaderenin) bir ceza olarak görülmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bundan dolayı, zoralım (müsadere) güvenlik önleminin (tedbirinin) geçmişe/geriye dönük uygulanması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin (AİHS) 7. maddesinin 1. fıkrasının ihlalinin söz konusu olduğuna karar vermiştir. Ayrıca bu kararda, Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesindeki ifadenin, bir cezanın varlığının değerlendirilmesinde başlangıç noktasının söz konusu önlemin (tedbirin) "suç" ile ilgili bir hükümlülükten (mahkumiyetten) sonra uygulanıp uygulanmadığına bakılması olduğu anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, diğer ölçütler arasında önlemin (tedbirin) ağırlığının da önemli olduğu vurgulanmıştır. Açıklanan nedenlerle zoralım konusunda, aleyhe değiştirme yasağı kuralını dışlayan Yargıtay kararının yerinde olmadığı kanısındayız<sup>204</sup>. Yargıtay'ın bu yorumunu eleştiren *Selçuk*<sup>205</sup>, kuralın kapsamının, güvenlik önlemlerini de kapsayacak biçimde değiştirilmesinin en iyi çözüm olacağını savunmaktadır.

**Erteleme kurumu** da "aleyhe değiştirme yasağı" kuralının kapsamına girer. Yürürlükten kaldırılan 647 sayılı İnfaz Yasası'nın 6. maddesi uyarınca ceza ertelenmediğinde eski 765 sayılı Türk Ceza Yasası'na (m.95) göre, failin yasadaki öngörülen süre içinde yeni bir suç işlememesi durumunda hükümlülük kararı yok sayılıyor, hukuk dünyasından siliniyordu. Yeni 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'na göre özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasının ertelenmesi durumunda "denetim süresi yükümlülüklerine uygun ya da iyi halli olarak geçirildiği takdirde" ceza infaz edilmiş sayılmaktadır (m.51/son). Eski Türk Ceza Yasası'na göre, iki yıla kadar (iki yıl dahil) özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasının ve hükmedilen adli para cezasının yasadaki diğer koşulların varlığı durumunda ertelenmesi olanaklıydı.

Yeni Türk Ceza Yasamıza göre, adli para cezasının ertelenme olanağı yoktur. Yalnız öngörülen koşulların bulunması durumunda sonuç olarak hükmedilen iki yıla kadar (iki yıl dahil) özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilmektedir (m.51).

Görülüyor ki eski Türk Ceza Yasası'ndaki hükümlülük kararını yokmuş gibi gören "erteleme" kurumundaki bir hukuksal değerlendirme, cezayı çekilmiş sayan yeni Türk Ceza Yasası'ndaki "erteleme" kurumuna göre failin lehinedir. Ayrıca, lehe yasayı belirlerken sadece erteleme sonucuna göre değil, erteleme kararı verilmesini zorlaştıran yasal düzenleme de gözetilmelidir<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> Welch-Birleşik Krallık (İngiltere) Davası Kararı, 9 Şubat 1995, Seri A, No.307-A, Paragraf 27, 28, 35 (Karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s.271-273).

<sup>204</sup> SELÇUK, s.49.

<sup>205</sup> SELÇUK, s.49.

<sup>206</sup> SELÇUK, s.56 vd; ÜNVER/HAKERİ, 5. Bası, s.812; CGK., 18.03.1974, 564/172: "... Sanık hakkında tertip olunan ceza, hükümden sonra kabul edilip (11.5.1973 günü) Yürürlüğe giren 1712 sayılı Yasa ile değişik 647 sayılı Yasanın 6/2. maddesi gereğince (suç tarihinde) 18 yaşını

Hükümlülük kararını yokmuş gibi gören bir hukuksal değerlendirme (Eski TCY m.95;647 sayılı İnfaz Yasası m.6) ile cezayı çekilmiş sayan değerlendirme (Yeni TCY m.51/son) birbirinden çok farklıdır. Açıkça yeni Türk Ceza Yasası'ndaki erteleme kurumu failin aleyhinedir. Kısacası, ertelenen ceza, ertelenmemiş cezaya göre failin daha lehinedir. Bu nedenle “erteleme” kurumu aleyhe değiştirme yasağı kuralının kapsamına girer. Bu nedenle ilk hükümde ceza ertelenmişse, sadece sanık yararına yasayoluna başvurulması üzerine bozmadan sonra kurulan hükümde de cezanın ertelenmesi gerekir. Ceza ertelenmediği takdirde aleyhe değiştirme yasağı kuralına aykırı davranılmış olur<sup>207</sup>.

Yargıtay'a göre, erteleme maddi ceza hukuku kurumudur. Bu nedenle “erteleme” aleyhe değiştirme yasağı kuralının kapsamına girer. Ancak denetim süresi buna girmez. Süre, infaz aşamasında düzeltilebilir<sup>208</sup>.

Kanımızca, “aleyhe değiştirme yasağı kuralı”nı, başka bir deyişle “yaptırımı (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı”nı “erteleme” kurumunda da yukarıda anlatılanların ışığında değerlendirmek gerekir. Daha doğrusu “denetim süresi” de aleyhe değiştirme yasağı kuralı kapsamına girer. Yargıtay'ın, ilk hükümde belirlenen denetim süresinin, sanık aleyhine değiştirilmesine karar vermesinin kurala aykırılık oluşturduğu kanısındayız.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin 10.5.2010 tarihli *Mücke-Almanya* kararında<sup>209</sup>, cezanın infazından sonra uygulanan “denetimli serbestlik önleminin (tedbirinin)” ceza niteliğinde bulunduğu, bu nedenle geçmişe/

bitirmediğinden ertelenebilir hale gelmiş bulunması nedeniyle bu hususun mahkemece yeniden incelenip bir karara bağlanması gerekir.” (iletin: KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s.221).

<sup>207</sup> CENTEL/ZAFER, 8. Bası, s.738; SELÇUK, s.57; KESKİN, “Reformatio in...”, s.418; Yargıtay da bu görüştür. Bkz. 2.CD., 05.07.2012, 2011/24695, 2012/18311: “... Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 23.01.2008 tarihli bozma kararından önce verilen ve sadece sanık müdafii tarafından temyiz edilen 11.05.2006 tarihli kararda sanık hakkında hükmolunan adli para cezasının 2253 sayılı yasanın 38. maddesi uyarınca ertelenmesine karar verildiği ve bu hususun 1412 sayılı C.M.U.K.'nin 326/son maddesi uyarınca aleyhe değiştirme yasağı teşkil ettiği gözetilmeden, bozma sonrası yapılan yargılama sonucu verilen hükümde sanık hakkında belirlenen sonuç adli para cezasının ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi...” yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir (Yayımlanmamış Karar); Aynı nitelikte bkz. 3.CD., 08.11.2006, 2006/3758-8156 (YAŞAR, 5. Bası, s.5130); 2.CD., 29.12.1984, 1984/11605-12241; 2.CD., 20.03.1984, 1984/2606-2950 (YAŞAR, 5. Bası, s.5129).

<sup>208</sup> CGK., 11.5.2010, 2010/4-87, 2010/112; 23.02.2010, 2009/6-230; 2010/32.

<sup>209</sup> Konuyla ilgili açıklama için bkz. “... Alman Anayasa Mahkemesi, 5.2.2004 tarih ve 2 BvR 2029/01 sayılı kararında, cezanın infazından sonra denetimli serbestlik olarak düzenlenen on yıllık sürenin 2001 yılında dolmasından sonra, Alm. CK § 66b'de ki bu on yıllık sınırı kaldıran değişikliğin geçmişte etkili olarak yürürlüğünün/uygulanmasının Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. AİHM ise, 17.12.2009 tarihli *Mücke-Almanya* kararında, bunu AİHS m.5 ve 7'ye aykırı görmüş bu karara Alman Hükümetinin itiraz etmesi üzerine, AİHM Büyük Dairesi de, 10.5.2010 tarihli kararıyla, yerinde olarak itirazı reddetmiş ve karar kesinleşmiştir.” (İletin: DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011, s.130).

geriye uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bundan dolayı Sözleşme'nin 5 ve 7. maddelerine aykırılık oluşturduğuna karar verilmiştir.

Adli para cezası da özgürlüğü bağlayıcı cezaya göre hafif bir cezadır. Bu nedenle miktarı ne kadar yüksek olursa olsun özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedilmesi, “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” na aykırılık oluşturmaz. Ancak adli para cezasının esas gün sayısı, özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasının süresini aşamaz. Aksi takdirde, kural çiğnenmiş olur<sup>210</sup>.

Açıklanan nedenlerle özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezası ilk hükümde paraya çevrilmişse/dönüştürülmüşse, bozmadan sonra kurulan hükümde de adli para cezasına hükmedilmesi gerekir.

Özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezası paraya çevrilmediği/dönüştürülmediği takdirde “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” çiğnenmiş olur<sup>211</sup>. Yargıtay da bu görüştedir<sup>212</sup>.

Hükmedilen, adli para cezası ilk hükümde taksitlendirilmişse, bozmadan sonra kurulan hükümde de taksitlendirilmesi gerekir. Taksit sayısı da bozmadan önceki ilk hükümden az olamaz. Yargıtay da bu görüştedir<sup>213</sup>.

Adli para cezasında gün sayısının ya da gün başına hükmedilecek miktarın artırılması suretiyle adli para cezasının değiştirilmesi durumunda da kural çiğnenmiş olur<sup>214</sup>.

İlk hükümde tekerrür uygulanmamışsa ya da bozmadan sonra kurulan hükümde yeni verilen ceza tekerrür nedeniyle eski cezaya göre ağırlaştırıcı sonuç doğurursa, aleyhe değiştirme yasağı kuralı tekerrür kurumunda uygulanacaktır<sup>215</sup>.

Yargıtay da bu görüştedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 58. maddesi uyarınca koşullar olduğu halde, cezanın “mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine” karar verilmeyen durumlarda, aleyhe değiştirme yasağı gözetilmelidir<sup>216</sup>.

<sup>210</sup> JOECKS, § 331, Rn. 14 (iletlen: ÖZTÜR/ERDEM, 12. Bası, s.865).

<sup>211</sup> YÜCE, s.172; ÖZTÜR/ERDEM, 12. Bası, s.865; KESKİN, “Reformatio in...”, s.418 vd.

<sup>212</sup> 10. CD., 27.12.1999, 1999/14805-15928 (YAŞAR, 5. Bası, s.5139).

<sup>213</sup> 3.CD., 19.09.2007, 2006/8860, 2007/6244: “İlk kararda verilen para cezasının 647 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca taksitlendirilmesine karar verildiği, sadece sanık vekili (doğrusu sanık müdafii A.R.Ç.) tarafından temyiz edildiği halde ve taksitlendirmenin sanık lehine kazanılmış hak oluşturduğu gözetilmeden, ikinci kararda taksitlendirme konusunda karar verilmemesi” (YAŞAR, 5. Bası, s.5130) Aynı nitelikte bkz. 9.CD., 11.10.2006, 2006/3873-5177: “Bozmadan önceki hükümde 647 sayılı Yasanın 5. maddesi gereğince tayin olunan para cezasının taksitlendirilmesine hükmedildiği halde; CMUK'un 326/son maddesi nazara alınmadan bozmadan sonra kurulan hükümde taksitlendirmeye yer olmadığına karar verilmesi.” (YAŞAR, 5. Bası, s.5136).

<sup>214</sup> KÜHNE, s.618, § 61, Rn.1030; ROXIN, § 51, Rn. 33; ÖZTÜR/ERDEM, 12. Bası, s.865.

<sup>215</sup> SELÇUK, s.55 vd.

<sup>216</sup> CGK., 06.04.2010, 2010/6-48, 2010/74; 17.4.2007, 71/98; 20.06.2006, 2006/10-124, 2006/165

Koşullu salıvermeye ilişkin koşulları kolaylaştıran yasal düzenleme fail lehinedir. Bunları ağırlaştırılan düzenlemeler ise fail aleyhinedir. Yeni düzenlemede koşullu salıvermeye ilişkin yasal koşullar ağırlaştırılmış ise eski yasa uygulanmalıdır<sup>217</sup>.

Bu nedenle “koşullu salıverme” bağlamında da “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” gözetilmelidir<sup>218</sup>. İlk hükümde hükmedilen ceza ile bozmadan sonra kurulan hükümdeki cezaların sonuçları koşullu salıvermede cezaevinde geçirilecek süre gözetilerek değerlendirilmelidir.

Yargıtay, koşullu salıvermeyle ilgili olarak verdiği 28.01.1974 tarih ve 5/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı’nda, cezayı ağırlaştırılan yeni yasal düzenlemenin infaza ait olsa dahi sanığın/failin aleyhine ise uygulanmayacağını belirtmiştir.

Hükümlülerin infaz kurumunda yürürlükteki yasaya göre tutulmalarını düzenleyen kurallar, infaz rejimine ilişkin olmayıp, ceza hukukuna ilişkin hükümlerdir. Bu nedenle İçtihatları Birleştirme Kararı yerindedir<sup>219</sup>. Açıklanan nedenlerle, “koşullu salıverme” kurumu da aleyhe değiştirme yasağı kuralının kapsamına girer<sup>220</sup>.

Yargıtay’ın hükmedilen cezaya bağlı olarak “işyerinin kapatılması”<sup>221</sup> ve “sürücü belgesinin alınmasına”<sup>222</sup> karar verilirken “aleyhe değiştirme yasağı” kuralının gözetilmesi gerektiğine ilişkin kararları da bulunmaktadır. Söz konusu bu kararlar yerindedir. Ancak Yargıtay, yukarıda belirttiğimiz gibi “güvenlik önlemlerini” kural dışında tutan, duraksama uyandıran çeşitli kararlar da vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu<sup>223</sup> eski 765 sayılı Türk Ceza Yasası’nın 31. maddesinin 1. cümlesinde düzenlenmiş olan “kamu hizmetlerinden yasaklanma” cezasının ek (fer’i) bir ceza olup ve hükümlülüğün (mahkumiyetin) doğal bir sonucu olduğunu, bu nedenle hükümde gösterilmediği ve aleyhe temyiz bulunmadığı durumlarda “aleyhe değiştirme yasağı” kuralının kapsamına girmeyeceğini kararında açıkça belirtmiştir. Ancak söz konusu bu kararda ayrıca hükümde “kamu hizmetlerinden yasaklılık” cezasının açıkça uygulanmamasına ya da ömür boyu yerine geçici olarak uygulan-

<sup>217</sup> DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011, s.128, 129; ARTUK, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2011, s.167, 168; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012, s.119-130; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.111, 646, 647; SELÇUK, s.58-60; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s.64-66; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s.60-64.

<sup>218</sup> SELÇUK, s.58 vd.

<sup>219</sup> SELÇUK, s.59 vd.

<sup>220</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.647; Ayrıca İçtihatları Birleştirme Kararıyla ilgili eleştiri için bkz. DONAY, Süheyl, “Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı”, İHFM XL, 1-4, (1974), s.759-769.

<sup>221</sup> 2.CD., 16.03.1988, 1044-1449 (YAŞAR, 5. Bası, s.5129).

<sup>222</sup> 9.CD., 16.10.2006, 3954-5298 (YAŞAR, 5. Bası, s.5136).

<sup>223</sup> CGK., 01.04.2008, 2008/1-53, 2008/70.

masına karar verilmesi durumlarında ise, “aleyhe değiştirme yasağı” kuralının gözetilmesi gerektiği görüşünün benimsendiği görülmektedir.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası, özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasıyla birlikte hükmolunan, hükümlülüğün sonucu olan ek (fer'i) bir ceza niteliğindedir (765 sayılı TCY m.31). Bu ceza süreli ya da ömür boyu olsa da nitelik olarak bir “ceza” olduğu için “aleyhe değiştirme yasağı” kuralı kapsamına dahil edilmesi gerektiği kanısındayız.

Yargıtay, eylemin birden fazla suç oluşturduğu halde, bu eylemin bir tek suç oluşturduğunun kabul edilerek uygulama yapılması, yine ağırlatıcı neden bulunduğu halde bunun uygulanmaması durumlarının da kural kapsamında olduğuna ilişkin kararlar vermiştir<sup>224</sup>. Bu kararlar yerindedir.

Kuralın kapsamına nelerin girip girmediğini ancak “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı” doğrultusunda belirleyebiliriz.

Sanık bakımından aleyhe değiştirme yasağının kapsamına giren, yaptırımdır (cezadır). Bu yaptırım (ceza) kavramının içine elbette ceza niteliğinde olmayan yargılama giderleri girmez<sup>225</sup>. Ayrıca ceza kavramının içine irade ve mantiki akış sürecinin sağlıklı sonucu olmayan, bilinç dışı kalan, düşünceyle irade arasındaki kopukluğun ürünü bulunan toplama, çıkarma gibi maddi yanılığlar (maddi hatalar) kural dışında kalır<sup>226</sup>.

Yargıtay'a göre ise yargılama giderleri “aleyhe değiştirme yasağı” kuralı kapsamındadır.

Yargıtay, ilk hükmün yalnızca sanığın temyizi üzerine bozulmasından sonra, ilk hükümde hükmedilmediği halde avukatlık ücretine hükmedilmesini, eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 326/son ve yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın ise 307/4. maddelerine aykırı bulmuştur<sup>227</sup>.

Esasen yargılama giderleri, yaptırımla (ceza) ilgili olmadıkları için inceleme konusu kuralın dışında kalmaktadırlar<sup>228</sup>. Bu nedenle Yargıtay'ın görüşlerine katılmak olanaksızdır.

Yargıtay'a göre ise yine bilinç dışı kalan, düşünceyle irade arasındaki kopukluğun ürünü bulunan toplama, çıkarma gibi maddi yanılığlar (maddi hatalar) aleyhe değiştirme yasağı kuralı kapsamındadır<sup>229</sup>.

<sup>224</sup> CGK., 21.09.2004, 2004/4-144, 2004/170; CGK., 09.07.2002, 2002/4-158, 2002/289

<sup>225</sup> EREM, s.757; KESKİN, “Reformatio in...”, s.419 vd.; SELÇUK, s.61; ÖZTÜRK/ERDEM, s.864; YÜCE, s.174

<sup>226</sup> EREM, s.757; SELÇUK, s.61

<sup>227</sup> 6.CD., 24.01.2006, 21419-224 (YAŞAR, 5. Bası, c.IV, s.5135); Ayrıca aynı nitelikte kararlar için bkz. 9.CD., 05.10.2006, 4022-4995 (YAŞAR, 5. Bası, c.IV, s. 5137); 5. CD., 28.11.1985, 4223-4819 (YAŞAR, 5. Bası, c.IV, s.5134)

<sup>228</sup> SELÇUK, s.61

<sup>229</sup> CGK., 07.10.2008, 2008/1-198, 2008/211: “... Yerel Mahkemece, sanık hakkında lehe olduğu

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle Yargıtay'ın bu görüşlerine katılmamaktayız.

Ceza kavramının içine kolluk önlemleri (emniyet tedbirleri) de girmeyecektir. Bu nedenle, kolluk önlemleri (emniyet tedbirleri) aleyhe değiştirme yasağı kuralı kapsamı dışındadır<sup>230</sup>.

Ceza mahkemelerince hükmedilen ödence (tazminat) aleyhe bozma yasağı kuralı kapsamına girmez<sup>231</sup>. Çünkü ödence (tazminat) ceza hukuku yaptırımı olmayıp özel hukuk yaptırımıdır. Bundan dolayı, doğal olarak ödence (tazminat) ceza kavramının içine girmeyecektir<sup>232</sup>. Özel hukuk davalarında karşılıklı hasımlar davacı ve davalı bulunmaktadır. Ceza davalarında ise hasımlar yoktur.

Haksız tutuklamadan ya da yeni Ceza Yargılama Yasamıza göre koruma önlemlerine aykırılıktan doğan ödence (tazminat) davasında hazine, sanık değil davalıdır. Ayrıca, kamu davasıyla özel hukuk davası aynı ölçütler içinde değerlendirilemez<sup>233</sup>.

Açıklanan nedenlerle haksız tutuklamadan doğan zararın ödenmesinde hükümü temyiz eden Hazine yönünden, eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 326/son madde ve fıkrasından söz ederek, bozmadan sonra kurulacak hükmün Hazine aleyhine olamayacağı sonucuna varan Yargıtay kararı<sup>234</sup> gerekçesi bakımından öğretide haklı olarak eleştirilmiştir<sup>235</sup>. Söz konusu davada Hazine sanık değil, davalıdır. Aleyhe değiştirme yasağı kuralını düzenleyen Ceza Yargılama Yasası'na göre, sanık bakımından ve yalnızca yaptırım (ceza) yönündedir.

**Alman Federal Yargıtayı ve öğretisi**, yargılama giderleriyle ödencenin (taz-

---

kabul edilen 5237 sayılı TCY'nın 81, 35/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca sonuçta 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin bu uygulamasında, anılan Yasanın 62. maddesi ile indirim yapılırken, hesap hatası yapılması suretiyle 9 yıl 4 ay 15 gün yerine, 9 yıl 1 ay 15 gün olarak eksik ceza tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin hatalı olan ilk ve son uygulaması yalnızca **sanık ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir**. Aleyhe temyiz bulunmaması karşısında, Özel Dairece 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile Yerel Mahkemeye verilen hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza belirlenmesi 1412 sayılı CYUY'nın 326/son ve 5271 sayılı CYY'nın 307/4. maddesine aykırıdır" (Yayımlanmamış Karar). Bkz. aynı nitelikte; 2. CD., 27.06.2012, 2010/9015, 2012/17536: "... sanık hakkında TCK'nun 125/1-4. maddeleri gereğince 3 ay 15 gün hapis cezasının aynı kanunun 62. maddesi gereğince 1/6 oranında indirilmesi sırasında hesap hatası yapılarak 2 ay 27 gün yerine 2 ay 17 gün olmak üzere eksik hapis cezasına hükmedilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..." (Yayımlanmamış Karar)

<sup>230</sup> SELÇUK, s.61; EREM, s.761; Karşı düşünce için bkz. KESKİN, "Reformatio in...", s.419.

<sup>231</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, 12. Bası, s.864; SELÇUK, s.62; KESKİN, "Reformatio in...", s.419, 420.

<sup>232</sup> CGK., 02.02.1976, 14/29 (iletin: SELÇUK, s.62).

<sup>233</sup> KESKİN, "Reformatio in...", s.419, 420; SELÇUK, s.62.

<sup>234</sup> CGK., 02.02.1976, 1976/7-14, 1976/29 (iletin: KESKİN, "Reformatio in ...", s.419); Aynı nitelikte bkz. 9.CD., 05.10.2006, 2006/4022-4995: "... 25.03.2003 tarihli ilk karar yalnız davalı vekili tarafından temyiz edildiğinden 1000 YTL manevi tazminatın davalı bakımından kazanılmış hak teşkil ettiğinin düşünülmemesi." (YAŞAR, 5. Bası, s.5137).

<sup>235</sup> KESKİN, "Reformatio in...", s.419.



minatın) yaptırımla (cezaıyla) ilgili olmadıkları için inceleme konusu aleyhe değiştirme yasağı kuralının dışında olduğu görülmüştür.<sup>236</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu<sup>237</sup> yaptırımın (cezanın) yerine getirilmesi (infaz) aşamasındaki “uyarlama yargılamasında” aleyhe değiştirme yasağı kuralının geçerli olmadığına karar vermiştir. Öncelikle belirtelim ki, Yargıtay’ın çıkış noktası yanlıştır. Söz konusu kararda bu kuralın 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nın 4. fıkrası uyarınca hakkında henüz kesinleşmiş bir hüküm bulunmayan sanıklar yönünden kabul edildiği vurgulandıktan sonra “uyarlama yargılamasının hakkında kesinleşmiş ve infaz yeteneği bulunan bir mahkumiyet hükmü verilmiş kişilerle, başka bir deyişle hükümlülerle ilgili” olduğu belirtilmiştir. Yargıtay bu kararında, yasadaki düzenleme karşısında kuralın, yorum ve kıyas yöntemiyle genişletilmesi olanağı bulunmadığından, hükümlüler bakımından benimsenemeyeceğini açıklamıştır.

Bir kere, karardaki gerekçenin çıkış noktası doğru değildir.<sup>238</sup> Eski (1412 sayılı) Ceza Yargılama Yasası’nda, olağanüstü yasayollarından olan “yargılamanın yenilenmesi” yolunda “aleyhe değiştirme yasağı” kuralına ilişkin düzenleme vardı (m.341/2).

Bundan dolayı eski (1412 sayılı) Ceza Yargılama Yasası döneminde de aleyhe değiştirme yasağı kuralı hüküm kesinleştikten sonra hükümlü için de uygulanıyordu. Yeni 5237 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nda ise kural hükümlü için de olağanüstü yasayollarından hem “yasa yararına bozma” (m.309/4-b) hem de “yargılamanın yenilenmesi” (m.323/3) yolunda benimsenmiştir.

Her şeyden önce eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nın 402. maddesinde düzenlenen kurum bir “açıklama (tavzih) davası”dır.<sup>239</sup> Yargıtay’ın “uyarlama davası” deyişi yerinde değildir.<sup>240</sup> Yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nda böyle bir kurama yer verilmemiştir. Eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası’ndaki (m.402) düzenlemeye, yeni 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasada (CGİY) yer verilmiştir (m.98). Yeni CGİY’nin 98. maddesinde yer alan kurum da bir açıklama (tavzih) davasıdır. Bu nedenle 1412 sayılı eski Ceza Yargılama Yasası’nın 402. ve CGİY’nin 98. maddesine göre verilen kararlar, infaz rejiminin biçimiyle ilgili hüküm değil, bir ceza hukuku hükmüdür.<sup>241</sup> Çünkü bu yargılamada birbirini izleyen ardışık yasadaki ceza hukuku hükümlerinden hangisinin hükümlü lehine olduğu “açıklama davasında” Yargıtay’ın deyişiyle “uyarlama yargılamasında” belirlenmektedir.<sup>242</sup>

<sup>236</sup> MEYER/GOSSNER, 52. Auflage, s.1251, § 331, Rn.6.

<sup>237</sup> CGK., 20.06.2006, 2006/10-124, 2006/165.

<sup>238</sup> SELÇUK, s.63 vd.

<sup>239</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Onsekizinci Bası, s.1621, 1622, n.101.4; SELÇUK, s.67.

<sup>240</sup> SELÇUK, s.67.

<sup>241</sup> SELÇUK, s.67.

<sup>242</sup> SELÇUK, s.64.

Aslında “açıklama davası” Yargıtay’ın söylemiyle “uyarlama yargılaması” sonucu verilen kararlara karşı, yalnızca itiraz yoluna başvurulabilmektedir.

Çünkü, Yargıtay’ın uyarlama yargılaması adını vermiş olduğu kurum, eski 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nın 402. ve yeni 5275 sayılı CGİY’nin 98. maddesinde düzenlenmiş olup, bir “açıklama (tavzih) ile ilgili olduğu için sonucu da yapıcı değil, açıklayıcıdır<sup>243</sup>. Bundan dolayı yasakoyucu açıklama (tavzih) davası sonucu verilen kararlara karşı açıkça temyiz değil, itiraz yoluna başvurulabileceğini CGİY’nin 101/3. maddesinde açıkça düzenlemiştir.

Kanımızca CGİY’nin 98. maddesindeki düzenlemeye göre yapılan yargılama sonucunda, hükümlü hakkında verilen hükme karşı temyiz değil, ancak itiraz yasayoluna başvurulabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar ise kesindir. Ancak itiraz edilmeden ya da itiraz üzerine kesinleşen bu karara karşı olağanüstü yasayollarından olan “yasa yararına bozma” ya da “yargılamanın yenilenmesi” yollarına başvurulabilir. Söz konusu bu yasayollarında ise “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” hükümlü hakkında uygulanacaktır. Açıklanan nedenlerle uyarlama yargılaması sonucu verilen hükme karşı temyiz yoluna başvuru kabul edildiğinde, bu yasayolunda sanık için uygulanan aleyhe değiştirme yasağı kuralı hükümlü içinde uygulanmalıdır.

Kıscası yaptırımın yerine getirilmesi (infaz) aşamasında “uyarlama yargılaması” sonucunda verilen hükümlerin temyizinde, “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” gözetilecektir<sup>244</sup>.

## SONUÇ

Öğreti ve uygulamadaki yaygın adlandırmayla “aleyhe değiştirme yasağı” (Reformatio in peius) kuralı, yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nda istinaf (m.283), temyiz (m.307/4), yasa yararına bozma (m.309/4-b) ve yargılamanın yenilenmesi (m.323/2) yasayollarında benimsenmiştir. Ayrıca yasayollarının düzenlendiği altıncı kitabın genel hükümleri arasında Cumhuriyet savcısının sanık yararına yasayoluna başvurması durumunda da kuralın uygulanacağını belirtmiş olması yerinde bir düzenlemedir.

Ancak, Ceza Yargılama Yasası’nın, kuralla ilgili anlatımları, çeşitli biçimlerde dir. Kullanılan sözcükler ve anlatım açısından birlik bulunmamaktadır.

Yeni 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası sadece temyiz yolunda “yalnız(ca)” kelimesine yer vermiştir (m.307/4).

Genel hükümde (m.265), istinaf (m.283) ve yargılamanın yenilenmesi

<sup>243</sup> SELÇUK, s.67.

<sup>244</sup> Bkz. CGK’nın 20.06.2006 tarihli kararı öncesi Kurul Başkanlığı’na görüş bildiren ve kararda görüşleri yansıtılan bilim insanlarının çoğunluğu ile karşı oy yazan Yargıtay üyeleri de bu düşüncededir (CGK., 20.06.2006, 2006/10-124, 2006/165).

(m.323/2) yasayollarında ise bu “yalnız” kelimesini kullanmamıştır.

Özellikle yasalarda kullanılan sözcüklerin özenle seçilmesi gerekir. Kuralın kapsamını, içeriğini ve sonuçlarını belirlemede bu önemlidir.

Burada “yalnız” kelimesi kullanılmadığı için bir anlatım bozukluğu bulunduğu gerçektir. Yine de istinaf ve yargılamanın yenilenmesi yasayollarında da sonuç cezanın ağırlaştırılmaması gerekir. Aksi yorumun, aleyhe değiştirme yasağı kuralının özüne aykırı olacağı açıktır.

Kuralın düzenlendiği Ceza Yargılama Yasası’ndaki, maddelerde “cezadan” söz edilmesi “ceza” kavramının yetersiz ve çok dar yorumlara yol açması, kuralın var oluş nedeniyle ve özünü bağdaştırmamaktadır. Ceza kavramının kapsamlı bir biçimde algılanması ve geniş yorumlanması zorunludur.

Nitekim kaynak yasanın alındığı Almanya’da öğreti ve uygulamada maddede yer verilen “ceza” deyişi, en geniş anlamda ek cezalarla güvenlik önlemlerini (tedbirlerini) içerecek biçimde yorumlanmaktadır.

Türk Ceza Yasası’nda “ceza” ve “güvenlik” önlemleri biçiminde iki yaptırım öngörüldüğünden uygulamada güvenlik önlemleri (tedbirleri) kural dışında tutulmaktadır.

Türk yargısınca, “ceza” kavramı dar yorumlanarak iki yaptırım öngören bir hukuk düzeninde, güvenlik önlemlerinin kural dışında tutulmasının yerinde olmadığı kanısındayız. Kural, yargılamada uygulama yönteminin değişmesi için düzenleme, güvenlik önlemlerini de kapsayacak biçimde değiştirilmelidir.

Kurala göre, yalnızca sanık yararına yasayolu davasına başvurulduğunda, yasayolu davasının görüleceği mahkeme ile bozma sonrasında yargılama yaparak yeniden hüküm kuracak ilk derece mahkemesi, yalnızca yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını sanık aleyhine ağırlaştıramazlar. Ancak, eylemin ceza hukukundaki (suç hukukundaki) adını, yani niteliğini değiştirebilirler.

Kural uyarınca, yasayolu davasına başvurulduğunda, mahkeme yeni hükümde sanığın durumunu eski hükme göre, ağırlaştırmayacak, olumsuz ve aleyhe olarak kötüleştirmeyecek, kötüye dönüştürmeyecektir.

Bu yasak, bir yasal buyruk ve zorunluluktur. Yasak, yalnızca sanık yararına (lehine) yasayolu davası açıldığında geçerlidir.

Ceza Yargılama Yasamıza göre bu kural/kurum, yalnızca istinaf ile temyiz gibi olağan yasayolu davalarında değil, hüküm kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi ve yasa yararına bozma olağanüstü yasayollarında da uygulanmaktadır. Bundan dolayı hükümlüleri de içine alacak biçimde kurumun adını koymak gerekir.

“Aleyhe değiştirme yasağı kuralı”nın tanımına ve içeriğine uygun, kapsayıcı bir biçimde kısaca adlandırılması yapılmalıdır.

Aleyhe değiştirme yasağı kuralı, adil yargılanma hakkı ilkesinin doğal ve zorunlu sonucudur. Bu nedenle yargı organlarının bu kuralı “kazanılmış hak”ka dayandırmaları yerinde değildir.

Özellikle Yargıtay ve diğer yargı organlarının bu kuralı “kazanılmış hak”ka dayandıran görüşten vazgeçmeleri gerektiği kanısındayız.

Aleyhe değiştirme yasağı kuralı, sanık yararına düzenlenmiş bir kurumdur. Yorum ilkeleri uyarınca, sanık yararına konulmuş bir kural/kurum sanık aleyhine yorumlanamaz. Bu nedenle kuralın, yorum ilkelerine göre sanık aleyhine yorumlanamayacağı gözetilmelidir.

Koşullu salıvermeye ilişkin koşulları kolaylaştıran yasal düzenleme sanık/hükümlü lehinedir ve geçmişe uygulanacaktır. Hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanabilmeleri için cezaevinde geçirilmesi gereken süreyi uzatan infaz hükmü, failin aleyhinedir. Yeni düzenlemede yasal koşullar ağırlaştırılmış ise eski yasa uygulanmalıdır.

Açıklanan nedenlerle, koşullu salıverme bağlamında da aleyhe değiştirme yasağı, ilk ve daha sonra hükmedilen cezaların sonuçları karşılaştırılarak değerlendirilmelidir.

Yargılama giderleri, ödence (tazminat) ve kolluk önlemleri yaptırımına (cezayla) ilgili olmadıkları için inceleme konusu kural dışında tutulmalıdır.

#### **KAYNAKÇA**

**ARTUK, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2011.

**BEULKE, Werner:** Strafprozessrecht, 6.neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002.

**CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2008.

**CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2011.

**CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.

**ÇINAR, Ali Rıza:** Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006.

**ÇINAR, Ali Rıza:** Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010.

**ÇOLAK, Haluk/TAŞKIN, Mustafa:** Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007.

- DEMİRBAŞ, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011.
- DONAY, Süheyl:** “Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı”, İHFM XL, 1-4, Yıl 1974 (s.759-769).
- DÖLLING, Dieter:** Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung, Lutherland 1996.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c.I, Ondördüncü Bası, İstanbul 1997.
- ELÖVE, Mustafa E.:** “Yargıtay’ın Yüz Yılı” İstanbul Barosu Dergisi, 1968.
- ERDOĞDU, Ahmet:** “Cezada Kanun Yolları”, Adalet Dergisi, Yıl 1953 (s. 276-300).
- EREM, Faruk:** Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996.
- FEZER, Gerhard:** Strafprozessrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1995.
- GERHARDT, Bernd-Peter:** Das Verbot der reformatio in peius bei den Nebenstrafen, Nebenfolgen und Massregeln der Sicherung und Besserung des Strafgesetzbuches, Augsburg 1970.
- GÖZLER, Kemal:** “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?” Terazi Dergisi, Yıl 7, Sayı 66, Şubat 2012 (s.36-50).
- GÖZLER, Kemal:** İdare Hukuku c.I, 2. Baskı, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Bası, Ankara 2009.
- HAKERİ, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HELLMANN, Uwe:** Strafprozessrecht, Heidelberg 1998.
- HELLMANN, Uwe:** Strafprozessrecht, 2. (zweite) überarbeitete und aktualisierte Auflage, Heidelberg 2006.
- HENKEL, Heinrich:** Strafverfahrenrecht, Würzburg 1953.
- İNAN, Kubilay:** Ceza Yargılamasında Yasa Yolları, Ankara 2006.
- KANTAR, Baha:** Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, Ankara 1957.
- KATOĞLU, Tuğrul:** Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.
- KAYLAN, Keskin:** “5271 sayılı (Yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu Yasa Yolları”, (Adalet Bakanlığı’nca İlk Derece Hâkim ve Savcılar İçin, 25-30 Ocak 2005 Tarihlerinde Ankara’da Düzenlenen Bilgilendirme Seminerinde Sunulan Tebliğ)
- KESKİN, Serap:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı” Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001 (s.408-420).
- KESKİN, Serap:** Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.

- KINDHAUSER, Urs:** Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.
- KRETSCHMER, Joachim:** Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, Berlin 1999 (c.II. Die historische Entwicklung), s.55.
- KUNTER, Nurullah:** "Aleyhe Düzeltme Yasası" İHFM: 1952, sy.3-4, Ayrı Bası, İstanbul 1953.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Bası, İstanbul 2010.
- KÜHNE, Hans-Heiner:** Strafprozessrecht, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2010.
- MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut:** Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, c.II, Ankara 1998.
- MEYER-GOSSNER, Lutz:** Strafprozeßordnung Mit GVG und Nebengesetzen 52. Auflage, München 2009.
- MEYER-GOSSNER, Lutz:** Strafprozeßordnung Mit GVG und Nebengesetzen 49. Auflage, München 2006.
- MOL, Gürsel:** Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay, 135 Yıl Armağanı, Yargıtay Yayınları No: 28, Ankara 2004.
- ÖZBEK, Veli Özer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2008.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.
- RANFT, Otfried:** Strafprozessrecht, 2.Auflage, 1995.
- ROXİN, Claus:** Strafverfahrensrecht, 20 Auflage, München 1987.
- SARIGÜL, Ali Tanju:** Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2009.
- SCHMIDT, Eberhard:** Deutsches Strafprozessrecht, Göttingen 1967.

- SCHRODER, Friedrich Christian:** Strafbrossrecht, 4. Auflage, München 2007.
- SCHWARZ, Otto:** Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi (Türkçe'ye çeviren Rifat TAŞKIN), Ankara 1939.
- SEÇKİN, Recai:** Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi, Ankara 1967.
- SELÇUK, Sami:** "Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırılmama Kuralı" ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Bakış, Ankara 2012.
- SERİM, Cevat:** "T.C. Temyiz Mahkemesi Teşkilat ve Vazifeleri", Adliye Dergisi, Yıl 1943, sy. 7.
- TANER, Tahir:** Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Bası, İstanbul 1950.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2004.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.
- TOSUN, Öztekin:** Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c.II, Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul 1976.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012.
- VOLK, Klaus:** Grundkurs StPO, 5.Auflage, München 2006.
- VON HIPPEL, Robert:** Der Deutsche Strafprozess, Marburg 1941.
- YALVAÇ, Gürsel:** Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 6. Baskı, Ankara 2010.
- YAŞAR, Osman:** Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Baskı, Ankara 2009.
- YAŞAR, Osman:** Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2011.
- YENİSEY, Feridun:** Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979.
- YURTCAN, Erdener:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 12 Bası, İstanbul 2007.
- YÜCE, Turhan Tüfan:** Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz-İstinaf-Temyiz), Erzurum 1967.

# SUÇ İŞLEMENİN AMACIYLA ÖRGÜTLENME SUÇU

## *(Forming Organized Group With the Intention of Committing Crime)*

Vesile SONAY EVİK\*

### ÖZET

Çalışmada Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde düzenlenmiş olan "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu"nun 765 sayılı TCK'da düzenlenme şekline göre farklı ortaya koyulduktan sonra, suçla korunan hukuki menfaat, suçun hukuksal niteliği, benzer suçlardan farkı, fail, maddi unsur, örgüt kavramı, örgütlenme ve uygunluk, manevi unsur, suçun özel oluşum biçimleri, yaptırım ve usul hükümleri incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, Örgüt, Örgütlü suç grubu.

### *Abstract*

This study deals with the offence "Forming organized group with the intention of committing crime" (Turkish Penal Code art. 220). After setting out the differences between the actual Turkish Penal Code and the former one, we have explained the legal structure of this offence, its elements and punishment.

**Keywords:** Forming organized group with the intention of committing crime, Association, Organized crime group.

### I- Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmının beşinci bölümünde; "Kamu Barışına Karşı Suçlar" yer almaktadır. İnceleme konumuzu teşkil eden suç tipi, bu bölümün 220. maddesinde "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlığı altında düzenlenmektedir. Söz konusu maddede kanun koyucunun, seçilmiş hareketli bir suç şeklinde suç işlemek amacıyla örgüt kuran veya yöneten veya üye olan kişileri cezalandırmak istediği, ancak madde başlığında her nedense sadece örgüt kurmanın yer aldığı görülmektedir. Maddede yönetme ve üye olma hareketleri de yaptırım altına alındığı için madde başlığında sadece kurmanın ifade edilmiş olması yerinde olmamıştır. Kanaatimize göre bütün hareketleri kapsayan bir başlık olarak "suç işlemek amacıyla örgütlenme" ifadesi kullanılabilir.

\* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



## II-Suçun Önceki Ceza Kanunlarında Düzenlenmesi

Ülkemizde suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'na benzer şekilde olarak ilk kez 1274 (1858) Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 58. maddesinde düzenlenmiştir. Daha sonra 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, kamu düzeni (ammenin nizamı) aleyhine cürümler isimli beşinci babın ikinci faslında “cürüm işlemek için teşekkül meydana getirenler”<sup>1</sup> şeklinde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli)'nün 248. maddesinden iktibas edilmiş olan 313. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

*“Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküle katılanlara bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir.*

*Bu teşekkül halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasi veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya ammenin selameti aleyhine cürümlerle kasten adam öldürmek veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmişse, verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar ağır haptir.*

*Teşekkül mensupları dağlarda ve kırlarda veya genel yollarda veya meskun yerlerde içlerinden iki veya daha fazlası silahlı olarak dolaşır veya buluşma yerlerinde veya emin bir yerde silah saklarsa; birinci fıkradaki halde bir yıldan üç yıla, ikinci fıkradaki halde iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir.*

*Teşekkülün yöneticileri hakkında yukarıdaki fıkralar uyarınca hükmedilecek ceza üçte birinden yarıya kadar arttırılır.*

*Teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına yönelik cürüm işlemleri halinde, verilecek cezaların toplamı ağır cezayı gerektiren fiilin cezasının azami haddini geçemez.*

*Bu maddede yazılı teşekkül, iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacı etrafında birleşmesiyle oluşur.*

*Bu kanun ve diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır”<sup>2</sup>.*

765 sayılı TCK'nun 313. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesi arasında önemli farklar vardır. Bunları şu şekilde belirtmek mümkündür:

1-Öncelikle suçun adı değiştirilmiş, “cürüm işlemek için teşekkül meydana getirenler” yerine “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” terimi kullanılmıştır.

2- Gerek madde başlığında gerekse madde içeriğinde “cürüm” terimi yerine “suç”<sup>3</sup>, “teşekkül” yerine “örgüt” terimi kullanılmıştır.

<sup>1</sup> 1979/2245 sayılı Kanun ile 765 sayılı TCK'nun ikinci kitap, beşinci bab, ikinci fasıl başlığı “cürüm işlemek için teşekkül meydana getirenler” şeklini almıştır. (R.G. 16.6.1979).

<sup>2</sup> 765 sayılı TCK'nun 313. maddesi 1936/3038 sayılı Kanun (R.G. 23.6.1936), 1937/3112 sayılı Kanun (R.G. 11.2.1937) ve 1979/2245 sayılı Kanun (R.G. 16.6.1979) ile değişiklikler geçirmiştir.

<sup>3</sup> 5237 sayılı TCK'nu hazırlayan kanun koyucu, suçları cürüm ve kabahat şeklinde ceza kanununda birlikte düzenleyen 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, kabahatleri suç olmaktan çıkarmış, ayrı bir kanun olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlemeyi tercih etmiştir.

3-Önceki Ceza Kanunu'nda teşekkül oluşturanlar (kuranlar) ile teşekküle katılanlara (üyelere) aynı ceza öngörülürken, teşekkül yöneticileri hakkında cezanın arttırılarak verilmesi söz konusu idi. Örgüt yöneticisi olmak suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmişti. Örgüt yöneticilerinin üyelere göre daha ağır cezalandırılmaları kabul edilebilir bir şeydi, ancak örgüt kurucularının üyelerle aynı yani daha hafif şekilde cezalandırılmaları kabul edilebilir değildi. Nitekim yürürlükteki Ceza Kanunu bu tutarsızlığı gidermiştir.

4- Önceki Ceza Kanunu'nda söz konusu suç, korunan hukuksal değer somut olarak tehlikeye sokulması aranmadığı için soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmişti; yürürlükteki Ceza Kanunu'nda ise korunan hukuksal değer somut olarak tehlikeye sokulması arandığı için (maddede örgütün yapısı, üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması) söz konusu suç somut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir.

5- Teşekkül örgüt terimleri arasında fark yoksa da bunların oluşumu açısından fark söz konusudur. Önceki kanunda örgütün varlığı için iki kişi veya daha fazla kişinin birlikte cürüm işlemek amacıyla birleşmesi gerekmektedir. Yürürlükteki kanunda ise en azından üç kişinin suç işlemek amacıyla birleşmesi aranmıştır. Yeni kanuna göre, ayrıca örgütün oluşumu (yapısı) açısından (üye sayısı dışında) kullanımı söz konusu olacak araç ve gereçlerin de amaç suçları işlemeye elverişli, uygun olması gerekmektedir.

6- Önceki yasada bazı amaç suçlarının işlenmesi söz konusu ise maddenin ifadesiyle “teşekkülün halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasi veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya kamunun selameti aleyhine cürümlerle kasden adam öldürme veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmesi” durumunda ceza arttırılmaktaydı. Böylece söz konusu durum, suça etki eden neden olarak düzenlenmişti.

7- Önceki Ceza Kanunu'nda amaç suçlarının işlenmesi durumunda gerçek birleşme kuralının uygulanmasının öngörülmeyle birlikte, faile verilecek toplam ceza açısından bir sınırlama getirilmişti<sup>4</sup>. Gerçek birleşme kuralları gereği hem örgütlenme suçundan hem de işlenen amaç suçtan dolayı cezalandırılma söz konusu olsa bile, bu durumda verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren suçun cezasını aşamayacağından pratikte sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluk söz konusu olmaktadır.

8- Önceki Ceza Kanunu'nda örgüt yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan sorumluluğu söz konusu değildi. Yine örgüt üyesi olmayan kişilerin örgüt adına suç işleyen veya örgüte yardım edenlerin örgüt üyesi

<sup>4</sup> Özgenç İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2002, 281.

gibi cezalandırılmalarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Örgüt üyelerine yardım 765 sayılı TCK'nun 314. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmişti<sup>5</sup>.

9-Önceki Ceza Kanunu'nda bu suç açısından etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmemiştir. Yürürlükteki Ceza Kanunu'nun 221. maddesinde ise etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir.

### III- Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Doktrin ve içtihatındaki ortak görüşe göre suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun korunan hukuksal değeri, kamu düzenidir.<sup>6</sup> Söz konusu suçla korunmak istenen hukuksal değer kamusal düzeni olduğu genellikle kabul edilmekle beraber, kamu düzeninden neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bazılarına göre bu suçla korunmak istenen hukuksal değer esasında ideal anlamda kamu düzenidir. Bu ise toplumsal düzeni koruyan kural ve kurumlar bütünü olup, kanuni düzenle eş anlama gelmektedir<sup>7</sup>.

Bazılarına göre ise korunmak istenen hukuksal değer, bireylerin güven ve huzur duygusu içinde yaşaması ya da diğer bir deyişle toplumda huzur ve güvenlik duygusunun hakim olmasıyla toplumsal hayatın düzenli, düzgün ve huzurlu kısacası barış içinde seyretmesi anlamında maddi kamu düzenidir<sup>8</sup>.

Katıldığımız bir diğer görüşe göre kamu düzeni kavramını dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmak gerekir. Buna göre geniş anlamda kamu düzeni, toplum yapısı ile bunu devam ettirecek ve geliştirecek olanakları ifade etmektedir. Bu

<sup>5</sup> Usul ve furuundan olan hısımlarından veya karı koca veya kardeşinden birine barınacak yer gösteren veya yiyecek veya içecek sağlayan kişi hakkında ceza yarısından üçte ikisine kadar azaltılmaktaydı.

<sup>6</sup> Antolisei Francesco, *Diritto penale parte speciale*, II, Milano, 2000, 229; Contieri, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961,86; Anetrini Mauro, "Associazione per delinquere", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2 vd; Insolera, *L'associazione per delinquere*, 168; Manzini Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, 2000 VI, 193; Cass. 11.12.1992, Cass. Penale, 1994, 573, Cass. 24.3.1992, *Giustizia Penale* 1993, II, 151; Cass. 11.10.1991, Cass. Penale 1994, 296; Erem Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, III, Ankara,1985, 620; Özgenç İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara, 2002, 272; Sözüer Adem, *Organize Suçlulukla Mücadelede Ceza Muhakemesi Tedbirleri* (Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması), İstanbul, 2000, 96.

<sup>7</sup> Fiore Carlo, "Ordine Pubblico", *Enciclopedia del Diritto*, XXX, 1093; Granata, "Lineamenti giuridici dell'esatto concetto di ordine pubblico non inteso in senso strettamente materialistico", *Rivista di Polizia*, 1962, 409; Fiandaca Giovanni- Musco Enzo, *Diritto penale Parte Speciale*, Bologna, 1998, 346.

<sup>8</sup> Paladin L., "Ordine pubblico", *Novissimo Digesto Italiano*, XII, 130 vd.; Spagnolo Giuseppe, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, 105-106; Özgenç İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara, 2002, 272. Kamu güvenliği ve barışının bozulmasıyla bireyin güvenli ve barış içinde yaşama hakkı da zedeleneceğinden bireyin Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmıştır. Özek Çetin, *Organize Suç*, 195.

açından kamu düzeni, toplumdaki müesseseleri, bunlar arasındaki ilişkileri, toplumsal kuruluşlarla kişiler arasındaki ve kişilerin karşılıklı ilişkilerini, toplumun yaşayışını, gelişmesini sağlayan yasal kuralları, sosyal norm ve değerleri içine almaktadır<sup>9</sup>. Dar anlamda kamu düzeni ise, toplumsal hayatın düzenli gidişini, vatandaşların birbirleri ile ve devletle olan ilişkilerini uyumlu biçimde ve barış içinde sürdürmelerini belirtmektedir. Toplumsal hayatın düzenli gidişi, vatandaşlar arasındaki uyumla ve barışçı ilişkilerle, sonuç olarak toplumda barış ve huzurun var olması ile sağlanmaktadır. Böylece kamusal barış meydana gelmektedir<sup>10</sup>.

Nitekim suç işlemek amacıyla örgütlenmeye ilişkin 220. madde, Türk Ceza Kanunu'nun topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmının beşinci bölümünde; "*Kamu Barışına Karşı Suçlar*" içerisinde yer almaktadır Suç işlemek üzere sürekli bir örgütün varlığı nedeniyle norm tarafından korunan hukuksal değer tehdit altına girmekte ve sonuç olarak toplumda meydana gelen huzursuzluk durumu ile kamusal yaşamın düzenli, düzgün, huzurlu, kısacası barış içinde seyretmesi engellenmektedir.

#### IV- Suçun Hukuksal Niteliği

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, amaç suçların işlemesi aranmaksızın sadece örgütlenmenin gerçekleşmesiyle cezalandırılması nedeniyle doktrinde çoğunlukla tehlike suçu olarak kabul edilmektedir. Ancak bu suçun, somut tehlike suçu mu yoksa soyut tehlike suçu mu olduğu konusunda tartışma bulunmaktadır.

İtalyan içtihadında azınlıkta kalan bazı kararlara göre; normun amaç suçların işlenmiş olmasını veya en azından bu suçları işlemeye uygun bir yapının varlığını aramaması nedeniyle soyut tehlike suçu olarak kabul edilmek gerekir. Diğer bir deyişle, norm tarafından amaç suçların işlenmesine uygun araçların zorunluluğu ya da örgütün amaç suçları işlemeye somut olarak uygunluğunun açıkça aranmaması nedeniyle soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmek gerekir<sup>11</sup>. Buna karşılık İtalyan içtihadında çoğunlukta kalan kararlara göre ise bu suç somut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Her ne olursa olsun, korunan hukuksal değeri tehlikeye sokan hareketin somut olarak uygunluğu mutlaka aranmak gerekir. Buna göre normun açıkça somut bir tehlikenin varlığı aramadığı hallerde de, normun amacı ve mantığı belirli hukuksal yararları korumak olduğundan, normu amacı ve mantığı doğrultu-

<sup>9</sup> Bayraktar Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977, 96.

<sup>10</sup> Bayraktar, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, 97-98.

<sup>11</sup> Cass. 14.11.1985, Adriani, CED 171698, CP 1987, 1100; Cass. 23.1.1984, Azzalin, CED 164239, CP 1985, 1802; 28.4.1983, Alunni, CED 159804, Cp 1985, 1356; Cass. 4.11.1987, Adimolfi, CED, Cass. n. 178585 bkz. Crespi Alberto-Stella Federico-Zuccala Giuseppe, Commentario Breve Al Codice Penale, Cedam, Padova, 2006, 1262 vd.

<sup>12</sup> Cass. 27.10.1987, Al Assher Bass, CED, Cass. n. 178384; Cass. 21.12.1987, Agosto, CED, Cass. n. 179925. Crespi-Stella-Zuccala, Commentario Breve Al Codice Penale, 1263 vd.

sunda uygulamak gerekir<sup>13</sup>. Bunun için de hareketin korunan hukuksal değeri zarar tehlikesine uğratması somut olarak aranmak gerekir. Aksi halde kanun koyucunun cezalandırmayı amaçlamadığı ve suç saymadığı bir eylemin cezalandırılması gibi suçta yasallık kuralıyla da bağdaşmaz bir sonuç doğar<sup>14</sup>.

İtalyan doktrindeki hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu somut tehlike suçudur<sup>15</sup>. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi örgütün varlığı için "örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olmasını" açıkça aradığı için bu suçu somut tehlike suçu şeklinde düzenlemiştir. Bu nedenle TCK.'nun 220. maddesi açısından İtalyan doktrini ve içtihadındaki tartışmanın bir önemi bulunmadığını söyleyebiliriz. Yargıtay'ımıza göre de söz konusu suç, somut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir.

Suç işlemek amacıyla örgütlenmenin, hazırlık hareketleri niteliğinde olup olmadığı da tartışılmıştır. Bir görüşe göre bu fiiller, hazırlık hareketleri olarak nitelendirilemez. Çünkü bu niteliğe sahip olsaydı, kanun hazırlık hareketlerini de tamamlanmış suç gibi kabul ederdi. Hâlbuki kanun bu fiilleri, teşebbüs durumu ve tamamlanmış sayılan teşebbüs dışında kabul ederek, sadece amaç suçları önlemek için düzenlemiştir<sup>16</sup>.

Çoğunluk görüşüne göre ise bu fiiller, bizatihi mahiyetleri itibariyle amaç suçlara yönelik hazırlık hareketleri niteliğindedir. Belirli suçlara ilişkin hazırlık hareketleri olmaları itibariyle objektif ve belirli suçları işlemek amacına yönelmeleri açısından da sübjektif unsurlara sahiptir<sup>17</sup>.

Yargıtay'ımıza göre de, kural olarak Ceza Kanunu hazırlık hareketlerini cezalandırmamaktadır. Ancak belirli amaçlara yönelik hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak düzenlendiği haller de mevcuttur. Bunlardan birisi de (765 sayılı TCK'nun 313.), 5237 sayılı TCK'nun 220. maddesindeki suç tipidir. Bu madde ile hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak kabul edilmesinin nedeni, kamu düzenine, kamu barışına "ağır zarar tehlikesi" yaratacak nitelikteki bu hareketlerin cezalandırılmasını sağlamaktır. Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, belirtilen amaç çerçevesinde kabul edilmiş bir "zarar tehlikesi" suçudur. "Suç işlemek amacıyla örgüt" kurulmasının "araç suç" olarak kabul edilmesinin nedeni de, "amaç suç

<sup>13</sup> Cass. 27.10.1987, Al Ashker Bass., CED 178364, Rivista Penale, 1989, 304.

<sup>14</sup> Daragenli Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, 185-187.

<sup>15</sup> Antolisei, Diritto penale parte speciale, 726; Fiandaca Giovanni-Musco Enzo, Diritto penale Parte speciale, 356; Insolera, 185.

<sup>16</sup> Manzini, 604; Ranieri, 148'den Özek Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İÜ Yayını, İstanbul, 1967, 347.

<sup>17</sup> Carfora, 356; Florian 481; Antolisei II, 849; Bricola, 122; Maggiore, 92; Tuozzi II, 106'dan Özek, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, 346.

tipi” ile korunmak istenen hukuki değer açısından “ağır ve yakın zarar tehlikesi” yaratıldığının varsayılmış olmasıdır<sup>18</sup>.

Kanun’un bu fiilleri tamamlanmış suç gibi cezalandırmaması, hazırlık hareketleri olmadığı anlamına gelmez. Örgütlenen kişiler, kanunun belirlediği suçları işlemek amacıyla hareket etmekte ve bu amaçlarına ulaşmak için örgüt kurmaktadır. Örgütlenme, nihai amaç değildir, amaca ulaşma açısından bir araçtır. Örgüt kurulduktan sonra amaç suçların işlenmesine başlanacaktır. Öyleyse bu fiiller, esas amaç edinilen suçların hazırlık hareketi niteliğindedirler. Ancak bu hazırlık hareketlerinin yapılması dahi toplum düzeni açısından zarar tehlikesi oluşturduğu için “hazırlık hareketleri cezalandırılmaz” kuralına istisna getirilerek, bağımsız bir suç olarak kabul edilmiş ve yaptırım altına alınmıştır<sup>19</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu çok failli suçtur. Örgütün varlığı için üye sayısının en az üç olması gerekmektedir. Örgütün varlığı için 765 sayılı TCK ve İtalyan Ceza Kanunu’nun 306. maddesinde olduğu gibi herhangi bir sayı öngörülmemiş olsaydı dahi, 220. maddede örgüt kurucularından, yöneticilerinden ve üyelerinden bahsedilmesi ve örgüt kavramının bir birlikliliği ifade etmesi nedeniyle çok failli suç olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun oluşması açısından sürekli bir birliklilik arandığı için çoğunluk görüşüne göre mütemadi (sürekli) suç olarak kabul etmek gerekir<sup>20</sup>.

Azınlık görüşüne göre ise, kamu düzeni ve barışı açısından tehlike oluşturan ve kanuna aykırı bir durum söz konusudur. Hukuka aykırı durum örgütün kurulmasıyla meydana gelmektedir. Sadece örgütün varlığı açısından devam eden ne netice ne de harekettir, sadece hukuka aykırı durum devam etmektedir. Örgütün bağımsız olarak varlığı, mütemadi suç olarak kabulünü gerektirmez. Örgüt amaca ilişkin icra hareketlerine başlamakla mevcudiyetini kaybedeceği için bağımsız maddi bir içeriğe sahip değildir. Suçun mütemadi suç olup olmadığını tespit edebilmek için örgütün mevcudiyetini değil, her bir failin yaptığı harekete bakmak gerekir.

Suçun mütemadiliği, örgütün devamına değil, (zira örgütün devamlılığı hukuka aykırı bir durumun devamıdır) her bir failin yaptığı harekete bağlıdır. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerden bazıları ani niteliktedir. Örneğin başkaca bir faaliyette bulunmaksızın örgütü kurmak hareketi ani niteliktedir. Buna karşılık örgütü, yönetmek mütemadi niteliktedir<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Yargıtay CGK’ nun 20.02.1995 tarih ve E. 1994/9–376, K. 1995/35 sayılı kararı ile CGK’nun aynı yöndeki 19.12.1995 tarih ve E. 1995/9–306, K. 1995/383; 16.04.2002 tarih ve E. 2002/9–103, K. 2002/230; 17.06.2003 tarih ve E. 2003/9–167, K. 2003/193 sayılı kararları için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

<sup>19</sup> Aynı şekilde bkz. Özek, Siyasi İktidar Düzeni, 347.

<sup>20</sup> Manzini, 656; Florian, 529; Faccini, 718; Vannini, 51; Maggiore, 95; Briccola, 126’dan Özek, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, 371; Cass. 25.10.1983, Arancio CED 162278, Cassazione Penale, 1985, 318, Cass. 07.06.1977, Savino CED 136403.

<sup>21</sup> Özek, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, 371–372.

Temadi (süreklilik) örgütün feshedilmesi veya suçun oluşması için aranan minimum sayıdan (3 kişiden) daha az kişi birlikteliğinin söz konusu olması halinde sona erer. Örgüt üyelerinin fiilleri açısından örgütten ayrılmaları ile onlar açısından temadi sona erecektir<sup>22</sup>.

İtalyan doktrin ve içtihatlarında suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun seçimlerli hareketli bir suç mu; birden fazla suç tipi mi yoksa basit ve ağırlaştırılmış şekilde tek suç mu olduğu konusunda tartışma vardır. Bazılarına göre örgüte üye olarak katılma suçun basit şekli olup; öncülük etme, kurma, yönetme, başkan olma ise örgüte üye olma suçunun ağırlatıcı sebepleridir<sup>23</sup>. Bazılarına göre ise bağımsız birden fazla suç tipi söz konusudur<sup>24</sup>. Görüşlerine katıldığımız yazarlara göre ise örgütte gerçekleştirilen görevlere göre farklı ceza öngörülen seçimlerli hareketli bir suç söz konusudur<sup>25</sup>. Suç birden fazla seçimlerli hareketlerden birinin icrasıyla işlenebilir. Örgüt üyeleri amaç suçları işlemek için normda öngörülen birden fazla hareketi yapsalar dahi, örneğin örgütü kuran kişinin aynı zamanda örgütü yönetmesi halinde olduğu gibi, sonuçta seçimlerli hareketli suç söz konusu olduğundan tek suçtan sorumlu olacaklardır<sup>26</sup>.

Doktrinde hakim görüşe göre suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur<sup>27</sup>. Belirli bazı suçların işlenmesi için örgütlenme başka ceza normları tarafından ayrıca özel olarak düzenlenmiş ise genel ve tamamlayıcı hüküm niteliğinde cürüm için örgütlenmeye ilişkin hüküm değil, özel hüküm uygulanır<sup>28</sup>.

## V- Benzer Suçlardan Farkı

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, daha önce ifade ettiğimiz üzere genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Bunun sonucu olarak da belirli bazı suçların işlenmesi için örgütlenmenin özel olarak düzenlendiği suçlarla arasında özellik ilişkisi bulunmaktadır. Örneğin silahlı örgütlenme<sup>29</sup>, uyuşturucu ticareti amaçlı örgüt-

<sup>22</sup> Cass. 21.5.1998, Maccari, CED, Cass. n. 21885; Lattanzi Giorgio-Lupo Ernesto, Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Volume V, I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, Giuffrè, Milano, 2000, 327.

<sup>23</sup> Antolisei, 239; Marini, Ordine Pubblico, Novissimo Digesto, V, 574.

<sup>24</sup> Contieri, 67; De Francesco, 298; Manzini, VI, 205; Cass. 11.6.1985, R. Pen. 1985, 576; Cass. 8.2.1983, R. Pen., 1984, 948; Cass. 30.10.1972, Cass. Pen. 1974, 745.

<sup>25</sup> Boscarella, 872; Spagnolo, 91; Turone, 290; Özgenç, 273.

<sup>26</sup> Cass. 21.5.1998, Maccari, CED, Cass. n. 21885; Lattanzi Giorgio-Lupo Ernesto, Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Volume V, I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, Giuffrè, Milano, 2000, 327.

<sup>27</sup> Lattanzi-Lupo, Delitti Contro l'Ordine pubblico, Milano, 2000, 109; Spagnolo, 174; Ingroia, 44 vd.

<sup>28</sup> Fiandaca-Musco, Parte speciale, I, 357; Önder, 426. Yargıtayımız da bu görüştedir. Bu yöndeki karar için bkz. YCGK. 3.2.1986, 509/42 sayılı kararı için Savaş-Mollamahmutoğlu, c.2 3034.

<sup>29</sup> Evik Vesile Sonay, "Silahlı Örgütlenme Suçu", GSÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, 101-133.

lenme<sup>30</sup>, kaçakçılık amaçlı örgütlenme<sup>31</sup>, terör amaçlı örgütlenmeler<sup>32</sup> belirli suçların işlenmesi için örgütlenmeye ilişkin özel suç tipleridir. Bu suçlarda söz konusu olan örgüt, amaçları ve araçları itibarıyla genel olarak suç işlemek amacıyla kurulan örgütten ayrılmaktadır.

TCK'nun 220. maddesinde öngörülen suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu ile silahlı örgütlenme suçu<sup>33</sup>, benzer suçlar olmakla birlikte aralarında farklar bulunmaktadır. Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, diğer örgüt suçlarına göre genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Silahlı örgütlenme suçunu düzenleyen TCK'nun 314. maddesinin, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçuna ilişkin hükümlerin bu suç açısından uygulanacağını öngörmesi de bu nedenledir.

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda örgütün işleyebileceği suçlar özel olarak belirlenmemiştir. Silahlı örgütlenme suçu açısından ise, örgütün devletin güvenliği ve anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulması aranmıştır. Ayrıca silahlı örgütlenme suçunda, adından da anlaşılacağı üzere örgütün silahlı olması gerekmektedir. Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda ise, örgütün silahlı olması suçun unsuru değil, ağırlatıcı nedenidir. İki suç arasındaki bir diğer fark da; amaç ve kullanılan araç açısındandır<sup>34</sup>. TCK'nun 314. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü bunun dışındaki unsurlar açısından ortak hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür.

TCK'nun 316. maddesinde öngörülen suç için anlaşma suçu ile suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu arasında önemli farklılıklar vardır. Normda suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu açısından amaç suçlar belirlenmemiştir. Buna karşılık suç için anlaşmanın, devletin güvenliği ve anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişine karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere olması gerekmektedir. Ayrıca suç için anlaşma suçu, iki veya daha fazla kişinin araç ve amaç açısından maddi olgularla belirlenen bir biçimde fikri anlaşmalarıyla oluştuğu halde, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu en azından üç kişinin, organize bir yapı oluşturmasıdır. Suç için anlaşmada bir örgütlenme dolayısıyla hiyerarşik, organize bir yapı söz konusu değildir, sadece maddi olgularla belirlenebilen fikri bir anlaşmanın yapılmış olması gerekmektedir. Suç için anlaşmadan maksat, birkaç kişinin araç ve amaç açısından fikri anlaşmalarıdır. Diğer bir deyişle örgüt oluşturmaksızın belirli suçları belirli amaçlarla işlemek üzere birkaç kişinin gizlice anlaşmasıdır<sup>35</sup>.

Suç işlemek amacıyla örgütlenmede örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sa-

<sup>30</sup> Erman Sahir- Özek Çetin, Kamunun Selameti Aleyhine Cürümler, İstanbul, 1995, 294 vd.

<sup>31</sup> Erman Sahir, Ticari Ceza Hukuku, İstanbul, 1992, 135 vd.

<sup>32</sup> Zafer Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul, 1999, 140 vd.

<sup>33</sup> Evik Vesile Sonay, Silahlı Örgütlenme Suçu, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1,101

<sup>34</sup> Dolcini-Marinucci, 1668; Evik Vesile Sonay, "Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme", Prof. Dr. Çetin Özek'e Armağan, İstanbul, 2004, 374.

<sup>35</sup> Özek, Siyasi İktidar Düzeni, 395-397.



yısı amaç suçları işlemeye elverişli, uygun olmalıdır. Suç için anlaşmada da elverişli vasıta, araç aranmaktadır. Aradaki fark, birinde organize yapıda bir örgütün varlığı, diğlerinde ise maddi olgularla belirlenebilen gizli bir anlaşmanın varlığıdır.

## VI- Fail

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu çok failli bir suçtur. TCK'nun 220. maddesi suçun oluşması için Türkiye'nin imzalamış olduğu "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"<sup>36</sup> hükümlerine uygun olarak, üç kişinin birlikteliğini yeterli görmüştür. Yabancı ülke kanunlarına baktığımızda Almanya, Fransa, İsviçre, İspanya, Avusturya, Portekiz gibi pek çok ülke ceza kanunlarının örgütün varlığı için belirli üye sayısı öngörmediğini görüyoruz<sup>37</sup>. Kanaatimize göre üç kişinin birlikteliği bu suçla korunan hukuksal değerin tehlikeye sokulduğunun kabulü için yeterli değildir. Örgütün üye sayısı konusunda herhangi bir sayı öngörmemek, korunan hukuksal değeri tehlikeye sokabilecek elverişlilikte üye sayısını, somut olayın şartlarına göre değerlendirerek, örgütün varlığını kabul etmek en doğru çözüm yolu olacaktır.

Somut olayda hâkim suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun oluşması açısından korunan hukuksal değeri tehlikeye sokabilecek nitelikte bir örgütlenme olup olmadığını örgütün üye sayısı ile araç ve gereç açısından amaç suçları işlemeye elverişli, uygun olup olmadığına göre değerlendirmelidir. Nitekim TCK'nun 220. maddesinde örgütün yapısının, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması aranmıştır. Hâkim somut olayda örgütün yapısını, örgüt üyelerinin sayısal durumunun, kullandığı veya potansiyel olarak kullanacağı araçları amaç suçları işlemeye uygun ve elverişli olup olmadığını, örgütün potansiyel olarak korunan hukuksal değeri tehlikeye sokabilecek nitelikte olup olmadığını hususlarını birlikte değerlendirmelidir<sup>38</sup>.

Yargıtay'ımızın verdiği kararlara göre de örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Bu yönde verilen kararlarda "ileride işlenmesi olası olan suçların önlenmesine yönelik olarak kamu için tehlike oluşturabilecek birleşmelerin engellenmesi olması nedeniyle, suçun oluşabilmesi için bir suç işlemek amacıyla oluşturulmuş basit bir birleşmeden ziyade, belirsiz sayıda amaç suçun işlenmesi amacıyla gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişkiye dayalı olarak meydana getirilmiş, sürekli bir birleşmenin bulunması gerektiği, zira örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belirli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil

<sup>36</sup> TBMM 4800 sayılı Kanunla bu sözleşmenin onaylanmasını uygun bulmuştur (R.G. 4.2.2003/25014).

<sup>37</sup> Evik Vesile Sonay, Silahlı Örgütlenme Suçu, GSÜHFD, 2006/1, 103 vd.

<sup>38</sup> Lattanzi- Lupo, I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, 326; Antolisei, Manuale di diritto penale parte speciale, II, 616.

ancak iştirak iradesinden söz edilebileceği” vurgulanmıştır<sup>39</sup>. Kanaatimizce, soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda ancak iştirak ilişkisinden söz edilebilir<sup>40</sup>.

Suçun oluşumu açısından üye sayısı dışında suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Fail, Türk veya yabancı, kamu görevlisi veya değil herhangi bir kimse olabilir.

## VII- Maddi Unsur

Bu suçun maddi unsurunu oluşturan hareket; örgütlenmek, kanunun ifade-siyle örgütü kurmak, yönetmek, üye olmaktır.

### 1- Örgüt Kavramı

Genel olarak örgüt, ortak bir amaç veya işi gerçekleştirmek için kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik olarak tanımlanmaktadır<sup>41</sup>.

Her ne kadar Kanun’da örgütün varlığı için organize bir yapının (organizasyonun) bulunması gereği açıkça öngörülmemişse de, organize bir yapının varlığı zorunludur; ayrıca organize yapı zaten örgüt kavramının içinde gizlidir<sup>42</sup>. Örgütten anlaşılması gereken, , üç veya daha fazla kişiden oluşan, üyeler arasında emir-komuta ilişkisi ve hiyerarşi olan, organize ve disiplinli birliklerdir<sup>43</sup>.

TCK’nun 220. maddesinde organize yapının varlığı örtülü (dolaylı) olarak öngörülmüştür. Buna göre örgüt yapısının sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir. Kanun koyucunun bu unsuru açıkça öngörmemesinin nedeni, değişik alanlarda sürekli gelişen bir örgüt için organizasyonu tanımlamanın imkânsız olmasıdır<sup>44</sup>.

İtalyan doktrinindeki genel kabule göre; organize bir yapının, diğer bir deyişle disiplinli ve hiyerarşik bir yapının varlığı zorunlu unsurdur. Örgütün askeri yapıda

<sup>39</sup> YCGK E. 2009/8-152K. 2009/245 T. 20.10.2009. www.kazanci.com.tr 17.1.2013.

<sup>40</sup> Yargıtay 10. CD’nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498 sayılı kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

<sup>41</sup> Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 2. cilt, Ankara, 1998, 1736; Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin, Ankara, 1996, 646. Sözlük anlamı ile örgüt, genellikle amaçları belirlenmiş oldukça geniş kapsamlı birlik, teşkilattır. Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, c. 15, 9049.

<sup>42</sup> Ingroia, 79’dan Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, 2004, 212; Crespi-Stella-Zuccala, Commenatario Breve Al Codice Penale, 1263.

<sup>43</sup> Keskin Kadri, “Anarşi Suçları”, Adalet Dergisi, 1985, s. 5, 165.

<sup>44</sup> Neppi Modona Guido, “L’associazione di tipo mafioso”, Studi in memoria di Giacomo Delitala, Milano, 1984, 51, Antonini, Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana, Giust. Pen., 1985, II, 288’den Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 212.

olduğu gibi katı hiyerarşik yapılanma içinde olması gerekmemekteyse de, disiplinli hiyerarşik bir yapılanmanın varlığı aranmaktadır. Örgütün bir liderinin, başkanının olması zorunlu değilse de, örgütün kurulma amacını gerçekleştirmesi için üyeler arasında uygun bir bağın varlığı zorunludur<sup>45</sup>.

İtalyan Yargıtayı'na göre suç işlemek amacıyla örgütün varlığından söz edebilmek için üç temel unsur gerekmektedir. Birinci olarak, sürekli olan örgütsel bir bağın bulunması, amaçlanan suçların işlenmesinden sonra da örgütün devamlılığı, ikinci olarak örgütlenmeyi suça iştiraktan ayıran suç programının belirsizliği, üçüncü olarak minimum da olsa organize bir yapının varlığı<sup>46</sup>, amaç suçların işlenmesi açısından elverişli, uygun bir organize yapının varlığı şarttır<sup>47</sup>.

Yargıtay'ımızın kararlarına baktığımızda örgütün tanımının şu şekilde yapıldığı görülmektedir: Örgütün varlığının kabul edilebilmesi için üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak, sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir<sup>48</sup>.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre organize yapının varlığı zorunludur. Buna göre örgüt, eylemleri ortaklık unsurlarını içerecek biçimde belirsiz suçları işlemek üzere emir ve komuta zinciri altında, üyelerinin suç işleme bakımından iş bölümü yapmaları halinde var olmaktadır. Kısacası, örgüt birden fazla kişi arasında bir anlaşma şeklinde değerlendirilmektedir<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Dolcini-Marinucci, 1657.

<sup>46</sup> İtalyan Yargıtayı'na göre organize yapının varlığından bahsedebilmek için iç hiyerarşik yapılanmanın askeri birliklerdeki gibi katı olmasına gerek yoktur, gevşek, basit bir hiyerarşik yapılanma da olabilir, örgüt üyeleri arasında görevlerin bölüşülmüş olması da gerekmemektedir. Önemli olan belirsiz sayıda suçların işlenmesi şeklindeki suç programının gerçekleştirilmesi amacıyla örgütsel bağın meydana getirilmiş olmasıdır. Cas. sez. VI 98/210520; Cas. sez. I 94/200684; Cas. sez. VI 92/190879; Cas. sez. I 90/184807; Cas. sez. I 90/186923 bkz. Crespi-Stella-Zuccala, 1263.

<sup>47</sup> Cas. I. sez. 98/211403. bkz. Crespi-Stella-Zuccala, 1263.

<sup>48</sup> Y.CGK. E. 2006/10-253 K. 2007/80T. 3.4.2007; Yargıtay 10. CD'nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498; Y.10. C.D. E. 2007/24007 K. 2008/2808 T. 21.2.2008 sayılı kararları için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

<sup>49</sup> Yargıtay CGK' nun 01.02.2000 tarih ve E. 8-299 K. 1 sayılı "Öğreti ve yargısal kararlarda belirtildiği gibi, madde de öngörülen teşekkül, basit bir birleşme değil, birden çok veya belirsiz sayıda suçların işlenmesi yönündeki birleşmeyi zorunlu kılar. Suçu basit birleşmeden ayıran, devamlılık ve birden fazla suç için olma, diğer bir anlatımla sürekliliktir. Bunun doğal sonucu olarak ta teşekkülün oluştuğunun kabulü için planlı bir ortaklık ve eylemleri paylaşma gerekir. Ancak teşekkülün

Bir başka kararda “*sanıkların önceden anlaşılıp organize olmadan suçun oluşmayacağı*”<sup>50</sup> belirtilirken, bir başka kararda “*aralarında önceden anlaşılıp işbölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmemiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşip birleşmediklerine*” bakılmasının gerekli olduğunun vurgulandığı görülmektedir<sup>51</sup>.

Bir diğer karara göre ise; suç işlemek için düzenli ve planlı ortaklık, yönetim, dayanışma ve disiplin gibi öğelerle bir araya gelinmediğinde suçun yasal unsurları oluşmamaktadır<sup>52</sup>.

Başka bir karara göre ise; örgütün mensupları arasında düzenli, planlı ve eylem paylaşması olması zorunlu bir öğe olmamakla birlikte, örgütün bünyesinde yönetim, yönetici, dayanışma ve disiplin bulunması ayrıca belli suçların işlenmesi için irade birliğinin var olması, söz konusu suçun suç ortaklığından ayırmaktadır<sup>53</sup>. Yeni tarihli kararlarında “*örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gerektiği, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da arandığı, örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu olmadığı, soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebileceği*” vurgulanmıştır<sup>54</sup>.

şeklinin ve hiyerarşik yapılanma biçiminin suçun oluşmasında önemi yoktur.” şeklindeki kararı için bkz. Ünver Naci, Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak, 37–44. Benzer şekilde CGK’ nun 13.04.1987 tarih ve 8–42/211; As. Yrg. Drl. Krl.’nun 03.06.1982 tarih ve 108/108; As. Yrg. Drl. Krl.’nun 13.12.1984 tarih ve 1984/260–252 sayılı kararları için bkz. Savaş Vural-Mollamahmutoglu Sadık, Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, c.2, Seçkin, Ankara, 1999, 3033–3037. “Sanıkların T.’nin liderliğinde bir araya gelerek tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı içinde hareket ettikleri anlaşılacakla, sanıklar T. ve R.’nin örgüt kurma ve yönetme, diğer sanıkların örgüt üyesi olma suçundan dolayı cezalandırılmaları gerekir”. Y.8.C.D. E. 2008/12977 K. 2009/9829 T. 25.6.2009. www.kazanci.com.tr. 15.01.2013.

<sup>50</sup> Yargıtay 8. CD’nin 22.05.2000 tarih ve E.10828, K.9312 sayılı “Önceden belli bir amaç etrafında organize hale gelmedikleri beyan etmişler ve beyanlarının aksi de ispat edilememiştir”. As. Yar. Krl. 17.03.1988, 12/15; “Suç tarihinde Taşucu Beldesinde bir kişinin öldürülmesi olayı nedeniyle belde halkı arasında oluşan toplu heyecan ve tepki üzerine bir kısım sanığın içerisinde bulunduğu büyük bir kalabalık tarafından kimi kişilerin işyeri ve otosunun taşlanması, patlayıcı madde atılması biçiminde gelişen olaylar zincirinde sanıkların önceden tasarlama ve organize olma ve fikir birliğine vararak suç işlemek için teşekkül oluşturduklarından söz edilemeyeceği, gerçekleştirdikleri eylemleri nedeniyle cezalandırılacakları gözetilmeden mahkûmiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmektedir” şeklindeki kararı için bkz. Ünver, 67–69.

<sup>51</sup> Yargıtay 8. CD’nin 10.07.2000 tarih ve E.10810, K.13581 sayılı kararı için bkz. Ünver, 64–65.

<sup>52</sup> Yargıtay 8. CD’nin 03.07.1986 tarih ve 2763/4070 sayılı kararı için bkz. Savaş-Mollamahmutoglu, 3038.

<sup>53</sup> As. Dr. Kr.’nun 13.12.1984 gün ve E. 1984/260, K. 1984/252 sayılı kararı için bkz. Savaş-Mollamahmutoglu, 3037.

<sup>54</sup> Y.10. C.D. E. 2011/9702 K. 2011/55850T. 12.10.2011. YCGK’na göre “somut olaya bakıldığında-

Bir başka kararda ise “*sanığın sübutu kabul olunan eyleminin amaç suçun işlenmesi doğrultusundaki örgütsel bağlılık ile ülke genelindeki organik bütünlüğüne göre, amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte olduğu*” belirtilmiştir<sup>55</sup>.

Örgütün varlığı için organize bir yapıdan başka, süreklilik de vazgeçilmez bir unsurdur. Örgüt amaçlanan suçların işlenmesi aşamalarından bağımsız olarak zaman içinde varlığını sürdürmelidir. Örgütün kurulduktan kısa bir süre sonra yetkili makamlar tarafından tespit edilmesi ve bunun sonucunda üyelerinin yakalanması süreklilik unsurunun gerçekleşmediğini göstermez. Önemli olan örgütün sürekli olarak belirli amaçları gerçekleştirmek için kurulmuş olmasıdır. Diğer bir deyişle, süreklilik unsurunun varlığı açısından, kanunda belirtilen amaçları gerçekleştirmek için bir süreye sahip olamamış olması önemli değildir<sup>56</sup>.

Yargıtay’a göre de örgütün suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir<sup>57</sup>. Suçu basit birleşmeden ayıran devamlılık ve birden fazla suç için olma, diğer bir deyişle sürekliliktir<sup>58</sup>.

## 2- Örgütlenme ve Uygunluk

Örgütün kurucusundan üyesine kadar bütün mensuplarının, suçları işlemek için irade birliği şeklinde birleşmeleri gerekmektedir. Örgütün varlığını ve işlevini gerçekleştirmesi açısından zorunlu olan suç faaliyetlerinin yapılması için sürekli bir örgütsel bağ, bir anlaşma, bir birliktelik söz konusudur.

Yargıtay’ımızın yerleşik içtihadına göre “örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil

---

da; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olduğu anlaşılmakta ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan durum karşısında sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK.nun 220. maddesinin uygulanmasının koşulları bulunmadığı” sonucuna ulaşılmıştır. Y.CGK. E. 2006/10-253 K. 2007/80T. 3.4.2007.www.kazanci.com.tr. 17.01.2013.

<sup>55</sup> Y.9. C.D. E. 2009/18816 K. 2010/4964 T. 5.5.2010. www.kazanci.com.tr. 17.01.2013.

<sup>56</sup> Antonini, 309; Manzini, VI 195-196’den Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 216; Crespi-Stella-Zuccala, 1263.

<sup>57</sup> Yargıtay 10. CD’nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498; Y.CGK. E. 2006/10-253 K. 2007/80T. 3.4.2007 sayılı kararları için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

<sup>58</sup> Yargıtay CGK’ nun “Suçu, basit birleşmeden ayıran devamlılık ve birden fazla suç için olma, sürekliliktir. Bunun sonucu olarak planlı ortaklık ve eylemleri paylaşma unsurları da gereklidir” şeklindeki 13.04.1987 tarih ve 8-42/211 sayılı kararı için bkz. Savaş-Mollamahmutoğlu, 3032. CGK’ nun 03.02.1986 tarih ve 509/42 sayılı aynı yöndeki kararı için bkz. Savaş-Mollamahmutoğlu, 3034. “Amaç suç, Devletin yıkılmasına, Anayasanın zorla değiştirilmesine yönelik toplum düzeni açısından ciddi tehlikeler doğuracak nitelikte olması nedeniyle, bu tür fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik kurulan silahlı örgütün basit ve kısa süreli bir örgüt olarak kabulü mümkün değildir. Örgütün amaç suçların işlenmesini sağlamaya yönelik uzun süreli bir oluşum olması zorunludur. Hâkim somut olayda örgütün bu nitelikte olup olmadığını değerlendirecektir.” Kurt, Terör Suçları, 200.

gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir. Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olması, suç işleme amacı etrafında somut hiyerarşik bir yapılanma ve bu yapılanma içerisinde suç işleme iradelerinde devamlılık zorunludur<sup>59</sup>.

Yargıtay'a göre üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır.

Mademki, kanun koyucunun amacı zarar tehlikesini önlemek, o halde eylemin suç sayılabilmesi için korunan hukuksal değer olan kamu düzeni ya da kamu barışı açısından zarar tehlikesi yaratmaya uygunluk mutlaka aranmak gerekir. Bu şekilde uygunluk aranmaksızın eylemin cezalandırılması, normun kapsamı dışında eylemlere uygulanması anlamına gelecektir. Uygunluk ise eylemin ancak somut zarar tehlikesi yaratması durumunda varsayılabilir<sup>60</sup>. Dolayısıyla her somut olayda eylemin normun önlemek istediği tehlike neticesini yaratmaya uygun olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

Suçun gerçekleşmesi açısından örgütlenme eyleminin kamu düzeni açısından zarar tehlikesi yaratmaya uygun olup olmadığını belirlemek için de öncelikle örgütün organize yapısının bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan örgütün üye sayısı, hiyerarşik yapılanma, işbölümü (kesin olarak belirlenmiş olmasa da genel olarak görevlerin dağıtılmış olması), kullandığı araç ve gereçler (örgütün kullanımında olan silahların niteliği ve niceliği) ve suçun varlığı için aranan diğer unsurlar (süreklilik) açısından örgütün programını, amaçlarını gerçekleştirmeye somut olarak uygun-elverişli olup olmadığı araştırılmak gerekir<sup>61</sup>. Nitekim TCK'nun

<sup>59</sup> Y.CGK. E. 2009/8-152, K. 2009/245 T. 20.10.2009; Y.10. C.D.E. 2010/41378 K. 2011/1746, T. 3.2.2011; Y.10. CEZA DAİRESİ E. 2011/9702 K. 2011/55850, T. 12.10.2011.www.kazanci.com.tr. 17.01.2013.

<sup>60</sup> Özek Çetin, Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu Sempozyumu, (21 Nisan 1995) İstanbul, 1996, 31; Daragönlü Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, 185-186.

<sup>61</sup> Dolcini-Marinucci, 1657. İtalyan içtihadına göre örgütsel yapının uygun-elverişli olmaması suçun varlığını ortadan kaldırmaktadır. Cass. 28.4.1983, Alunni, CED.159811, Cassazione Penale, 1985, 1355. Örgütsel yapının basit olması, hiyerarşik yapılanma ve işbölümünün olmaması, araç ve gereçlerin amaç suçların işlenmesi açısından yetersiz olması hallerinde bu suçun işlenmiş sa-

220. maddesi yerinde olarak, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişliliğini (uygunluğunu) aramıştır. Dolayısıyla, örgütlenme suçu, amaç suçları işlemeye uygunluğun gerçekleşmesiyle oluşacaktır<sup>62</sup>.

Örgütün organize yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile örgütün amaç suçlarını gerçekleştirmeye ve dolayısıyla da kamu düzeni açısından tehlike yaratmaya uygunluğu aranacaktır. Ancak bu yeterli değildir. Ayrıca örgütün sürekliliğinin de, amaç suçlar işlendikten sonra örgütün yenilenerek, tekrarlanarak kullanılan bir yapı ve dolayısıyla örgütlenmeye sürekli suç olma özelliğini verecek şekilde ona uygun olması gerekir.

Kanun koyucunun bu suçu öngörmekteki amacı, iştirak gibi basit birleşmeleri cezalandırmak değil, korunan hukuksal değerler açısından tehlike oluşturabilecek eylemleri yaptırım altına almaktır. Böyle bir durum ise birden çok ve hatta belirsiz sayıda suçların işlenmesi yönündeki birleşmelerdir. Dolayısıyla amaçlanan suçların işlenmesinden sonra da örgütün sürekliliğini devam ettirecek yapıda, ona uygun olması da aranmak gerekir.

Son olarak da örgütün kullandığı araç ve gereçler açısından amaç suçları işlemeye elverişliliği (uygunluğu) ve sonuçta da kamu düzen (ya da kamu barışı) açısından tehlike yaratmaya uygunluğu aranmak gerekir.

Hâkim somut olayda uygunluğu tespit ederken, örgütün özelliklerini, özellikle organize yapısını, üye sayısını, örgütün hiyerarşi ve işbölümü açısından yapılanmasını, örgütün sürekliliğini, örgütün araç ve gereçler açısından amaç suçları işlemeye uygunluğunu, önce teker teker, sonra bütünüyle değerlendirmelidir<sup>63</sup>.

Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir<sup>64</sup>.

Örgütlenme, suça iştirak kavramını aşan bir oluşumdur. Bilindiği üzere suça iştirak tek kişi tarafından işlenebilen belirli bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesidir. Çok failli suç niteliğinde olan örgütlenme suçlarında ise suçun oluşması için birden fazla failin katılımı zorunludur. Suça iştirakte belirli bir veya birden

yılamayacağı konusunda bkz. Cass. 25.10.1983, Arancio, CED. 162280, CP. 1985, 319; Cass. 14.11.1985, Andriani, CED. 171699, CP 1987, 1100.

<sup>62</sup> Antolisei, Manuale di diritto penale parte speciale II, 616; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, IV, 728; Ronco, Banda Armata, Enciclopedia Giuridica Treccani, IV, 1988, 1.

<sup>63</sup> Cass. 05.11.1979, Mannolo, Giust. Pen., 1980, II, 279; Cass. 12.07.1982, Sentinella, Cass. Pen. 1984, 63.

<sup>64</sup> Yargıtay 10. CD'nin 15.02.2006 tarih ve E. 2005/19703, K. 2006/2202; 16.03.2006 tarih ve E. 2006/565, K. 2006/3869; 30.03.2003 tarih ve E. 2006/1054, K. 2006/4780; 22.06.2006 tarih ve E. 2006/5542, K. 2006/8498 sayılı kararları için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

fazla suçun işlenmesi hakkında anlaşma ani ve tesadüfî şekildedir. Örgütlenmede ise, birden fazla belirsiz sayıda suçun işlenmesine yönelik bir programın gerçekleştirilmesi amacıyla failer arasında sürekli bir örgütsel bağ söz konusudur. Örgütlenme suçunun cezalandırılması için amaç suçların işlenmesine gerek olmadığı gibi, amaç suçlar işlendikten sonra da örgütün varlığı devam eder. Suça iştirakin cezalandırılabilmesi için ise, en azından, iştirak iradesi kapsamındaki suçun icrasına başlanmak gerekir. Ayrıca örgütlenme suçunda korunan hukuksal değer açısından zarar tehlikesi söz konusudur. Amaç suçların işlenmesine başlanmasa da, sadece bu amaçla bir araya gelerek örgütlenme, kamu düzeni açısından zarar tehlikesi meydana getirir. Amaç suç açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu hareketler, korunan hukuksal değerlerin ihlali açısından önemli kabul edildikleri için sırf bu nedenle cezalandırılmaktadırlar<sup>65</sup>.

### 3- Örgüt Kurma

Örgütlenmenin seçimlik hareketlerinden biri olan örgüt kurma, kişilerin bir araya getirilmesi ve araçların sağlanmasıyla örgütün bağımsız bir varlık olarak var olmasını sağlayacak şekilde meydana getirilmesi, oluşturulmasıdır<sup>66</sup>.

İtalyan Yargıtay'ına göre örgütün kurulması, kişilerin (üyelerin) tedarik edilmesi, görevlerin belirlenmesi, araçların sağlanması aracılığıyla örgütün var olması koşullarının gerçekleştirilmesidir<sup>67</sup>. Yabancı ülkelerdeki düzenlemeleri incelediğimizde ayrıca örgütün kurulmasına öncülük edenlerin de cezalandırıldığını görüyoruz. TCK'da ise örgütün kurulmasına öncülük etme cezalandırılmamıştır. Dolayısıyla örgütün kurulmasına yönelik hareketler ancak teşebbüs olarak nitelendirilebilir.

Örgütlü suçlarda topluluk söz konusu olmasına rağmen kurucunun tek kişi olması ve tek kişi tarafından kurulan bir örgüte başkalarının katılması mümkündür. Ancak tek kişi tarafından kurulmuş olup da, kimsenin katılmadığı bir örgüt düşünülemez. Nitekim Yargıtay'ımız kaçakçılık amacıyla örgüt kurma için bir şahsa yazılan mektubun bu kimsenin eline geçmemesi ve teklifin onun tarafından kabul edilmemesi halinde örgütün kurulamayacağına karar vermiştir. O halde örgüt kurucusu tek kişi dahi olabilir. Ancak, örgütün varlığı için kurucu tarafından belirli amacı gerçekleştirmek üzere açıklanan teklifin en az iki kişi tarafından kabul edilmesi gerekir<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Cass. V. 1999/213096, Crespi, Stella, Zuccalà, Commentario al Codice Penale, Cedam, Padova, 2000, 119.

<sup>66</sup> Manzini Vincenzo, Trattato di diritto penale, IV, 732, 368.

<sup>67</sup> Cass. Torino, 23.6.1978, Curcio, Rivista Penale, 1978, 1004'den Dolcini-Marinucci, 1659.

<sup>68</sup> Erman Sahir, Ticari Ceza Hukuku, İstanbul, 1992, 135–136.



#### 4- Örgütü Yönetme

Örgütü yönetmek, hiyerarşik olarak örgütün başında olup, inisiyatif, emir, kumanda ve karar verme gücüne sahip olarak, örgütün amaçlarını gerçekleştirme- si için örgütü yönlendirmek, idare etmektir. Diğer bir deyişle, örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi, örgütü bu amaçlar için etkili ve uygun kılmak için örgüt üyeleri arasında koordinasyon, bilgi, araç gibi unsurların sağlanması şeklinde örgütün or- ganize edilmesidir<sup>69</sup>.

#### 5- Örgüte Üye Olma

Örgüt üyeleri, örgüt kurucuları, yöneticileri dışında kalan kişilerdir. Doktrin- deki bir görüşe göre örgüte üye olmak, örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel değer taşıyan bir katkı sağlamak demektir. Ancak bu katkının mutlaka maddi olması gerekmez. Örgütün emrine amade olduğunu kabul etmek ve bunun sonucunda gerektiğinde onu kullanabilmeyi bilmek de örgütü güçlendiren bir kat- kıdır. Dolayısıyla bu katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilecektir. Örgütün emrine amade olduğunu kabul etmek de gerektiğinde onu kullanabilmeyi bilmek de örgütü en azından potansiyel açıdan güçlendiren bir katkıdır. Dolayısıyla örgü- tü kişi açısından güçlendirme şeklindeki hareket de üye olarak kabul edilmek için yeterlidir<sup>70</sup>.

Ancak, örgütün emrine amade olduğunu açıklamak şeklindeki bu katkının ispatı pratikte çok zordur. Özellikle yasadışı faaliyetler gösteren, gizliliği esas olan bu tip örgütlerin üyelerini saptamak son derece güçtür. Sadece örgüte sempati duy- mak, örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayın- ları okumak, bulundurmak, örgüt liderine saygı duymak, örgüt üyesi olarak nite- lendirilemez<sup>71</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise örgüte üye olmak demek örgütün güçlenmesi ya da hayatta kalması açısından somut, fonksiyonel bir katkı sunmaktır. Herhangi bir katkı sağlamaksızın sadece örgütün emrine amade olduğunu kabul etmek üyelik olarak kabul edilemez<sup>72</sup>. Üye olarak kabul edilmek için norm tarafından korunan hukuksal değeri ihlal edecek şekilde örgütün varlığına veya güçlendirilmesine ne- densel açıdan değer taşıyan somut bir katkı sağlanması gerekir<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Dolcini-Marinucci, 1659.

<sup>70</sup> Visconti, "Il tormentato dammino del concorso esterno nel reato associativo", Foro it., 1994, II, 565.

<sup>71</sup> Cass. 13.06.1988, CED-177890, Cass. pen., 1988, 1813; Cass. 13.06.1987'den Crespi, 1063; Bu konuda Türk doktrininde Kurt, örgüt ideolojisinin benimsenmesi, örgüte yakınlık duymak, örgü- tün ideolojisine dair eserleri okumak ve bulundurmak gibi sempatican düzeyindeki hareketlerin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceğini, aksi düşüncenin Anayasa'nın düşünce hürriyetine aykırı olacağını belirtmektedir. Kurt, Terör Suçları, 201.

<sup>72</sup> Insolera Gaetano, L'associazione per delinquere, Milano, 1993, 203; Patalano Vincenzo, L'associazione per delinquere, Napoli, 1971, 185.

<sup>73</sup> Cass. 15.04.1994, Matrone, Cassazione Penale, 1996, 77. Örgüte maddi araçların, bilgi kanal-

Kanaatimize göre üye olarak kabul edilmek için, kişinin örgütün niteliğini ve amaçlarını bilerek, örgütün güçlenmesine ya da hayatta kalmasına katkı sağlanması gerekir. Bu katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Örgüt yapısı içinde herhangi bir görev gerçekleştirilmeden sadece örgütün emrinde her an kullanılabilir şekilde örgüte katılma, örgütü en azından potansiyel olarak güçlendireceğinden üye olarak kabul edilip cezalandırılmak gerekir.

Örgütün niteliğini, amaçlarını bilerek üye olarak katılmak istemeyen ancak, örgüte bir takım katkılar sağlayan kişilerin üyelerden ayrılması gerekir. Örneğin, örgüte sadece silah gibi bazı araçları satan veya örgütün işlediği suçlarda sadece o suç açısından iştirak eden kişiler, örgüte katılma kastları olmadığı için örgüt üyesi olarak nitelendirilemezler<sup>74</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına göre; *“tüm işlemlerin dokuz günlük kısa bir süre içinde gerçekleştiği ve sanığa kod adı da verilmediği ve yasa dışı örgüte kesintisiz, sürekli, uzun zaman devam eden bir yardımı olmadığı dikkate alınarak, kısa bir zaman dilimi içindeki eylemleri; belli bir yoğunluğa ulaşmadığı, örgütle organik bir bağ bulunmadığı, lojistik destek sağlanmadığı için yasa dışı örgüt üyesi olmak suçunu oluşturmamaktadır.”*<sup>75</sup> Yine Yargıtay'ımızın bir diğer kararına göre *“silahlı cemiyet ve çetede amirlik, kumanda ve hususi bir görev almayan, fakat niteliğini bilerek çeteye katılıp, amaca ait konularda irade birliği içinde olarak, çetenin amaçlarını kendi amacına uygun görerek hareket edenler, cemiyet ve çetenin sair efradıdır”*<sup>76</sup>.

Örgüte üye olmak için örgütün niteliklerini bilerek üye olmayı istemek ve örgüte bir katkı sağlamak da yeterli değildir. Suça iştirakten farklı olarak, örgütlü suçlarda üye olma, tek yanlı, kendiliğinden olamaz. Üye olmak için örgütün organları tarafından kişinin üye olarak kabul edilmesi gerekir. Bununla beraber, örgüte üye olarak katılmanın herhangi bir şekilde, bir törenle olması gerekmez, fiilen gerçekleşmesi yeterlidir. Ayrıca örgüt üyelerinin birbirlerini tanımaları zorunlu değildir<sup>77</sup>. Örgüte üye olmak, örgütün kuruluş aşamasında da olabileceği gibi, örgüt kurulduktan sonra da olabilir.

larının sağlanması, söz konusu örgüte üye olma olarak nitelendirilir. (Cass. 28.12.1998, Bruno, Cassazione Penale 1999, 2510).

<sup>74</sup> Örgütün programı arasında olan bir suçun icra hareketlerini gerçekleştiren bir kişi dahi örgüt mensubu silahlı örgütün amacını benimsemeyen örneğin ücret karşılığı veya örgüt amacı dışında başka saik ve nedenlerle bir fiil söz konusu olduğunda failin, örgüt üyesi olarak kabulü mümkün değildir. As. Yrg. 3. D.'nin 03.11.1981 tarih ve E. 333, K. 410'dan Kurt, 202.

<sup>75</sup> Yargıtay CGK' nun 19.12.1995 tarih ve E. 1995/9–306, K. 1995/383 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

<sup>76</sup> Yargıtay CGK' nun 14.05.2002 tarih ve E. 2002/9–101 K. 2002/246 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com.tr>, 15.01.2013.

<sup>77</sup> Spagnolo, 85 vd; De Francesco, Mafia e criminalità organizzata, 35vd, Visconti, RIDPP, 1995, 1329; De Liguori, Concorso, 63 vd; Palazzo, 224; Cass. 06.04.1987, CED–177303, Cass. pen., 1989, 348. Karşı görüşte olanlara göre ise örgütün hayatta kalmasına fonksiyonel bir katkı sağlama durumunda üyelikten bahsedilebilir. Böyle bir hareket olmaksızın sırf örgüte giriş, üyelik olarak kabul edilemez. Insolera, L'associazione per delinquere, 203; Patalano, 185.

### VIII- Manevi Unsur

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu özel kastla işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşması için hareketin bilinmesi ve istenmesi şeklindeki genel kast yeterli değildir. Suç işlemek amacı şeklindeki özel kastla bir örgütü kurmak veya yönetmek veya örgüte üye olmak gerekir<sup>78</sup>. Buradaki özel kast, suçla korunan hukuksal değerler belirlenmesinde önemli olduğu gibi, bu suç açısından uygun hareketin belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir.

İtalyan Yargıtay'ının kararlarına göre özel kastın varlığı, sadece failerin psikolojisinden çıkarılamaz, uygun hareketlerden (amaçlanan suçların işlenmesi için uygun bir organizasyonun, araç ve gereçler) de anlaşılabilir<sup>79</sup>.

### IX- Suçun Özel Oluşum Biçimleri

#### 1-Teşebbüs

Suç işlemek amacıyla örgütlenme bir tehlike suçudur. Amaç suçların işlenmesine yönelik hareketler yapılsa dahi, diğer bir deyişle amaç suç açısından hazırlık hareketleri niteliğinde hareketler yapıldığında (sadece örgütlenme fiili gerçekleştiğinde), suç örgütü kurulduğu, yönetildiği veya üye olunduğu anda suç tamamlanır. Diğer bir deyişle, suçun oluşması için amaç suçların işlenmesine gerek yoktur<sup>80</sup>.

Çok failli bir suç olan suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu, örgütün kurulduğu yerde işlenmiş sayılır. Örgütün faaliyetlerini gerçekleştirdiği, program dâhilindeki amaç suçların işlendiği yerlerin, bu suçun işlendiği yer açısından önemi yoktur<sup>81</sup>.

Bazı yazarlara göre bu suç, amaç suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde ya da tehlike suçu olduğu için bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bu suçlara teşebbüsün cezalandırılması, amaç suçların işlenmesi tehlikesinin cezalandırılması demektir ve bu durumda cezai koruma gereğinden fazla öne alınmış olacaktır<sup>82</sup>.

Çoğunluk görüşüne göre ise, örgütlenmeye ilişkin şüpheye yer vermeyecek uygun hareketlere başlanması halinde teşebbüsten söz etmek mümkündür. Örneğin, bir örgütün kurulmasına rağmen henüz silahlanmanın gerçekleşemediği, sadece silahların sağlanmasına yönelik hareketlerin yapıldığı, ancak silahlar sağlanmadan örgütün polisler tarafından tespit edilerek faaliyetlerine son verildiği durumlarda

<sup>78</sup> C. 30.01.1992, Arbore, CED 189716; C. 14.10.1988, Balestri, CED 181199'den Dolcini-Marinucci, 1662; Fiandaca- Musco, Diritto penale parte speciale, 57.

<sup>79</sup> Cassazione Brescia 02.02.1978, Fumagalli, GM 1979, 424-442'den Dolcini-Marinucci, 1662.

<sup>80</sup> Cassazione 21.03.1983, Bortofotti, CED 160073, Cassazione Penale 1984, 919.

<sup>81</sup> CSU 04.02.1992, Musumeci, CED 191232; Cassazione 08.04.1983 Bombaci, CED 160648; C. 8.6.1982, Bolognini CED 154902.

<sup>82</sup> Fiandaca- Musco, Diritto penale parte speciale, 57.

suç teşebbüs aşamasında kalmıştır<sup>83</sup>. Önceden kurulmuş bir örgüte üye olmak için örgüt yöneticileri ile üye olmak isteyen kişilerin buluşmaları, ancak üyeliğe kabul henüz gerçekleşmeden üye olma girişiminde bulunan kişilerin polisler tarafından yakalanmaları halinde teşebbüs söz konusudur<sup>84</sup>.

Kanaatimize göre bu suç açısından teşebbüs hükümleri somut olayda her bir hareket açısından ayrı ayrı değerlendirilmek gerekir. Bu suçun tehlike suçu şeklinde düzenlenmiş olması teşebbüse engel değildir. Ancak teşebbüsün cezalandırılması açısından TCK'nun 35. maddesinde ifade edildiği üzere, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı değerlendirmesi hakim tarafından çok dikkatli bir şekilde yapılmalıdır. Hazırlık hareketlerinin somut tehlike suçu şeklinde cezalandırıldığı bu tür suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması açısından icra hareketlerinin uygunluğu, elverişliliği değerlendirmesi çok önemlidir. Elverişli, uygun hareketlerle suçun icrasına başlandığı kabul edilebiliyorsa teşebbüs hükümleri uygulanabilir. Buna karşılık elverişli, uygun hareketlerle suçun icrasına başlandığı kabul edilemeyecek hareketler söz konusu ise bu hareketler bu suç açısından hazırlık hareketi olacağından teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olamayacaktır.

Yargıtay'ımız bir kararında “*yapılan ihbar üzerine kollukça takip edilen ve “dur” ihtarına uymayıp kaçan otomobil içinde ele geçirilen örgüt bayrakları, örgütün elebaşına ait posterlerin dağıtılmadan yakalanmış olması ve sanığın bu malzemeler üzerinde parmak izlerinin bulunması karşısında; eylemin silahlı terör örgütüne yardım suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı düşünülmeden tamamlanmış kabul edilerek fazla ceza tayininin hukuka aykırı olduğu*” belirtilerek bu suç açısından teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>85</sup>.

## 2- Suça İştirak

Örgütlü suçlarda iştirakin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır<sup>86</sup>. Örgütlü suçlarda iştirakin söz konusu olamayacağını ileri sürenlere göre, örgüt üyesinin hareketi ile suça iştirak eden şerikin hareketini ayırmak imkânsızdır, çünkü her ikisi de aynı nitelikte hareket ve iradeyle (örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi bilinç ve iradesiyle örgüte katkı sağlamaktadırlar) gerçekleştirmektedirler. Örgütün amaçlarını bilerek ve isteyerek örgüte uygun bir katkı sağlanmışsa örgüt üyeliği söz konusu olur. Sağlanan katkı, belirtilen özelliklere sahip değilse ceza hukuku açısından ya önemi yoktur ya da yardım- yataklık ve benzeri suçlar oluşacaktır<sup>87</sup>.

Ayrıca örgütlenme hareketinin cezalandırılabilmesi için örgüte üye olmak ge-

<sup>83</sup> Palombarini, in CB, art. 306, 682;den Dolcini-Marinucci; 1663; Ronco, Banda Armata, Enciclopedia Giuridica Treccani, IV, 1988, 3; Manzini, IV, 734.

<sup>84</sup> Cassazione Milano, 29.03.1982 tarihli karar için bkz. Dolcini-Marinucci, 1663.

<sup>85</sup> Y.9.C.D: E. 2008/11926 K. 2010/4203 T. 12.4.2010. www.kazanci.com.tr 17.01.2013.

<sup>86</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 321 vd.

<sup>87</sup> Insolera, Il oncorso di persone nel reato in bricola –Zagrebelsky, Giurisprudenza sistematica di diritto penale parte generale, II, Torino, 1996, 582.

rekir. Örgüt üyesi olmayan kişinin cezalandırılması, tipiklik unsurundan yoksun eylemlerin cezalandırılması anlamına gelir ve bu da yasallık prensibini ihlal eder. Ayrıca ceza sorumluluğunun suça iştirakle bu şekilde genişletilmesi, kişi özgürlüğünün korunması prensiplerini de ihlal eder<sup>88</sup>.

Örgütlü suçlarda iştirakin olabileceğini kabul eden görüşler ise, bu konuda gerek suç tipinin şekli gerekse esası açısından bir problemin olmadığını belirtmişlerdir<sup>89</sup>. Buna göre örgüt üyeliği ile şerik ayrılabilir. Üye, görev ve fonksiyonlarıyla örgütün organik yapısına katılan kişidir. Diğer bir deyişle örgüt programını benimseyerek bir görev, fonksiyon üstlenen kişidir. Şerik ise örgüt üyesi olmayan, diğer bir deyişle örgütün organik yapısına katılmayan ancak (tek bir müdahaleyle de olsa) örgütün hayatta kalmasına geçici bir katkı sağlayan kişidir<sup>90</sup>.

Kanaatimize göre örgütlü suçlara iştiraki engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Örgütün organik yapısına üye olarak katılmamış bir şahıs, suç tipinde tanımlanmayan atipik bir hareketle örgütlü suça iştirak edebilir. Örneğin, bu suçun işlenmesini kolaylaştırabilir veya suçun gerçekleşmesine değişik şekillerde katkı sağlayabilir. Bu katkı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Önemli olan sağlanan katkının suçun işlenmesinde nedensel değeri olan bir katkı olmasıdır. Bu suça azmettirme, teşvik etme, yardım vaadinde bulunma, yol gösterme, örgütün toplanması için yer sağlama, toplantı sırasında gözcülük yapma gibi suçun icrasını kolaylaştırma, araç sağlama iştirak niteliğinde hareketlerdir. Ancak, sağlanan bu katkıların örgüt üyesi olarak kabul edilmeyi gerektirecek nitelikte olmaması gerekir. Örneğin, sağlanan katkının süreklilik arz etmesi durumunda, bu süreklilik, örgütün organik yapısına dâhil olma olarak nitelendirilebiliyorsa örgüt üyeliği söz konusu olacaktır<sup>91</sup>. Buna karşılık örgütün organik, hiyerarşik yapısına dahil olmakla birlikte örgüte dışarıdan yardım eden kişiler, eğer kanunda örgüte yardım suçunun bağımsız bir suç tipi olarak öngörülmüşse, bu hükme göre ya da bağımsız bir suç tipi olarak öngörülmemişse suça iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılmaları mümkündür. Ancak TCK'nun 220. maddesinin 7. fıkrasına göre, örgütün organik yapısına dahil olmadığı için (maddedeki ifadeye göre “hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte”) gerçekte üye olmayan kişiler, örgüte bilerek veya isteyerek yardım ederlerse örgüt üyesi gibi cezalandırılırlar. Kanun koyucu, bu hükümle esasen suça iştirakin çok failli suç açısından özel bir düzenlemesini öngörmüştür. Bu

<sup>88</sup> Crispigni, *Diritto penale italiano*, II, Padova, 1945, 335; Fiandaca-Musco, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 1995, 478; Insolera, *Il concorso esterno nei delitti associativi, la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, *Foro Italiano*, 1995, II, 423 vd; İçtihatla ise Cass. Sz. I. 30.6.1994, n. 2343, 198338; Cass. Sez. I, 27.6.1994, n. 2348, 198329; Cass. Sez. I, 4.7.1987, n.8092, 17634.

<sup>89</sup> Grosso, “La contiguita alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale”, *RIDPP*, 1993, 1185 vd; Pagliaro, *Principi di diritto penale parte generale*, Milano, 1998, 564.

<sup>90</sup> De Liguori, *Concorso e contiguita nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, 154–164.

<sup>91</sup> Evik Vesile Sonay, *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, 314 vd.

hüküm olmasaydı, örgüt üyesi olmayan kişinin örgüte bilerek veya isteyerek yardım etmesi durumunda iştirak iradesiyle hareket edilmesi şartıyla iştirake ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktı. TCK'nun 220. maddenin 7. fıkrası hükmü nedeniyle, esasen suça iştirak olarak nitelendirilebilecek hareketler (yardım etme), örgüt üyeliği olarak kabul edilecek, ancak yapılan yardımın niteliğine göre hakim tarafından takdir edilerek, cezaları üçte bir kadar indirilebilecektir (6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle cezada indirim yapılması öngörülmüştür)<sup>92</sup>.

Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenlemeye yer vermekle güttüğü amacın, her ne olursa olsun suç örgütlenmelerini yaptırım altına almak, örgütün organik yapısına katılmayan dışarıdan kişilerin, her ne şekilde olursa olsun, örgütün hayatta kalmasına veya güçlenmesine katkı sağlayacak biçimde yardımda bulunmasını önlemek olduğu görülmektedir.

Ancak, kanun koyucu, yardımın niteliğini belirlemediği için örgüte bilerek ve isteyerek herhangi bir yardımda bulunan kişi bile bu durumda örgüt üyesi gibi cezalandırılacaktır. Örgüte sadece bir kez önemsiz nitelikte yardımda bulunan bir kişi bile, örneğin örgüt üyeleri arasında bir kez iletişim sağlayan kişi, bu hüküm nedeniyle örgüt üyesi gibi cezalandırılabilir.

Ancak unutmamak gerekir ki, amaç, tek başına, hiç bir zaman vasıtayı haklı göstermez. Kanaatimize göre, örgüt üyesi olmayan kişilerin cezalarında indirim yapılsa da sonuçta örgüt üyesi gibi cezalandırılması, korunan hukuksal değer ihlali açısından nedensel değerleri farklı hareketler olduğu için yerinde olmamıştır. Mademki kanun koyucu, bu kişilerin örgüt üyesi olmadığı için daha hafif cezalandırılmaları gereğini fark etmiştir; o halde yapılması gereken şey, bu filleri, örgüt üyesi olarak nitelendirerek bu kapsamda (üyeğe göre indirilmiş ceza ile) cezalandırmak değil, örgüt veya örgüt üyelerine yardım şeklinde ayrı bir suç olarak düzenlemek olmalıydı.

Kanun koyucunun bu şekilde düzenlemesi nedeniyle bu suça genel iştirak kurallarının uygulanabilmesi ancak manevi iştirak hallerinde olabilecektir. Örneğin, bir kişiyi örgüt kurması, örgüte üye olması yönünde azmettiren, teşvik eden, yardımda bulunacağını vaat eden kişiler iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

Kanaatimize göre örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadığı için aslında örgüt üyesi olarak kabul edilmemesi gereken kişilerin örgüt üyesi gibi cezalandırılmalarına ilişkin düzenlemeler ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırıdır. Olması gereken hukuk açısından örgüt üyelerine veya örgüte yardım niteliğindeki bu tür fiillerin tıpkı İtalyan Ceza Kanunu'nun 307. maddesinde olduğu gibi ayrı

<sup>92</sup> 2.7.2012 tarihli, 6352 sayılı Kanun'un 85. maddesiyle yapılan değişiklik için Resmi Gazete 5.07.2012, S. 28344.

bir maddede örgütlenme suçundan sonraki izleyen maddede ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekir. Böylece hem örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt üyelerine veya örgüte yardım eden kişiler cezasız kalmamakta hem de ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun bir düzenlemeye kavuşulmuş olunur. Nitekim, kanun koyucu, 6352 sayılı yasayla yaptığı değişiklikle, değişiklik öncesi 220. maddenin 7. fıkralarındaki hükmün yerinde, adil bir düzenleme olmadığını fark ederek, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırılık pahasına, suç örgütleriyle mücadelede attığı yanlış adımları geri almaya çalışmıştır. Ancak bunda da başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Normalde örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmadığı için örgüt üyesi olarak kabul edilememesi gereken kişiler, söz konusu düzenleme nedeniyle, sırf örgüte yardım ettiler diye örgüt üyesi olarak kabul edilmekte, ancak hakimin takdirine göre cezalarında indirim yapılabilmektedir. Mademki kanun koyucu bu kişilerin örgüt üyesi olarak cezalandırılmalarının adil olmaya çağını fark edip cezalarında indirim yapılmasının önünü açmakta; o halde neden hala bu kişiler, örgüt üyesi olarak kabul edilmektedir anlaşılamamaktadır. Nitekim kanun koyucu tarafından örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan bu kişilerin cezasında indirim yapılmasını ilişkin hükümlerde, sadece silahlı örgütler açısından uygulanabilecek olan TCK'nun 220. maddesinin 6. fıkrasındaki, örgüt adına suç işleyenlerin örgüt üyesi olmak suçundan dolayı verilecek cezalarının yarıya kadar indirilebilmesi, buna karşılık örgüte yardım edenlerin, örgüt üyeliğinden verilecek cezanın yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilmesi şeklinde aralarında fark yaratması da, gerçekte bu iki fiilin aralarında fark olduğu, dolayısıyla aynı görülmemesi gereğini ortaya koymuştur.

TCK'nun 220. maddesinin 6. fıkrasında ise sadece silahlı örgütler açısından uygulanabilecek bir hükme yer verilmiştir. Buna göre “*örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısında kadar indirilebilir. Bu fıkra hükümleri sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*”<sup>93</sup>.

Silahlı örgütler açısından uygulanabilen bu hükmü düzenleyen kanun koyunun amacının, örgütün organik yapısına katılmayan dışarıdan kişilerin, her ne şekilde olursa olsun, örgütün hayatta kalmasına veya güçlenmesine katkı sağlayacak biçimde örgüt adına suç işlemesini önlemek olduğu görülmektedir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre “*220. maddenin 6. fıkrasında “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı” cezalandırılacağı belirtilmiş, anılan normun konuluş amacı gerekçesinde; “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır.” şeklinde açıklanmış, 765 sayılı TCY'nin*

<sup>93</sup> 11.04.2013 tarihinde kabul edilen 6459 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle TCK 220/6 'ya “bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır” hükmü eklenmiştir.

*sistematîğinden tamamen farklı bir anlayışla düzenlenen maddede, örgütün faaliyetleri doğrultusunda işlenen suçlardan da ayrıca sorumluluk esası kabul edilmiş, yardım etme fiilleri de örgüt üyeliği kapsamında değerlendirilerek, bağımsız bir şekilde örgüte yardım suçuna yer verilmemiş, gösterdiği vahamet dikkate alınarak, yardım fiilleri örgütün niteliğine göre anılan Yasanın 220 ile 314. maddeleri kapsamında yaptırıma bağlanmıştır*<sup>94</sup>.

Kanaatimize göre örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadığı için aslında örgüt üyesi olarak kabul edilmemesi gereken kişilerin örgüt üyesi gibi cezalandırılmalarına ilişkin söz konusu hüküm de, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırıdır. Nitekim kanun koyucu bu hükmün yerinde olmadığını kendisi de sonunda fark ederek, 11.4.2013 tarihinde kabul ettiği 6459 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, her nedense bu hükmün sadece silahlı örgütler açısından uygulanacağını, buna karşılık silahsız örgütler açısından uygulanamayacağını öngörmüştür. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı olarak, örgüt üyesi olmayan kişiyi örgüt üyesi gibi cezalandırmak şeklinde bir tutarsızlık, modern ceza hukuku sistemlerinde hiçbir şekilde kabul edilemez. Silahlı örgütler açısından da bu prensipten vazgeçilmemelidir. Örgüt adına, yararına suç işlenmesi önlenmek isteniyorsa, bu şekilde işlenen suçların cezasının belirli oranda arttırılmasına ilişkin bir düzenleme pekala yapılabilir.

Ayrıca kanun koyucu 6459 sayılı kanunla 6. fıkranın sadece silahlı örgütler açısından uygulanabileceğine ilişkin yaptığı son değişiklikle yeni bir tartışmaya sebebiyet vermektedir. Acaba 6. fıkra hükmü sadece TCK'nun 314. maddesi açısından mı uygulanabilecektir yoksa suç işlemek üzere kurulan silahlı örgütler açısından da uygulanabilecek midir? Kanaatimize göre hükümde "silahlı örgütler" hakkında uygulanacağı öngörüldüğü için, suç işlemek üzere kurulan ancak silahlı da olan örgütler açısından söz konusu hüküm uygulanabilecektir. Aksi takdirde bu hükmün yeri burası değil, TCK'nun 314. maddesi olmak gerekirdi. Kanun koyucu bu hükmü TCK'nun 314. maddesinde değil, 220. maddesinde düzenlediğine göre, sadece devletin güvenliğine, Anayasal düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçları işlemek üzere kurulan silahlı örgütler adına suç işleyen kişiler değil, herhangi bir suçu işlemek amacıyla kurulan tüm silahlı örgütler adına suç işleyen kişiler, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt üyesi gibi (hakimin takdirine göre cezaları yarısına kadar indirilebilmektedir) cezalandırılacaklardır.

TCK'nun 220. maddenin 5. fıkrasına göre örgüt yöneticileri örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. Söz konusu hüküm, örgüt üyelerinin işlediği amaç suçlardan diğer örgüt üyelerinin özellikle de örgüt yöneticilerinin sorumlu olup olmayacakları konusundaki doktrin tartışmalarına özel bir hükümle çözüm getirmiş bulunmaktadır. Bu hükmün değerlendirilmesine geçmeden önce doktrindeki bu tartışmadan söz etmek gerekir.

<sup>94</sup> YCGK. E. 2007/9-282 K. 2008/44 T. 4.3.2008. www.kazanci.com.tr 17.01.2013.



Bir görüşe göre çok failli suça iştirak eden kimselerin, faillerden biri veya bir kaç tarafından amaç suç işlendiği takdirde, iştirak kurallarına göre amaç suçtan sorumlu tutulmak gerekir. Örneğin suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunda hem bu suçun failleri hem de diğer şerikler, icrasına başlanılan amaç suçtan sorumlu olacaklardır<sup>95</sup>.

Bir başka görüşe göre, örgütte nitelikli görevde bulunan kişiler, basit örgüt üyelerinden farklı olarak örgüt içinde gerçekleştirdiği görevin önemi nedeniyle amaç suçların işlenmesi açısından nedensel değer taşıyan bir katkı veya en azından işlenen suça manevi iştirak şeklinde bir katkı sağladığı için ve bunun da ispatı zor olduğu için sorumlu tutulmalıdırlar<sup>96</sup>.

Katıldığımız görüşe göre ise, örgüt üyeleri tarafından amaç suçların işlenmesi halinde sadece iştirak iradesi çerçevesinde maddi veya manevi olarak suçun işlenmesine nedensel değer taşıyan bir katkısı olan kişilerin iştirak ya da dolayısıyla faillik hükümlerine göre sorumlulukları kabul edilebilir. Örgüt üyesi, sırf örgüte üye olması nedeniyle başkaları tarafından işlenen amaç suçlardan sorumlu tutulmamalıdır. Örgüt üyesi olmak, amaç suçlara iştiraktan sorumlu tutulmak için yeterli kabul edilmemek gerekir. Sorumluluk için iştirak iradesiyle suç işlenmesine nedensel değer taşıyan bir katkının sağlanmış olması ya da dolayısıyla faillik<sup>97</sup> durumunun varlığı mutlaka aranmalıdır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ve suça iştirak kuralları da bunu gerektirmektedir.

Sonuç olarak, örgüt yöneticilerinin amaç suça iştirak hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmeleri için iştirak iradesiyle hareket etmeleri ve netice açısından nedensel değer taşıyan maddi veya manevi bir katkının sağlanmış olması ya da dolayısıyla faillik durumunun varlığı gerekir. Genel iştirak, genel azmettirme gibi kavramlar ceza hukukunun genel ilkelerine ve sorumluluğun doğasına aykırıdırlar<sup>98</sup>.

Bu perspektiften baktığımızda, kanunumuzdaki düzenlemenin, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ve suça iştirak kurallarına aykırı olduğunu düşünmek-

<sup>95</sup> İçel Kayıhan, Suçların İçtimai, İÜ Yayını, İstanbul, 1971, 228.

<sup>96</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. Spagnolo Giuseppe, "Il problema dei limiti della responsabilita degli associati per i delitti -scopo commessi da altri associati", RIDPP, 1987, 161.

<sup>97</sup> Bu durumda dolayısıyla fail olarak adlandırılan arka plandaki kişi suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin ve hareketlerinin üzerinde üstün bir hakimiyet kurmaktadır. Dolayısıyla fail, amacına ulaşmak için karar verme imkanı olmayan veya olaydaki müdahalesi kasıtlı olmayan diğer bir kişiyi kullanmaktadır. Bir başka kişiyi araç olarak kullanan dolayısıyla fail, tipikliği gerçekleşmesi için zorunlu olan davranışı bir başkasına yaptırdığı işlenen suçtan sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla faillik, araç olarak kullanılan kişinin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareket etmemiş olmasını gerektirmektedir. Araç olarak kullanılan kişinin hareketinin tipik olmaması, hukuka uygun olması ya da kusurlu olmaması hallerinde dolayısıyla faillik söz konusudur. Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2012, 478.

<sup>98</sup> Özek Çetin, "Silahlı Çete-Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunları", AÜSBFD, C. 49, No: 3-4, Haziran-Aralık 1994 (Prof. Dr. Yılmaz Günel'a Armağan), 358; Özek Siyasi İktidar Düzeni, 344 vd; Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 320.

teyiz. Örgüt yöneticisi olmak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı sorumlu kabul edilmek için yeterli olmamalıdır. Örgüt yöneticisinin işlenen amaç suç açısından sorumlu tutulması gerektiğini düşünenler, bunu genelde, iştirak iradesi ve katkısının ispatının zorluğuna dayandırmaktadırlar. Ancak bu sorunu, sırf ispat zorluğu nedeniyle ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı biçimde çözmek gerekir.

Nitekim İtalyan Yargıtayı'nın verdiği kararlara göre, söz konusu amaç suçlardan diğer örgüt üyelerinin sorumluluğunun kabul edilmesi için ceza sorumluluğunun temel prensiplerine uygun olarak, amaç suçların işlenmesine somut olarak maddi veya manevi bir katkı sağlamış olmaları gerekir<sup>99</sup>. İtalyan Yargıtayı, yönetici olma ile amaç suçlara manevi iştirak nedeniyle sorumluluğun ayırımını yaparak, hiyerarşik açıdan üstte olan yöneticilerin sırf ispat zorluğu nedeniyle diğer örgüt üyelerinin işlediği amaç suçlardan sorumluluğunun kabul edilemeyeceğini, aksi takdirde bir kişinin bulunduğu durum, pozisyon nedeniyle anormal sorumluluk meydana getirilmiş olacağını belirtmektedir<sup>100</sup>.

### 3- Suçların İçtimalı

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunu seçimlik hareketli bir suç olarak kabul ettiğimiz için normda öngörülen hareketlerden birinin veya birden fazlasının yapılması halinde tek suç olacaktır<sup>101</sup>.

Daha önce belirttiğimiz üzere suçun oluşması için amaç suçların işlenmesine gerek yoktur. Amaç suçların da işlenmesi halinde gerçek birleşme kuralları uygulanarak hem örgütlenme suçunun cezası hem de işlenen amaç suçların cezası uygulanır. Nitekim 220. maddenin 4. fıkrası, örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağını öngörmüştür.

### X- Yaptırım ve Usul Hükümleri

Örgütlü suçlarda genelde, failerin hareketlerinin biçimine, esasına, failin suçtaki konumuna, verilen zararın önemine göre farklı cezalar öngörülmektedir. Kanunumuz da bu şekilde, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun faillerinin hareketlerine göre ayrı cezalar öngörmüştür. Örgütü kuran veya yönetenler iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Örgüte üye olanlar ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

<sup>99</sup> Cass. 14.1.1987, Foro Italiano,1988, II, 451; Cass. 3.11.1993, Ferraro, CP. 1995, 1587; Cass. 1.4.1992, Bruno, CP. 1993, 1987. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 321 vd.

<sup>100</sup> Cass. S.U. 21.10.1982, Marino, CP. 1983, 1939; Cass. 9.2.1995, Avanzini, Foro Italiano, 1995, II, 689; Cass. 18.02.1998; Nikolic, Rivista Penale, 1998, 615.

<sup>101</sup> İçel Kayıhan-Evik Ali Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, Beta, 2007, 324.

221. maddenin 1. fıkrasına göre soruşturma başlamadan veya örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz. Diğer bir deyişle, örgüt kurucuları veya yöneticilerinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaları için haklarında henüz soruşturmanın başlamamış olması veya örgütün amacı çerçevesinde herhangi bir suç işlenmemiş olmaları gerekmektedir.

Maddenin 2. fıkrasına göre, örgüt üyesinin örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde hakkında cezaya hükmolunmaz. Diğer bir deyişle, örgüt üyelerinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmeleri için örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olmaları ve örgütten ayrıldıklarını gönüllü olarak ilgili makamlara bildirmiş olmaları gerekmektedir. Başkaları tarafından örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmiş olmasının ya da soruşturma başlatılmış olmasının önemi yoktur.

3. fıkraya göre örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin pişmanlık duyarak örgütün dağılmasına veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde hakkında cezaya hükmolunmaz. Diğer bir deyişle, yakalanan örgüt üyesinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için henüz herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olması ve pişmanlık duyarak örgütün dağılmasına veya üyelerinin yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi gerekir. Burada verilen bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlaması açıkça aranmadığına göre kanaatimizce bunları sağlayacak derecede öneme sahip bir bilgi olması yeterlidir. Bilginin bu nitelikte bir elverişliliğe sahip olup olmadığını somut olaya bakarak hâkim takdir edecektir.

4. fıkraya göre, örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır. Diğer bir deyişle, gönüllü olarak teslim olan kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi yeterlidir. Bu bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olması aranmamaktadır. Kişi bu bilgileri yakalandıktan sonra vermişse cezasından sadece belirli oranda indirim yapılmaktadır.

5. fıkraya göre, etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Buradaki bir yıllık süre kişinin serbest

bırakıldığı andan işlemeye başlar. Denetimli serbestlik tedbiri süresi mahkeme tarafından üç yıla kadar uzatılabilir.

Suç işlemek amacıyla örgütlenmeye ilişkin davalar, 5235 sayılı Kanun'un 10 ila 14. maddelerine göre asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak TMK'nun 10. maddesi uyarınca TCK'da yer alan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, ikinci kitap dördüncü kısmın dört, beş, altı ve yedinci bölümünde yer alan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma aşamalarında TMK'nun 10. maddesi hükümleri uygulanır. Ancak TMK'nun 10. maddesinin son fıkrası uyarınca çocukların bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerinde yargılanamayacağı ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümlerinin çocuklar açısından uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar açısından TMK'nun 10. maddesi kapsamında kurulan mahkemelerin yetkili olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Yargıtay'ımızın bazı kararlarında örgütlenmeden beraat edilse bile bağlantılı olan amaç suçun işlenip işlenmediği konusu özel yetkili mahkeme tarafından sonuca ulaştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre "*Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapma veya sağlama suçunda; yargılamayı yapan, delilleri toplayan, sanıkları dinleyen, delillerle yüz yüze gelen ve delilleri değerlendiren özel yetkili ağır ceza mahkemesidir. Hal böyle olunca mahkemenin örgüt suçlaması ile birebir bağlantılı olan uyuşturucu ticareti suçlamasını da bir çözüme kavuşturması gerekirdi. Özel yetkili mahkemenin de örgütten beraat kararı vermesinden sonra uyuşturucu ticareti iddiasıyla ilgili dava hakkında da bir sonuca varması gerekir. Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararı hukuka uygundur. CMK m.250 (mülga) ile görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin görev alanı CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasında (mülga) sınırlı olarak sayılmıştır. CMK'nın 250. maddesinde belirtilen bu suçlarla bağlantılı olarak işlenen suçlar hakkındaki davaların da davalar arasındaki bağlantı nedeniyle CMK'nın 250. maddesi ile görevli özel yetkili ağır ceza mahkemelerine açılması uygulamada bugüne kadar yerleşmiş bir durumdur*"<sup>102</sup>. Buna karşılık bazı kararlarında ise "*özel yetkili Ağır Ceza*

<sup>102</sup> 5. CEZA DAİRESİ E. 2012/470 K. 2012/397 T. 13.2.2012 Bu kararda: "Sanıklar örgüt üyesi olmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti yapmakla suçlanmaktadırlar. Görüleceği üzere sanıklara yüklenen eylemler açısından kuvvetli bir bağlantı söz konusudur. Bu bağlantı o kadar güçlüdür ki, yapışık ikizlerin birbirinden ayrılması ne kadar zor ise hatta imkansız ise bu davaları da birbirinden ayırmak mümkün değildir. Yapışık ikizlerin birbirlerinden operasyonla ayrıldıklarında bunun ne tür sıkıntılar yarattığı, hatta ölümlerle sonuçlandığı somut olaylarla bilinen bir durumdur. Bu benzetmeden hareketle; bu kadar iç içe geçmiş davaların varlığı

*Mahkemesi'nin yargılama yönteminin kendisine özgü ve belli suçlarla sınırlı olması karşısında, dosyanın görevsizlik kararı ile yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesi gerektiğinin düşünülmemesi hukuka aykırı olduğu*” belirtilerek tam tersi görüş kabul edilmiştir.<sup>103</sup>

Yerinde olduğunu düşündüğümüz bu görüş (bugün için TMK'nun 10. maddesi kapsamında görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri açısından geçerli olacaktır) Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında şu şekilde dile getirilmiştir: “*Anılan suçlar, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan ise veya anılan suçlar örgüte üyelik veya bu mahkemelerin görev alanında bulunan suçların kanıtını ve dayanağını oluşturmakta ise, bu suçlara da aralarındaki zorunlu irtibat nedeniyle, Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesince bakılması zorunludur. Ancak sabit kabul edilen eylemler örgütsel suç kapsamında değerlendirilmeyip, somut olayda olduğu gibi bağımsız suçlar olarak değerlendirildiği takdirde, Özel Ağır Ceza Mahkemesinin yargılama yönteminin kendine özgü ve belli suçlarla sınırlı olması gerçeği karşısında, yapılması gereken işlem 5271 sayılı CYY'nın 252/1-g bendi hükmü de dikkate alınmak suretiyle, görevsizlik kararı verilerek, dosyanın görevsizlik kararı ile görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesinden ibarettir*”<sup>104</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yeni tarihli bir diğer kararında bu görüş aynı şekilde korunmuştur: “*Sanıklar hakkında, suç işlemek için örgüt kurma suçundan açılan kamu davasında, yüklenen suçun sabit olmadığı kabul edilerek, bu suçtan beraat*

---

halinde bu davaları birbirinden ayırmanın ne kadar güç olduğu, bunun yapılması halinde hukuk düzeninde de kalıcı hasarlar bırakacağı açıktır. Örgüt suçlaması ile açılan davadan beraat kararı verilmesinden sonra görevsizlik kararı verilmesi bağlantının diğer ucunda yer alan davanın ise başka bir mahkemede görülmesine karar verilmesi mümkün olmamalıdır. Yargılamayı yapan, sanıkları dinleyen, delilleri toplayan ve değerlendiren, delillerle yüz yüze gelen mahkeme davanın açıldığı özel yetkili mahkemedir. Bu kadar kovuşturma işlemi yapan mahkemenin delilleri değerlendirdikten sonra sadece örgüt suçuna odaklanması, örgütün var olup olmadığını değerlendirmesi, var olmadığı sonucuna ulaştıktan sonra sadece onunla ilgili karar vermesi diğer suçlar yönünden ise görevsizlik kararı vermesi yargılamanın süratle ve en az giderle yürütülmesi ilkesine en başta aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın 141.maddesinin son fıkrası bu konuda açık düzenleme içermektedir (Anayasa m.141/son: “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir”). Dolayısıyla yargılamayı en süratle ve en az giderle yürütmek anayasal bir görevdir. Bu görevin, mahkeme kararında belirtilen ve yerinde olmayan gerekçelerle mahkemece yerine getirilmemesi Anayasa'nın 141. maddesine açıkça aykırıdır. Salt özel yetkili ağır cez mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden soruşturma ve kovuşturma usulünün, tutuklama ve gözaltı sürelerinin farklı olduğundan ve bunların sanığın aleyhine olduğundan söz ederek hukukun öngörmediği ve kabul edemeyeceği başka sonuçlara varılmamalıdır. Kaldı ki usul hükümlerinin farklı olması insan hakkı ihlali olarak da değerlendirilemez. Tüm bu nedenlerle uyuşturucu madde ticareti yapmak amacıyla örgüt kurmak suçlaması nedeniyle belirtilen suçlar yönünden yargılama yapma görevi CMK'nın 250. maddesi ile görevli ve yetkili İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'ne aittir” denilmektedir.

<sup>103</sup> Y.10. CEZA DAİRESİ E. 2011/9702 K. 2011/55850T. 12.10.2011.www.kazanci.com.tr. 17.01.2013.

<sup>104</sup> YCGK. E. 2007/9-282 K. 2008/44 T. 4.3.2008. www.kazanci.com.tr. 17.01.2013.

*kararı verilmiştir. Araç suç niteliğinde olan ve irtibat nedeniyle Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesine düzenlenen iddianamede yer alan hürriyetten yoksun kılma ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçları yönünden ise, Yerel Mahkemece, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmediklerinin kabul edilmiş olması karşısında, 5271 sayılı CYY'nin 252/1-g maddesi uyarınca görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, duruşmaya devamla bu suçlardan sanıkların mahkûmiyetlerine karar verilmesi isabetsiz ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle Özel Dairece, isabetsiz ve yasaya aykırı olan yerel mahkeme hükmünün, saptanan bu usule aykırılık nedeniyle görev yönünden bozulmasına karar verilmesi yerine, bu suçlar yönünden görevsiz mahkemece verilen hükme yönelik esasa ilişkin temyiz incelemesi yapılması da isabetsizdir<sup>105</sup>.*

<sup>105</sup> YCGK. E. 2009/8-111, K. 2010/38, T. 23.2.2010. www.kazanci.com.tr 17.01.2013.

## KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKÂN SAĞLAMA SUÇU

*(Offense of Providing Location and Facility For Gambling)*

Hakan KARAKEHYA\*

### ÖZET

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu, Türk Ceza Kanununun 228. maddesinde, genel ahlaka karşı suçlar başlıklı bölümde düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucu bu suç tipiyle, kumarın toplumda denetimsiz olarak yaygınlaşmasının önüne geçmek istemiştir. Suçun oluşabilmesi için yer ve imkân sağlama şeklindeki unsur hareketlerin her ikisinin de birlikte gerçekleştirilmesi gereklidir. Bu hareketlerden sadece birisinin gerçekleştirilmesi durumunda suç oluşmayacaktır. Bunun dışında manevi unsur bakımından ise yer ve imkân sağlamanın kumar oynanmasına yönelik olması gereklidir. Bu nedenle söz konusu suç sadece bu şekilde ortaya çıkan özel kastla işlenebilir.

**Anahtar kelimeler:** Ceza hukuku, Ceza hukuku özel hükümler, Genel ahlaka karşı suçlar, Kumar için yer ve imkân sağlama, Kumar

### *Abstract*

Offense of providing location and facility for gambling is regulated in article 228 of the Turkish Penal Code, as one of the offenses against public morality. Legislator aimed with this type of offense to prevent the uncontrolled spread of gambling in the society. Both movements in the form of the providing location and providing facility must be carried out to occur the offense. If only one of them is realized, the offense does not occur. Furthermore providing location and facilities must be oriented to the playing gambling in terms of spiritual element. For this reason the offense can be committed only by the special intent, which occurred in this way.

**Keywords:** Criminal law, Criminal law special part, Offences against public morality, Providing location and facilities for gambling, Gambling

\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

En önemli özelliklerinden birisi, toplum içerisinde şiddet uygulama tekeli elinde bulundurmak olan modern devlet,<sup>1</sup> rasyonel bir toplum oluşturmak için<sup>2</sup> bu tekelini bir araç olarak kullanır. Bu bağlamda modern devlet, toplumsal düzen ve gelişim bakımından önemli gördüğü bir takım faaliyet alanlarını denetim altında tutma eğilimindedir. Kumara ilişkin bazı faaliyetler de toplumsal düzeni etkileme potansiyeli olan faaliyetlerdendir ve birçok devlette denetim altında tutulmaktadır.

Kanunkoyucumuz da, kumar faaliyetlerinin devlet denetiminde olmasını kamusal menfaat bakımından yerinde görmüş ve bu alana ilişkin değişik düzenlemeler getirmiştir. Biz bu çalışmamızda bunlardan bir tanesi olan ve TCK'nın 228. maddesinde düzenleme altına alınan Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçunu ayrıntılı olarak inceleme gayretinde olacağız. Üzerine yapılmış çok fazla çalışma bulunmayan bu hukuka aykırı fiili ele almanın literatüre katkı sağlamak bakımından faydalı olması umut edilmektedir.

### 1. KUMAR KAVRAMI

Türk Dil Kurumunun büyük sözlüğünde “*ortaya para koyarak oynanan talih oyunu*”<sup>3</sup> olarak tanımlanan kumarı, kanun koyucu da ayrıca tanımlamayı uygun bulmuştur. Nitekim TCK'nın 228/4. maddesine göre kumar, “*Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.*” 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunundan iktibas edilmiş olan ve daha önce yürürlükte bulunan 765 s. TCK'nın 569. maddesinde ise kumar şu şekilde tarif edilmekteydi; “*Ceza Kanununun tatbikinde kumar, kazanç kasdiyle icra kılınır kar ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır.*” Görüldüğü üzere her iki kanunda da kumar tanımı birbirine paralel olarak yapılmıştır.

Yürürlükte bulunan 5237 s. TCK'nın düzenlemesi dikkate alındığında, kumarın ilk bakışta göze çarpan iki temel özelliği olduğu görülecektir. Bunlardan ilki fiili gerçekleştirenin kazanç sağlama amacı; ikincisi ise bu kişinin kar veya zarar etmesinin talihe dayalı olmasıdır.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Modern devlet açısından şiddet tekeli elinde bulundurması önemli bir ayırt edici unsurdur. Weber, modern devleti tanımlarken, şiddet tekelini üzerinden hareket eder. Ona göre en kısa tanımıyla devlet; *belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğudur.* Christopher PIERSON, **Modern Devlet**, (Çev. Dilek Hattatoglu), Çivi Yazıları, İstanbul 2000, s.24

<sup>2</sup> İnsanlık tarihinin modernliğe denk gelen bölümü boyunca devlet, egemenliği altındaki insanları koyduğu yasalarla uyumlu bireylerden oluşan bir toplum haline getirmeyi kendine misyon edinmiştir. Akla dayalı, rasyonel şekilde oluşturulan böyle bir toplum, modern devletin nihai amacı olarak görülmektedir. Zygmunt BAUMAN, **Modernlik ve Müphemlik**, (Çev. İsmail Türkmen) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003, s.24.

<sup>3</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<sup>4</sup> Madde gerekçesinde de bu iki koşulun kumarı belirlemek bakımından önemine işaret edilmiştir;



Kazanç elde etme amacının varlığı için amaçlanan kazancın maddi bir kazanç olması gerekir. Bu nedenle manevi kazanç sağlama amacıyla hareket edilmesi halinde kumarın varlığından söz edilemeyecektir.<sup>5</sup> Örneğin, kazanma hırsının tatminini sağlama amacına yönelik olarak oynanan, herhangi bir maddi konusu bulunmayan oyunlar kumar sayılmaz.

Buna karşın oyunun kumar sayılabilmesi için, kazancın konusunun mutlaka para olmasına da gerek yoktur. Maddi değeri olan bir eşya da maddi kazanç sayılacaktır. Bu bağlamda birasına, sigarasına oyun oynanması da kumar kapsamına girer.<sup>6</sup> Aynı şekilde masanın hesabının ödenmesine oynanan oyunlar da kumar kapsamındadır.

Bununla birlikte sadece keyif amaçlı çok cüz'i karşılıklarla, örneğin 10 kuruş için veya bir adet mandalinasına oynanan oyunlar maddi anlamda kumar kapsamında kabul edilmemeli ve cezai yaptırım uygulanmamalıdır. Bu şekilde kazanç veya kaybın göz ardı edilebilecek kadar çok az olduğu hallerde gerek kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu gerekse de kumar kabahati bakımından haksızlık sadece şekli anlamda oluşacaktır. Maddi anlamda ise düzenlemelerle korunan hukuki menfaat bakımından bir zarar veya tehlike söz konusu olmayacaktır.<sup>7</sup> Bu tür durumlarda haksızlık içeriğinin çok az olmasına bağlı olarak kanunkoyucu (şekli anlamda) suçun oluştuğunu kabul etmiş; ancak suçla korunan hukuki menfaatte ciddi bir zarar oluşmaması nedeniyle ceza verilmesini uygun bulmamıştır. Nitekim CMK'nın 223/4/d maddesinde işlenen fiilin haksızlık niteliğinin azlığı hallerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kazancın talihe bağlı olması ise oynanan oyunda kişisel yeteneklerin, kuvvetin, tecrübe veya zekânın kazananı belirlemeye etkili olmaması veya pek az olmasını; buna karşın talihin tamamen veya büyük oranda etkili olmasını ifade etmektedir. Kazanayı talihin belirlediği oyunlar ise tamamen veya büyük oranda şansa bağ-

*"Maddenin son fıkrasında kumar tanımlanmıştır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kar ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkân sağlanması, bu suçu oluşturmaz."* Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, **CEZA HUKUKU MEVZUATI-C.1 (Kanunlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.381; Ayrıca aynı yönde bkz. Necmeddin FEYZİOĞLU, *"Cezai ve Hukuki Cepheleleriyle Kumar ve Bahis"*, in: **Ahmet Esat Asebük'ün Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s.137

<sup>5</sup> Osman YAŞAR-H. Tahsin GÖKCAN-Mustafa ARTUÇ, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara 2010, s.6452

<sup>6</sup> "Sanığın umuma açık yerde bul numarayı al malborayı tabir edilen ve şans ve talihe dayanan kumar oyununu oynattığı anlaşıldığı halde mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." (2. CD. 18.1.1993, 271/268) Haydar EROL, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2005, s.1112

<sup>7</sup> Maddi ve şekli anlamda hukuka aykırılık ayırımının eleştirisi ve karşı görüş için bkz. Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.101

lı, neden-sonuç ilişkisi içinde, rasyonel olarak sonucun açıklanamadığı rastlantısal oyunlardır. Bu bağlamda örneğin satranç, potadaki çembere basket topu atmak, silah atıcılığıyla hedefi vurmak gibi oyunlar büyük oranda zeka veya yeteneğe dayandığından, parasına oynansa bile kumar kapsamında değerlendirilmezler.<sup>8</sup> Aynı şekilde belirli bir yeteneğe ya da beceriye ilişkin bahisler de kumar kapsamında değildir. Kişinin 100 kiloyu kaldırıp kaldıramayacağına ilişkin bahis, parasına girilse dahi kumar sayılmayacaktır.<sup>9</sup>

## 2. KUMAR FAALİYETLERİNE DEVLET MÜDAHALESİNİN GEREKÇESİ VE ELEŞTİRİSİ

Kumar, bireysel emeğin tamamen dışında, şans faktörüne bağlı olarak bireyin kazanç sağlamasına ve zarara uğramasına neden olmaktadır. Bu nedenle bireyler bakımından maddi anlamda çok büyük zararların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Nitekim bu tür oyunların birçok kişide bağımlılık haline geldiği ve sonrasında bu kimselerin kendilerini bu tür oyunlara katılmaktan alıkoyamadıkları bilinmektedir. Özellikle aile babası gibi bakmakla yükümlü olduğu kişilerin de sorumluluğunu taşıyan bireylerin bu tür alışkanlıklar edinmesi halinde, hem kendisinin hem de buna bağlı olarak tüm ailesinin maddi açıdan zora düşmesi söz konusu olabilecektir.<sup>10</sup> Bu durumda bulunan kimselerin toplum içerisinde sayısının artmasıyla birlikte, temel ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelen birey ve ailelerin sayısı da artacaktır. Bu şekilde kumara bağlı olarak önemli toplumsal hareketlenmeler ortaya çıkabilecek ve kamu düzeni ister istemez bundan etkilenecektir.<sup>11</sup> Bu nedenlerle toplumdaki bireyleri bu tür riskli alışkanlıklardan uzak tutmak isteyen devlet, bir takım önlemlere başvurmaktadır. Hukuk alanında yapılacak zorlayıcı düzenlemeler ise bu önlemlerin en etkililerinden bir tanesidir. Kumar için yer sağlama suçu ve kumar kabahati (Kabahatler K. m.34) de devletin hukuki enstrümanları kullanmak suretiyle kumar faaliyetlerini engellemek veya en azından denetim altında tutmak gayesinin yansımalarını oluşturmaktadır.<sup>12</sup>

Bununla birlikte kumar oynama imkânının toplum içinde çok rahat ulaşılabilir olmasını ve kumarın denetimsiz olarak yaygınlaşmasını istemeyen kanunkoyucunun, kumara yer ve imkân sağlanmasını cezai yaptırıma bağlamış olması bir

<sup>8</sup> Aynı yönde bkz. İsmail MALKOÇ-Mahmut GÜLER, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-4*, Adil Yayınevi, Ankara Tarih belirtilmemiş (ancak 765 s. kanun döneminde), s.4973

<sup>9</sup> Aynı yönde bkz. *YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ*, s.6452 vd.

<sup>10</sup> Kumarın zararları konusunda daha ayrıntılı, gerekçeli, duygusal bir açıklama için ayrıca bkz. *FEYZİOĞLU*, s.129 vd.

<sup>11</sup> “Kumarın cezalandırılması, sadece ablaki bakımdan hoş görülmediği için değil, aynı zamanda toplumsal zarar ve tehlike oluşturduğu içindir.” *MALKOÇ-GÜLER*, s.4972

<sup>12</sup> Madde gerekçesinde bu husus şu sözlerle ifade edilmiştir; “Bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır.” *CEZA HUKUKU MEVZUATI-C.1*, s.381

ölçüde anlaşılabilir. Buna karşın kumar oynamanın hukuka aykırı bir fiil sayılarak kabahat şeklinde düzenlenmesini yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz. Nitekim birey, başkalarına doğrudan bir zarar vermeksizin kendi hayatına ve tercihlerine ilişkin olarak yaşamını yönlendirebilir. Bu bağlamda ahlaki olarak doğru veya yanlış ilişkin tercihlerini kendisi yapabilir. Eğer yaş küçüklüğü, akıl zayıflığı, vs. gibi fiil ehliyetini etkileyen bir durum yoksa kişinin kumar oynayıp oynamaması konusundaki tercihi sadece kendisini ilgilendirir. Nitekim kumar oynamasında toplumsal bir tehlike veya zarar söz konusu değildir.<sup>13</sup> Devletin bu kadar çok hegemonik davranarak, bireye rağmen, bireyin iyiliği için yasaklar getirdiği iddiası ise bireysel yaşama müdahalenin ve bireysel tercihlere tahammülsüzlüğün göstergesi olacaktır. Bu bağlamda “sana rağmen senin için iyi olanı yapıyor ve kötü davranışlarda bulunmanı yasaklıyorum” şeklindeki uygulamalar, bir devlette bireysel özgürlüklerin en önemli düşmanlarından biridir.<sup>14</sup> Çünkü doğrudan zararı sadece kendisine olacaksa, kendi menfaatlerine aykırı davranışlarda bulunabiliyor olmak da bireyin özgürlüğünün bir gereğidir.<sup>15</sup> Devlet bu tür davranışların bireylere zarar verdiği kanaatindeyse, bu konuda eğitimler, konferanslar düzenleyebilir ya da kitle iletişim araçlarını kullanarak kumarın zararları konusunda vatandaşları bilgilendirebilir ama bunu yasaklayamaz kanaatindeyiz. Bu bağlamda demokratik bir toplumda, ahlak alanındaki kişisel değerlendirmelere tabi gayri ahlaki bir davranış olarak kalmasının yerinde olacağını düşündüğümüz kumar oynamanın, tıpkı fahişelik ve eşcinsellik gibi hukuka aykırı bir fiil sayılmaması gerektiğini düşünüyoruz.<sup>16</sup>

### 3. GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA KUMAR, KUMARA YER VE İMKÂN SAĞLAMA

Bilindiği üzere 765 sayılı TCK'da suçlar; kabahatler ve cürümler olarak ikiye ayrılmaktaydı. Dolayısıyla kabahatler de tıpkı cürümler gibi cezai yaptırıma bağlanmış fiillerdendi. Bu bağlamda gerek kumar oynamak (m.568) gerekse kumar oynatmak veya oynatmak için yer sağlamak (m.567) 765 s. TCK'da kabahatler arasında düzenlenmişti.

Ancak 2004 yılında çıkartılıp 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. TCK'da, suçlar bakımından kabahat ve cürüm şeklindeki ayrıma yer verilmemiş;

<sup>13</sup> Uygur bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde onun istememesine rağmen kuvvet kullanılmasının tek gerekçesi başkalarına vereceği zararın önlenmesidir. John Stuart MILL, **Özgürlük Üstüne** (Çev.Alime Ertan), Belge Yayıncılık, İstanbul 2000, s.21

<sup>14</sup> Ayrıca ve aynı yönde bkz. H.L.A. HART, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Dost Yayınları, Ankara 2000, 16 vd

<sup>15</sup> Bir kimse bir şeyi yapmaya sırf onun için daha hayırlı olacak diye zorlanamaz. MILL, s.159

<sup>16</sup> İngiltere'de 1954 yılında kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin 1957 yılında hazırladığı raporda, eşcinselliğin suç olmaması gerektiği, fahişeliğin ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edecek tarzda alenen cinsel ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç sayılabileceği ifade edilmiştir. Ertuğrul UZUN, “*Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması*”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, S.6, Şubat 2005, s.158

kanunun ikinci kitabını oluşturan özel hükümlerde değişik suç tipleri düzenleme altına alınmıştır. Kabahat türünden hukuka aykırılıklar ise idari yaptırıma bağlı fiiller olarak 5326 s. Kabahatler Kanununda ayrıca düzenlenmiştir. Kumar oynamayı hükme bağlayan kural ise, idari yaptırıma bağlı kılınmış ve Kabahatler Kanununun 34. maddesine “kumar” başlığı altında yer almıştır. Buna karşın “kumar oynanması için yer ve imkân sağlama” fiili TCK’nın 228. maddesinde cezai yaptırıma tabi kılınarak, suç olarak düzenlenmiştir.<sup>17</sup>

Yukarıda gerekçelerini ortaya koyduğumuz üzere kumar oynamanın hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkartılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak mevcut hukuki düzenleme bakımından en azından suç olmayıp kabahat sayılmasını da görelî olarak yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Aşağıda kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu, unsurlarına ayrılarak ayrı ayrı incelenecektir.

#### 4. KANUNİ DÜZENLEME VE SUÇUN HUKUKİ KONUSU

5237 s. TCK’nın, *Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama* başlıklı 228. maddesi şu şekildedir;

“(1) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.

(4) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Özellikle Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama suçu bakımından 765 s. TCK ile 5237 s. TCK düzenlemelerinin farkları hakkında daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ**, s.6450

<sup>18</sup> Bir önceki 765 s. TCK’da ise bu suç şu şekilde düzenlenmekteydi; m.567: “Her kim, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatır veya oynatmak için yer gösterir ise bir aya ve teker-rürü halinde iki aya kadar hafif hapse ve her iki halde başkaca elli liradan aşağı olmamak üzere hafif cezayı nakdiye mahkum olur. Kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarıyan veya kumar oynamağa tahsis olunan mevat ve alat ile ortada bulunan eşya ve para zapt ve müsadere olunur. Fail: 1. Bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu, 2. Birinci fıkrada beyan olunan kabahatin irtikabında kumar oynayanlara karşı banko tutan olduğu, takdirde ağır hapis cezası aya kadar ve teker-rürü halinde iki aydan aşağı olmamak üzere hükümlenir ve bu son halde bir aya kadar meslek ve sanatın tatili cezası da ilave edilir.” Yine bu kanunun 569. maddesinde kumara ilişkin yapılan tanımı yukarıda tespit etmiştik. Ayrıca 567. maddedeki düzenlemede, fiilin suç sayılması bakımından umuma mahsus veya umuma açık yerlerde işlenmesi koşulu aranmıştır. Bu kavramların içeriğini belirlemeye yönelik 570. maddenin düzenlemesi ise şu şekildeydi; “Yukarıdaki maddelerde beyan olunan kabahatler için hususi içtimalara mahsus olsa bile kumar alat ve edevatının kullanılması için bir ücret alınan yerlerle oyun oynamak mutata olan yerler ve dubuliyeye verilmese bile oyun oynamak isteyen herkesin girebileceği mahaller, umuma açık yerlerden sayılır.”

Suçun hukuki konusu; suçla ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun ihlal ediciliği kaynağını hukuki konudan alır. Her suçta nasıl bir fail varsa, bir de hukuki konu vardır.<sup>19</sup> Bu bağlamda incelemekte olduğumuz suç, TCK'nın özel hükümler başlıklı 2. kitabının, topluma karşı suçlar başlıklı 3. kısmının, genel ahlaka karşı suçlar başlıklı 7. bölümünde düzenleme altına alınmıştır. Kanunkoyucu kanunun sistematığına bakıldığında söz konusu fiili genel ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla kanunkoyucunun mantığına göre suç tipinin koruduğu hukuki menfaat ağırlıklı olarak genel ahlakıdır.<sup>20</sup>

Yukarıda da kısaca açıkladığımız üzere, kişinin kumar için yer ve imkân sağlama sadece gayri ahlaki olması nedeniyle cezalandırılıyorsa, aslında cezalandırılmaması gerekirdi. Nitekim bu tür fiillerin toplumdaki diğer bireyler veya toplumun geneli bakımından ciddi bir tehlike veya zarar oluşturmadığını düşünmekteyiz. Ahlak gibi çok elastik ve kişisel olan kavramlara ilişkin davranışlara devletin mümkün olduğunca az müdahale etmesi gerekir.<sup>21</sup> Ahlak, kural olarak iyi-kötü şeklindeki değer yargılarına ilişkin kişisel bir eğilimler bütünüdür ve bu eğilime sahip olan kişiden başkasını ilgilendirmez. Ancak ahlaki eğilimlerin yansımaları olan davranışların başkaları üzerinde doğrudan zararlı bir takım sonuçları oluşmaktaysa; sadece bu tür zorunlu durumlarda devlet ilgili davranışlara müdahalede bulunabilir. Müdahalenin makul olduğu bu tür hallerde ise müdahale ile amaçlanan genel ahlakın korunması değil; bilakis kişiler üzerinde doğrudan ortaya çıkacak zararların önlenmesidir.

Bu nedenlerle kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun kanundaki düzenleniş yerini uygun bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Nitekim söz konusu suç tipiyle asıl korunması amaçlanan, toplumdaki bireylerin ekonomik olarak zora düşmelerinin önlenmesi olmalıdır. Bu nedenle suç tipinin tıpkı tefecilik gibi topluma karşı suçların 9. bölümündeki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete ilişkin suçlar arasında düzenlenmesi uygun olurdu.

## 5. TİPİKLİK

### 5.1. Tipik Maddi Unsur (*der objektive Tatbestand*)

#### 5.1.1. Suçun Maddi Konusu

Maddi konu suçun üzerinde gerçekleştirildiği eşya veya kişi olarak ifade edilebilir. Ancak bu, failin fiziki faaliyetinin somut olarak üzerinde gerçekleştiği her

<sup>19</sup> TOROSLU, s.92

<sup>20</sup> “Kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması suçu ile korunan hukuki yarar, kumarın toplumun sosyal ve ekonomik değerlerine vereceği tahrifatın önlenmesi suretiyle genel ahlakın korunmasıdır.” YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6451

<sup>21</sup> “Hepimizin anlaması gereken bir şey var: Hukuk ahlaki bir kod değildir. Hukukun cezalandırmadığı bir şeyi, ahlaken serbest kabul etmek de anlamsızdır. Ahlaken kınadığımız bir eylem, hukukun konusu olabilir de olmayabilir de. Önemli olan, devletin müdahale alanına çekilmesi gereken sınırdır.” Ertuğrul UZUN, “Devlet Ahlak Bekçisi Değil,” **Radikal Gazetesi** (03.09.2004), <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=126873>

kişi ya da eşya değil; sadece suçu düzenleyen normdaki tanımda söz konusu olan kişi veya eşyadır.<sup>22</sup> Bu bağlamda kumar oynanması için yer ve imkân sağlama bakımından suçun maddi konusu, bu amaca yönelik olarak tahsis edilen yer ve maddi varlığı olan imkân araçlarıdır. Bu bağlamda kumar oynamaya tahsis edilen bina ve imkân sağlayan makineler, oyun kağıtları, vs. suçun maddi konusunun kapsamına girecektir.<sup>23</sup>

### 5.1.2. Fail

Fail, kanunda tanımlanan suç tipini ihlal eden davranışı gerçekleştiren kişidir. Fail, fiilin aktif süjesi olarak ifade edilebilir.<sup>24</sup> Kumar için yer ve imkân sağlama suçunun faili, kural olarak herkes olabilir. Bu bağlamda fail olabilme bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.

### 5.1.3. Mağdur

Mağdur suçla korunan hukuki menfaat veya varlığın sahibidir. Bu kimse, suçun pasif süjesi olarak da ifade edilebilir.<sup>25</sup> Bu bağlamda kumar oynama için yer ve imkân sağlama suçunun mağduru hem bu tür denetimsiz fiiller nedeniyle ekonomik anlamda zora düşecek üyelerinin sayısının artması riski oluşan “toplum” hem de kendilerine kumar oynamaları için “yer ve imkân sağlanan kişiler”dir.<sup>26</sup>

### 5.1.4. Fiil

Kanunda tanımlanan fiil kumar oynanması için yer ve imkân sağlanmasıdır. Yer sağlamak, kumar oynanması için uygun ortam teminini; imkân sağlamak ise yer dışında kumar oynamak için gerekli olan araç ve gereçleri temin etmeyi, oynayacaklara gerektiğinde bu iş için borç para bulmayı, polis baskınına karşı önlemler almayı, vs. kapsar.<sup>27</sup> Suçun oluşması için ayrıca kumarın oynanmış olması veya oynanmaya başlanması gerekli değildir. Nitekim kanuni düzenlemede böyle bir koşul aranmamıştır.

Fiilin suç sayılabilmesi için düzenlemeye göre failin hem yer hem de imkân sağlaması gereklidir. Nitekim düzenlemede “ve” bağlacı kullanılarak; “kumar oy-

<sup>22</sup> TOROSLU, s.93

<sup>23</sup> Katılmadığımız bir görüşe göre bu suçun konusunu yer ve imkân sağlanan kumar oluşturmaktadır. YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6451; Nitekim suçların maddi konusunu kumar gibi bir eylem veya faaliyet değil; maddi varlığı olan kişi ya da eşya oluşturmalıdır.

<sup>24</sup> TOROSLU, 91

<sup>25</sup> TOROSLU, s.95

<sup>26</sup> Aynı yönde ayrıca bkz. YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6451

<sup>27</sup> İmkân kelimesi çok geniş anlamlara gelebileceği için bu ifadeyi sadece kumar aletleriyle sınırlamak daraltıcı yorum olur. Örneğin kişinin yazlık evini kumar oynanması için vermesi yer sağlama olurken, oraya gidilebilmesi için araç sağlaması imkân sağlama olur. Mustafa ÖZEN, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu,” *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 15. 2007, s.74

nanması için yer ve imkân sağlayan kişi”nin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla sadece yer veya sadece imkân sağlayan kişilerin fiilleri kanaatimizce bu suç oluşturamaz.<sup>28</sup> Nitekim bu düşünüş tarzı kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Buna karşın iki kişi, iştirak halinde, birisi yer sağlamak diğeri ise imkân sağlamak suretiyle, müşterek fail olarak bu suç işleyebilirler.

Kumar için sağlanan yerin muhakkak somut bir mekân olması gerekli değildir. Bunun dışında sanal ortamda sağlanacak yer ve uygun ortam da yer sağlama kapsamına girer. Dolayısıyla internet ortamında kumar sitesi kurmak suretiyle kişilere kumar oynama alanı ve imkânı sağlayan kimseler de bu madde kapsamında cezai sorumluluğa sahip olacaklardır.<sup>29</sup> Yurt dışında kurulmuş kumar sitelerinde kumar oynanmasına imkân sağlayanlar bakımından ise 7258 s. *Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun*’un 5/2. maddesinde özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre; “*Yurt dışında oynatılan her çeşit bahis veya şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*” Aynı maddenin 3. fıkrasında ise; “*Her türlü bahis veya şans oyunlarırla bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.*” denilmek suretiyle kumar ve bahis oyunlarında para nakline aracılık edenlere de cezai sorumluluk öngörülmüştür.

Yukarıda kumar kavramına ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere kazancın şansa bağlı olmadığı; bilakis güce, yeteneğe, vb. diğer öğelere bağlı olduğu oyun ve bahisler kumar kapsamında değerlendirilemeyeceği için bunları düzenleyenler de TCK’nın 228. maddesine göre cezalandırılmaz.<sup>30</sup> Ancak kanun koyucu bazen bu tür faaliyetleri düzenlemeyi veya bu tür oyunlar oynamaya imkân sağlamayı, özel düzenlemelerle ayrıca cezai yaptırıma tabi kılabilir. Nitekim kazancının yeteneğe ve güce göre belirlendiği spor müsabakaları üzerine bahis oynatmak, yukarıda da bahsettiğimiz 7258 s. *Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun*’un 5/1. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre; “*Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın, spor müsabakaları*

<sup>28</sup> ÖZEN, s.74

<sup>29</sup> Nitekim 5651 s. *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun* 8. maddesinde, internet ortamında yapılan ve içeriği aynı maddede sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak, erişimin engellenmesine karar verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 1. fıkrasında bu tedbirin uygulanabileceği suçlar arasında “kumar oynanması için yer ve imkân sağlama” da sayılmıştır. Dolayısıyla kanunkoyucu bu düzenlemeyle, inceleme konumuz olan suçta öngörülen yer ve imkân sağlamanın, internet sitesi vasıtasıyla gerçekleştirilebileceğini kabul etmiştir.

Ayrıca aynı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının “m” bendinde, “*Yer Sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.*” şeklinde bir tanımlama da bulunmaktadır.

<sup>30</sup> YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6452 vd.

*ile ilişkili olarak sabit ihtimalli veya müşterek bahis oynatanlar, oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.*<sup>31</sup>

Bu suç bakımından sağlanan yer ve imkânın belirli bir maddi karşılığa bağlı olması gereği de yoktur. Kumar oynanması için ücretsiz olarak sağlanan yer ve imkân da suç kapsamında değerlendirilir. 765 s. TCK'da bu maddenin muadili olan 567. madde düzenlemesinde fiilin suç sayılması, kumar oynanan yerin aleni olması şartı vardı. Ancak bu koşul 5237 s. TCK'da bulunmamaktadır. Bu nedenle evinde arkadaşlarıyla kumar oynayan kişi de bu fiilden sorumlu olacaktır. Bununla birlikte yer ve imkân sağlayan kişinin kumara katılmasına da gerek yoktur. Fail sadece yer ve imkân sağladıktan sonra oyuna ve oynayanlara ilişkin hiçbir başka davranışta bulunmasa bile suç tamamlanmıştır.<sup>32</sup>

Suç hareketin neticeye bağlı olduğu suçlardandır. Dolayısıyla suç, somut olarak belirli kimselere kumar için yer ve imkân sağlandığı anda tamamlanmış olur. Bunun için ayrıca kumar oynanmaya başlanmış olmasına gerek yoktur. Bu bağlamda villasında kumar oynatmak için gerekli alet ve edevatı hazırladıktan sonra kişileri davet eden veya toplamaya başlayan kimse de bu suçu işlemiş olur. Bu bağlamda suç bir zarar değil; tehlike suçudur. Ayrıca kumar için yer ve imkân sağladığı sürece tamamlanmış suç sona ermez. Yani yer ve imkân sağlandığı anda tamamlanan suç, bu sağlama devam ettiği sürece sona ermez ve işlenmeye devam eder. Bu bağlamda söz konusu suçun kesintisiz (mütemadi suç) olduğunu söylemek de yerinde olacaktır.

Kumar oynatmak için yer ve imkân sağlama izlenimi oluşturularak bazen dolandırıcılık suçu da işlenebilmektedir. Örneğin kazananı talihin belirlediği izlenimi verilerek oynatılan zar oyununda, hileli zarlar kullanılarak kazanan aslında zarı atan tarafından belirleniyorsa; ortada kumar oynama için yer ve imkân sağlama değil; bilakis dolandırıcılık suçu vardır. Nitekim burada kazananı talih belirlemiyordur.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Benzer bir düzenleme 6132 s. At Yarışları Hakkında Kanun'da da bulunmaktadır. Söz konusu kanunun 7. maddesi şu şekildedir: "**Madde 7 – (Değişik: 23/1/2008-5728/152 md.)** Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak her şekil ve surette müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim edenler ve bunlara ait her türlü evrakı matbaa, teksir, daktilo, fotokopi ve sair suretlerde düzenleyenler ve düzenleyenler, satanlar, dağıtanlar, sattıranlar veya dağıttıranlar, üç aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. Suçun; at sabibi, antrenör, jockey, jockey yamağı, seyis ve sair yarış hizmetlileri ile birlikte işlenmesi halinde, verilecek hapis cezası altı aydan az olamaz. Haklarında bu nedenle soruşturma ve kovuşturma başlatılan bu kişilerin Komiserler Kurulu kararı ile yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmeleri yasaklanır. Komiserler Kurulunca yarış yerlerine girmeleri yasaklanan kimselerin isimleri ve kimlikleri yarış müessesesi ve mahalli mülki amirlere yazılı olarak bildirilir."

<sup>32</sup> YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6452 vd.

<sup>33</sup> "Halk arasında üç kağıt tabir edilen oynatan sanığın eyleminin dolandırıcılık olduğu suçunu oluşturacağı gözetilmeden suçun nitelendirmesinde hataya düşülerek kumar oynatmak suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması..." (11. CD, 23.02.2006, 6135/1244) Mehmet Emin ARTUK-Ahmet



## 5.2. Tipik Manevi Unsur (*der subjektive Tatbestand*)

Kural olarak suçlar ancak kasten işlenebilir. Bir suçun taksirli hali ise ancak kanunda açıkça ifade edilmişse suç sayılabilir. Bu bağlamda taksir, suçun özel belirli biçimlerindedir<sup>34</sup>. Ancak kanunda açıkça belirlenen istisnai hallerde bu tür fiiller cezalandırılmaktadır. Kumar için yer ve imkân sağlama suçu ise ancak kasıtlı olarak işlenebilen bir suçtur. Ayrıca suçun oluşması bakımından herhangi kanaatimizce genel kast da yeterli olmayacaktır. Nitekim yer ve imkân sağlamanın kumar oynanmasına yönelik olması gereklidir. Bu bağlamda söz konusu suç bakımından tipik davranışların kumar oynanması amacına yönelik olarak gerçekleştirilmesi arandığından, tipik manevi unsurun özel kast olduğunun kabulü gerekir.<sup>35</sup>

## 6. HUKUKA AYKIRILIK

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu bakımından bazen başka kanunlarda yapılan düzenlemelere bağlı olarak hukuka aykırılığın kalkması söz konusu olabilir. Bu bağlamda söz konusu suç bakımından en sık rastlanan hukuka uygunluk sebebi kanun hükmünü icra olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim kanunkoyucu kazanç amacıyla oynanıp, kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar düzenlemek konusunda izinler vermektedir. Kanuni izne sahip olan kurumların düzenledikleri bu tür oyunlar tipik olsalar da hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı için suç oluşturmazlar. Nitekim bu durumda kanun hükmünü icra söz konusudur. Milli piyango ve sayısal loto gibi kanunen izin verilen oyunlar bu kapsamda değerlendirilir.

## 7. KUSURLULUK

Kusurluluğa ilişkin genel kurallar bu suç bakımından da geçerlidir. Ayrıca özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla fail bakımından kusuru kaldıran hallerden birisinin bulunması halinde, cezai sorumluluk oluşmayacaktır. Örneğin kendisine cebir veya tehdit uygulayan kişilere istekleri doğrultusunda evini

GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, **TCK Şerhi, C.4**, Ankara 2009, s.4523; Sanıkların “bul karayı al parayı” tabir edilen oyunu oynattığı sırada, durumu fark eden emniyet görevlilerince yakalanarak oyun kağıtlarına el konduğu, ortaya konulmuş herhangi bir paranın henüz bulunmadığı ve kolluk görevlileri tarafından olaya el konuncaya kadar geçen süre içinde haksız yarar sağlandığı konusunda dosyaya yansıyan herhangi bir kanıt bulunmadığı, sanıklar yakalandıklarında olayın mağduru olan herhangi bir kimsenin tespit edilemediği gözetilerek ve oyunun niteliği itibarıyla kar ve zararın talihe bağlı olmayıp oyunu oynayanların kazanma şanslarının bulunmaması değerlendirildiğinde, sanıkların eyleminin kumar oynatmak için yer ve imkân sağlama olmayıp dolandırıcılık suçunun hazırlık hareketi olarak nitelendirilmesi gerekir. (13. CD. 26.10.2011, E. 2011/16170; K.2011/3880) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13cd-2011-16170.htm>

<sup>34</sup> Aynı yönde bak. Hamide ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, İstanbul 2011, s.235

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZEN**, s.76; Genel kastın yeterli olduğu konusundaki görüş için ise ayrıca bkz. **YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ**, s.6454

açıp oyun oynamak için gerekli araçları sağlayan kimseye kusur ve dolayısıyla cezai sorumluluk atfetmek mümkün olmayacaktır.<sup>36</sup>

## 8. AĞIRLAŞTIRICI SEBEP

TCK'nın 228. maddesinin 2. fıkrasında, “Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır.” denilmek suretiyle ağırlaştırıcı bir sebep öngörülmüştür. Buna göre; kumar oynamak için kendilerine yer ve imkân sağlanan kişilerden biri ya da bir kaç çocuksa, fiil bakımından ağırlaştırıcı nedenin uygulanması söz konusu olacaktır.<sup>37</sup> TCK'nın 6. maddesine göre Ceza Kanunu'nun uygulamasında “çocuk” tabirinden anlaşılması gereken 18 yaşını tamamlamamış kimsedir.

## 9. SUÇUN ÖZEL BELİRİŞ BİÇİMLERİ

### 9.1. Teşebbüs

Yukarıda da belirttiğimiz üzere suç neticesi harekete bitişik suçtur.<sup>38</sup> Kumar için yer ve imkân sağlamakla suç oluşur. Suçu oluşturan davranışlar kendi içinde kısımlara ayrılabilirdiği ölçüde suç teşebbüse mümkün hale gelecektir.<sup>39</sup> Bu bağlamda suçun oluşması için hem yer hem de imkân sağlama şeklindeki davranışların bir arada bulunması gerektiğinden, yer ve imkân sağlama kastıyla hareket eden failin, yer sağladıktan sonra imkân sağlayamadan yakalanması halinde söz konusu suçta teşebbüsten cezai sorumluluğu doğacaktır.<sup>40</sup>

### 9.2. İştirak

Çok failli bir suç olmadığı<sup>41</sup> ve iştiraki engelleyen başka bir durum da bu-

<sup>36</sup> Ancak buradaki cebir ve tehdidin kusurluluğu kaldırması için cebrin karşı konulamayacak ve kurtululamayacak, tehditin ise muhakkak ve ağır olması gerekir. Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s.304 vd.

<sup>37</sup> YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6454

<sup>38</sup> Tehlikeyi de bir tür netice olarak gördüğümüz ve bu bağlamda neticesiz suç olmadığını düşündüğümüz için bu şekilde ifade etmeyi uygun bulduğumuz suçların “sırf hareket (davranış) suçları” olarak ifade edilmesine ilişkin örnek ve açıklamalar için bkz. TOROSLU, 123

<sup>39</sup> YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s.6455

<sup>40</sup> ÖZEN, s.75; “Sanığın olay tarihinde elinde tombala malzemeleri olduğu halde “tombala, tombala” diye bağırdığı ve kumar oynatacak kişi aradığı sırada devriye görevi yapan polis ekibinin sanığı görmesi üzerine elindeki tombala malzemelerine el koyup sanığı yakaladıklarının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin kumar oynanması için imkân sağlama suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı ve sanığın teşebbüs hükümleri gereğince cezalandırılması gerekir.” (14. CD. 23.11.2012, E. 2012/5534; K.2012/11843), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14cd-2012-5534.htm>

<sup>41</sup> Nitekim çok failli suçlarda suçun oluşması için birden çok failin bulunması kanunen zorunludur. Zorunlu iştirak olarak da ifade edilen bu tür gerekliliklerin bulunduğu suç tiplerine iştirak olmaz. Aynı yönde bkz. Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.472 vd.

lunmadığı için, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu iştirak halinde de işlenebilir. Suçu oluşturan davranışların birden fazla fail tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda müşterek faillik ortaya çıkar.<sup>42</sup> Örneğin faillerden birisi yeri ayarlarken diğerleri kumar oynamaya imkân sağlayan araçları bulup getirirlerse müşterek faillik söz konusu olacaktır.<sup>43</sup> Kazanç amacı olmaksızın eğlencesine oyun oynanacağına inandırılan kişinin evinde ve oyun araçlarıyla oynanan kumarda, ev sahibinin cezai sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak onu hataya düşürüp kumar oynanması için gerekli mekân ve aletleri sağlamaya ikna eden kimse dolaylı fail olarak cezai sorumluluk sahibi olacaktır.

### 9.3. İçtima

Fail tek suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda kumar oynamaya imkân yer ve imkân sağlarsa; zincirleme suç hükümleri uygulanır. Buna karşın aynı anda birden fazla zkişiyeye kumar oynamak için yer ve imkân sağladığında ise ortada tek fiilin varlığı söz konusu olacağından fail yalnızca tek fiilden sorumlu olacaktır. Yer ve imkân sağlayan kişi aynı zamanda kumar da oynarsa hem kumara yer ve imkân sağlamaktan cezai sorumluluğa sahip olacak hem de Kabahatler Kanununun 34. maddesine göre kumardan (kumar oynamaktan) sorumlu olacaktır. Fail farklı zamanlarda farklı kimselere kumar oynamak için yer ve imkân sağlarsa; bu durumda da gerçek içtima hükümleri söz konusu olacak ve her bir fiilden ayrı ayrı cezai sorumluluğu doğacaktır.<sup>44</sup>

Bu noktada 1072 sayılı kanunun<sup>45</sup> 1. ve 2. maddelerine ilişkin düzenlemelerden de bahsetmek gerekir. Söz konusu kanunun 1. maddesinde, Türk Ceza Kanunu'nun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kastıyla oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı

<sup>42</sup> İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s.474

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZEN**, s.75

<sup>44</sup> **YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ**, s.6455

<sup>45</sup> Son derece otoriter bulduğumuz ve derhal yürürlükten kaldırılması gerektiğini düşündüğümüz 1072 s. Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun (13.12.1968); 1. ve 2. maddelerindeki düzenlemeler şu şekildedir:

**Madde 1** – Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır. (1)

Bu kanunun uygulanmasında spor kulüpleri, gençlik teşekkülleri ve dernekler umuma açık yer sayılır.

Ancak 7470 sayılı T.C. Turizm Bankası Kanununun 18 inci maddesi hükümleri saklıdır.

**Madde 2** – (Değişik: 23/1/2008-5728/325 md.)

Bu Kanuna aykırı hareket edenler bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmenin yasak olduğu hükme bağlanmıştır. 2. maddede ise bu kanuna aykırı hareket edenlerin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz gündenden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu kanun kapsamına giren makinelerle kumar oynatılıyorsa TCK'nın 228. maddesi değil; 1072 s. Kanunun 2. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Kaldı ki; 1072 s. kanun kapsamında failin cezai sorumluluğunun doğması için söz konusu makinelerle kumar oynamak için imkân sağlanmasına da gerek yoktur. Söz konusu makineleri imal ettiği, bulundurduğu ya da yurda soktuğu anda bile failin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

### 10. Yaptırım

Fiili işleyenler bakımından bir yıla kadar hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Cezanın sadece üst sınırı açıkça belirtildiği için, alt sınır TCK'nın 49. maddesi gereği bir aydır.<sup>46</sup> Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde ise verilecek ceza bir katı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca söz konusu suç bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmişse, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı da açıkça belirtilmiştir.

### KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, Mustafa. **Notlu, Atıflı, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner. **TCK Şerhi, C.4**, Ankara 2009
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernlik ve Müphemlik**, (Çev. İsmail Türkmen) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003
- CENDEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011
- EROL, Haydar. **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2005
- FEYZİOĞLU, Necmeddin. "Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis", in: **Ahmet Esat Asebük'ün Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958
- Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, **CEZA HUKUKU MEVZUATI-C.1 (Kanunlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012
- HAKERİ, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009
- HART, H.L.A. **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Dost Yayınları, Ankara 2000

<sup>46</sup> Mustafa ALBAYRAK, **Notlu, Atıflı, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.710

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<http://www.kazanci.com>

MALKOÇ, İsmail-GÜLER Mahmut. **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-4**, Adil Yayınevi, Ankara Tarih belirtilmemiş (ancak 765 s. kanun döneminde)

MILL, John Stuart. **Özgürlük Üstüne** (Çev.Alime Ertan), Belge Yayıncılık, İstanbul 2000

ÖZEN, Mustafa. “*Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu*,” **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 15. 2007

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

PIERSON, Christopher. **Modern Devlet**, (Çev. Dilek Hattatoğlu), Çivi Yazıları, İstanbul 2000

TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005

UZUN, Ertuğrul. “*Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması*”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, S.6, Şubat 2005

UZUN, Ertuğrul. “Devlet Ahlak Bekçisi Değil,” **Radikal Gazetesi** (03.09.2004), <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=126873>

YAŞAR, Osman-GÖKCAN H.Tahsin-ARTUÇ Mustafa. **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt V, Ankara 2010

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, İstanbul 2011

## SANIĞIN İDDİA TANIKLARININ BEYANLARININ DOĞRULUĞUNU TEST ETME HAKKI

*(Right of the Accused to Examine the Accuracy of the  
Statements of Prosecution Witnesses)*

Hakan KARAKEHYA\*

### ÖZET

AİHS'nin 6/3/d maddesine göre; “*iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek,...*” adil yargılanma hakkı kapsamında sanığa tanınması gereken minimum haklardandır. Bu bağlamda sanığın, hakkında gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında tanıklara soru yöneltebilmesi, adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından zorunludur.

Sanığın iddia tanıklarıyla yüzleşebilmesi ve beyanlarının doğruluğunu test edebilmesi, savunma bakımından çok önemlidir. Bu şekilde sanık, aleyhindeki tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup mahkeme huzurunda onların güvenilirliğini test edebilecek, sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkartabilecek ve yargılama makamının uyumsuzluk konusu olayı sadece iddianın ileri sürdüğü şekliyle algılamasını önleme imkanına sahip olacaktır. Savunmaya tanınan bu hakkın amacı AİHM tarafından, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denetlemek olarak tespit edilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Tanık beyanlarının doğruluğunu test etme hakkı, Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Deliller, Ceza muhakemesi hukuku.

### Abstract

According to the ECHR 6/3/d; “*to examine or have examined witnesses against him*” is recognized under the fair trial right of accused. Therefore it is a necessity for a fair trial that the accused have occasion to ask questions to the witnesses in the trial.

To be able to face with prosecution witnesses and examine accuracy of their expressions is vital importance for defense. So the accused can identify

\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

the weak points of witness's statements, examine their reliability in front of the court, produce the results in his favor with asked questions and have occasion to prevent that the judges perceive the judicial problem only in accordance with the claims of prosecution. The purpose of this right given to defense is recognized by the ECHR, as undermine the credibility of the witness and control his reliability.

**Keywords:** Right to examine accuracy of the statements of the witness, Right to fair trial, European convention of human rights, Evidences, Criminal procedure law.

## GİRİŞ

Sanığın, hakkında gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve böylelikle onların beyanlarının doğruluğunu test etme imkanına sahip olması adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Nitekim adil yargılanma hakkını düzenleme altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS'nin) 6/3/d maddesinde, sanığın bu hakkı açıkça teminat altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, “*iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek*” adil yargılanma hakkı kapsamında sanığa tanınması gereken minimum haklardandır.

Bu hak, köken itibarıyla Anglo-Sakson hukukundan gelen çelişmeli muhakeme ve *silahların eşitliği* ilkelerine dayanmaktadır. Hatta 6. maddede açıkça belirtilmeyen ve Sözleşme organlarının söz konusu maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeden (hakkaniyete uygun yargılanma hakkı) hareketle ortaya koydukları ilkelerden olan çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğini, 6. maddede tam olarak olmasa da, en açık biçimde yansıtan düzenlemenin (d) bendi olduğu söylenebilir.<sup>1</sup> Genel olarak söz konusu düzenleme; “*iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme hakkı*” ve “*savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme*” olmak üzere iki alt hakkı içermektedir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Mahkemenin 3. fıkranın (d) bendini değerlendirirken, 1. fıkradaki genel ilke ile birlikte ele aldığı ve muhtemelen tüm delil araçlarını da kapsar şekilde yorumladığı görülmektedir. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, in: **AÜSBF Dergisi-İlhan Öztürk'a Armağan**, 1994/1-2, s.227

<sup>2</sup> Konuyu bu şekilde ikiye ayırarak ele almamızdaki en önemli gerekçelerden birisi de söz konusu fıkrada bu iki hususun ayrı ayrı vurgulanarak düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim AİHS m.6/3/d bağlamında sanığa sağlanan imkanlar bakımından tanıklık iki boyutlu olarak düzenlenmiştir. Bu boyutlardan birincisi aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ve çektirmek, ikincisi ise lehine tanık gösterebilmektir. Burak GEMALMAZ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.398; Aynı yönde bkz. Christoph GRABENWARTER, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)”, in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Osman Can), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.237.

Bu çalışmada, AİHS m. 6/3/d'de bahsi geçen iki alt haktan birisi olan, “*iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek*,” ya da daha açık ifadeyle “*iddia makamı tanıklarının beyanlarının doğruluğunu test etme*” hakkı ele alınacaktır. Hakkın dayandığı çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin içeriğinin ortaya konulması, hakkın kapsamının ve savunma bakımından öneminin belirlenmesi, hakka ilişkin ortaya çıkan istisnaların tespiti ve tanık beyanının esaslı delil olmasının bu istisnalara etkisinin açıklanması, çalışma kapsamında incelenecek başlıca konulardır. Teorideki farklı görüşlerden ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarından faydalanmak suretiyle kişisel tespitlerimizin ortaya konulması ise çalışmada kullanılacak temel yöntemi oluşturmaktadır.

### 1. ÇELİŞMELİ MUHAKEME VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKELERİ

Saniğin, *iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme* hakkı çelişmeli muhakeme ve onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan silahların eşitliği ilkelerinin temel bir yansımasıdır.<sup>3</sup> Nitekim iddia makamıyla karşılıklı olarak tanık gösterip, tanıklara soru sorabilmek çelişmeli muhakemenin, bunu iddia makamı ile eşit koşullar altında gerçekleştirebilmek ise silahların eşitliğinin bir gereğidir. Bu bağlamda iddia tanıklarının beyanlarının doğruluğunu test etme hakkının kapsamını belirlerken, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerine ilişkin bazı temel bilgilerin verilmesi, konunun sistematik bütünlüğünün sağlanması bakımından yararlı olacaktır.

Modern ceza muhakemesinin en önemli gereklerinden olan çelişmeli muhakeme *ilkesinin* temelleri, antik dönemde gerçekleştirilen düello muhakemesine dayanmaktadır.<sup>4</sup> Bu itibarla antik dönem common-law sistemindeki düello usulüyle günümüzdeki muhakeme usulü benzerlikler göstermektedir. Hatta ahlaki olarak

<sup>3</sup> Kai AMBOS, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları - Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6,” (Çev. Yener Ünver) in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.37.

<sup>4</sup> “Siz yargıçlar, şunu duyun ki; bugün ne bir şey yedim ne de içtim, üzerimde ne bir kemik, taş, ot ve ne de her hangi bir büyü, sihri ya da efsun var...” Her iki tarafın birbirine söylediği bu sözlerle başlayan düelloda, suçlayan ve suçlanan zırhlarını giyer, en iyi atlarına biner, birbirlerine karşı mızraklarını yüksek tutarak saldırır ve hayatları için kavga ederlerdi. Düello şafak sökerken başlar ve genellikle taraflardan biri ölünceye kadar sürerdi. Kaybeden kimse, düello meydanında hazır bulunan hakimlerce hüküm ilan edilirken, aşağılayıcı ve kötüyü bir terim olan “bağışlanmak için yalvaran-ödlek” (craven) olarak zikredilmekteydi. Düelloda tanrısal adaletin, yalan söyleyen tarafın cezalandırılmasını garantileyeceği kabul edilirdi. Ayrıca sert kurallara bağlanmışlık da taraflardan herhangi birisinin zırh ya da silah bakımından bir avantaj sağlamasına engel olmaktaydı. Düello edenlerden her birisi bir kat zırh giyer, dizden aşağısı çıplak şekilde sadece iki sandalet kullanır, kafası ve dirseklere kadar kolları açık olurdu. Kullanılan silahlar ise, sadece mızrak veya bir arşın uzunluğunda delici bir silah ile dört köşeli ve deriden yapılmış bir kalkandan ibaretti. Jay Sterling SILVER, “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, in: **Wisconsin Law Review.**, 1990, s.1007 vd.



aydınlanmış günümüz ceza muhakemesinin neticede düellonun yerini aldığı söylenebilir.<sup>5</sup> Bugünkü ceza adaleti sistemi de (özellikle anglo-amerikan hukuk sistemlerinde), gerçeğin, muhakemenin tarafları arasındaki kıyasıya mücadeleden daha doğru bir şekilde ortaya çıkacağı varsayımına dayanmaktadır.<sup>6</sup> Bu mücadelenin eşit koşullarda gerçekleştirilebilmesi için de, muhakemenin tarafları kural olarak, eşit yetki ve imkanlarla donatılmaktadırlar. Nitekim tarafların eşit silah ve zırhlara sahip olması düellonun da en önemli özelliklerinden biriydi.<sup>7</sup>

AİHM, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının önemli bir gereği olarak kabul etmektedir.<sup>8</sup> Sözleşme'nin 6/1. maddesinin

<sup>5</sup> Fiziksel düello metodu da bir tip çelişme sistemidir; tıpkı şekli açıdan başkanlık seçimlerinde, futbol maçlarında ve benzer birçok olayda olduğu gibi. Bu olayların tamamında sonuca etki edecek bir yarışma söz konusudur. Gary GOODPASTER, "On the Theory of American Adversary Criminal Trial", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 78, No:1, 1987, s.119

<sup>6</sup> SILVER, s.1009.

<sup>7</sup> Hakan KARAKEHYA, "Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek", in: *Eskişehir Barosu Dergisi*, Haziran 2006, s.100.

<sup>8</sup> Any. m.90/son kapsamında Türkiye'nin taraf olduğu, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden olan AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi şu şekildedir:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemeye görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64 FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>

İngilizce metin için ayrıca bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>

Bunun dışında adil yargılanma hakkı, Anayasamızın 36. maddesinde ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (BMMS'nin) 14. maddesinde güvence altına alınmıştır.

Adil yargılanma hakkının, uluslararası alandaki gelişimi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gösterilen

de belirtilen *davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi* (fair hearing) kavramı, AİHM tarafından genel bir ilke olarak ele alınmış ve bu genel ilkeye dayanılarak, Sözleşme’de açıkça belirtilmeyen bazı haklar da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya konulmuştur.<sup>9</sup> AİHM’nin adil yargılanma (fair trial-faires Verfahren) kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği haklardan (*rights inherent in the notion of fair trial*) en önemlileri ise çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerine ilişkin haklardır.<sup>10</sup> Esser’e göre, Sözleşme organlarının bu şekilde adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilkeyi geniş yorumlayarak, 6. maddede açıkça belirtilmeyen bir takım hakları da ortaya koymuş olmaları, son yıllarda Avrupa hukukuna yaptıkları en önemli katkıdır.<sup>11</sup>

Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri, birbirlerinden farklı içeriğe sahip olmakla birlikte; aynı zamanda da yakından ilişki içerisindedirler.<sup>12</sup> Silahlarda eşitlik olmadan tam bir çelişmenin gerçekleşmesi mümkün olmazken; çelişme olmadan da eşit silahlara sahip olmanın bir anlamı kalmamaktadır. Nitekim taraflardan birisinin diğerine göre avantajlı duruma geldiği bir muhakemede gerçek anlamda bir çelişme gerçekleşmemiş demektir. Bu durum, düelloda, taraflardan birine silah verip diğerine vermeksizin, iki tarafı düello ettirmeye benzemektedir. Bu iki kişi arasında ortaya konulan mücadele nasıl adil bir düello değilse; muhakemede ta-

---

yoğun gayretler sonucu sağlanabilmiştir. Bu bağlamda bu hakkın uluslararası alanda İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra tanınmaya başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. David HARRIS, “The Right To A Fair Trial In Criminal Proceedings As A Human Rights”, **International and Comparative Law Quarterly**, 16, 1967, s.352. Bununla birlikte adil yargılanma hakkının ilk nüvelerini, Baronlarla Kral John’un karşı karşıya gelmeleri sonucu imzalanan ve kralın yetkilerini yazılı şekilde kısıtlayan, 1215 tarihli Magna Charta’ya kadar dayandıranlar vardır. Magna Charta’yla birlikte İngiltere’de oluşan, halkın kendi hakları için mücadele etmesi düşüncesi, zamanla Kıta Avrupa’sına ve göçlerle birlikte Amerika’ya da yayılarak adil yargılanma hakkının pozitif hukuka aktarılmasının zeminini oluşturmuştur. Ronald BANASZAK SR., **Fair Trial Rights of Accused**, Greenwood Pres, London 2002, s.VII vd. Bu bağlamda fair trial kavramının temelini, Anglo-Sakson hukukundaki “due process of law” kavramı oluşturmaktadır. Bu kavram Fransız hukukundaki “proces de lei” teriminden kaynaklanmakta olup, Fransız hukukuna da 1354 yılında, 1215 tarihli Magna Charta’dan alınmıştır. Daha sonraları kavramın 17. yüzyılda hakim Edward Coke tarafından ele alınıp geliştirildiği görülmektedir. Friedrich-Christian SCHROEDER, “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.4. Uluslararası sözleşmelerde ve hukuk metinlerinde yer almadan önce, adil yargılanma terimi, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, Amerika’da bazı mahkeme kararlarında da görülmeye başlanmıştır. Danny J. BOOGS, “The Right to Fair Trial”, **University of Chicago Legal Forum**, 1998, s.3.

<sup>9</sup> GÖLCÜKLÜ, s.218; Gerek İngilizce gerekse Fransızca metinde hakkaniyete uygun yargılamanın karşılığı olarak kullanılan terimler oldukça dar kapsamlıdır. Ancak Sözleşme organları bu dar terimleri çok önceden terk etmiş ve çitlihatlar yoluyla adil yargılanmaya ilişkin temel ilkeyi geliştirmiştir. Robert ESSER, **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002, s.402.

<sup>10</sup> ESSER, s.401.

<sup>11</sup> ESSER, s.400.

<sup>12</sup> AMBOS, s.27.

raflardan birine avantajlı bir durum sağlanması suretiyle gerçekleştirilen muhakeme de adil olmayacaktır. Bununla birlikte, taraflar arasında eşitliğin sağlanması da her halükarda, çelişmeli muhakemenin gereklerinin tam olarak sağlandığını göstermez. Nitekim kendilerine savunma ve iddiada bulunma bakımından gerekli imkanlar tanınmayan taraflar arasında bir eşitlik vardır. Ancak böyle bir durumda da tarafların birbirleriyle gerçek anlamda çelişmesi ve adil bir muhakeme yapılması mümkün olmaz. Dolayısıyla silahlarda eşitliğin ihlal edilmediği bazı hallerde de çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık söz konusu olabilecektir.

AİHM, bu iki kavram arasındaki yakınlık nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini birlikte ele almakta, bazen de bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmaktadır.<sup>13</sup> Doktrinde ise genelde, çelişmeli muhakeme, silahlarda eşitliğin bir gereğiymiş gibi kabul edilmekte; AİHM içtihatlarında da bu yönde ifadelerle rastlanmaktadır.<sup>14</sup> Ancak kanaatimizce bu kabul ediş doğru değildir. Birbiriyle yakından ilişkili bu iki kavramdan birisini daha geniş kapsamlı kabul etmek gerekirse, bu kavram çelişmeli muhakeme olmalıdır. Çünkü silahların eşitliği çelişmenin adil ve gerektiği şekilde olması için kabul edilmiş bir ilkedir.<sup>15</sup> Buna karşın silahların eşitliği sağlansın diye çelişmeli muhakemenin kabul edildiğini varsaymak, gerek mantık kurallarına gerekse her iki kavramı ortaya çıkartan tarihsel gelişime aykırılık teşkil etmektedir.

Bu iki ilkeye ilişkin genel ve net bir ifade AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde yer almamaktadır. Bununla birlikte çalışma konumuz da oluşturan, 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde açıkça düzenlenen *iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasını ve dinlenmesini istemeye ilişkin hak*, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin temel bir yansımasıdır.

Muhakeme hukukunda hükmün özelliği onun kolektif verilışıdir. Kolektif hüküm vermenin metodu ise, muhakeme faaliyetine katılacak olanların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerini, böylelikle süjelerin birbirlerinin düşüncelerini öğrenebilmelerini ve birlikte düşünebilmelerini ifade eden çelişme yöntemidir. Muhakeme hukuku bağlamında çelişme; iki veya daha fazla kişinin karşılıklı olarak görüşlerini ortaya koymasını ifade eder.<sup>16</sup> Bu itibarla ceza muhakemesinde çelişme iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal eden süjeler arasında ortaya çıkmaktadır. İddia makamı, ceza davasında tezi oluşturan isnadı ortaya koyar, savunma

<sup>13</sup> Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.236.

<sup>14</sup> Bkz. ESSER, s.400; İNCEOĞLU, s.241.

<sup>15</sup> Aynı yönde bkz. SILVER, s.1037

<sup>16</sup> Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.39 vd.; Selahattin KEYMAN, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s.25.

makamı savunmasını yapmak suretiyle antitezi oluşturur, yargılama makamı ise bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyişle gerçeğe ve hükme ulaşır.<sup>17</sup>

Muhakemeye ilişkin birçok hak çelişmeli muhakeme yöntemi ile yakından ilişkilidir. Örneğin, müdafiden faydalanma hakkının bir gereği olarak ortaya çıkan, sanıkla müdafî arasındaki ilişkinin dokunulmazlığı ilkesi, bu ikisi arasında yapılacak tam ve dürüst bir tartışmayı teşvik etmek suretiyle, sanığın iddia karşısında en güçlü olduğu pozisyonun tespitine hizmet eder.<sup>18</sup>

Çelişmeli muhakeme ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında karşılıklı yorum yapma hakkının taraflara tanınmasına hizmet etmektedir.<sup>19</sup> Eğer sanığın veya müdafîin herhangi bir delil konusunda beyanda bulunma hakkına riayet edilmezse, bu çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlali ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

AİHM, çelişmeli muhakemeye ilişkin şartın yerine getirilebilmesinde devletlerin çeşitli yöntemler benimsemesini makul karşılamaktadır. Bununla birlikte hangi yöntem benimsenirse benimsensin, tarafların birbirlerinin uyumsuzluğa ilişkin mütalaalarından ve dosyada yer alan delillerden haberdar olmaları, bunlar hakkında yorum yapabilme olanağına sahip bulunmaları gerekir.<sup>20</sup> Bu bağlamda çalışma ilkesi, asıl kaynağını teşkil eden Anglo-Sakson hukukundaki taraf muhakemesi içerisinde gerçekleştirilebileceği gibi; kıta Avrupası hukukunda kabul edilen re'sen araştırma ilkesi temelinde de hayat bulabilir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, işbirliği sistemini kabul eden ülkemizdeki çelişmeli muhakeme anlayışı ile Amerikan hukuk sistemindeki çelişmeli muhakeme (adversarial system-kontradiktörisches Modell) anlayışı birbirinden farklıdır.<sup>21</sup> Her

<sup>17</sup> Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.21; “CMK, iyi hazırlanmış bir dosyayla duruşmaya başlanmasını, duruşmanın mümkün olduğunca kesilmeksizin devam etmesini, taraflara doğrudan doğruya soru sorma hakkı vermek suretiyle, onların aktif bir şekilde muhakemeye katılmalarını, böylece sözlülük ilkesinin ve çalışma yönteminin hayata geçirilmesini amaçlamıştır.” Metin FEYZİOĞLU, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler,” in: **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 62, Ocak/Şubat 2006, s.28.

<sup>18</sup> SILVER, s.1036. vd.

<sup>19</sup> “Çelişmeli yargılama, tarafların, diğer tarafça sunulan delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında, bilgi sahi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olması demektir.” Ruiz-Mateos / İspanya; İNCEOĞLU, s.242.

<sup>20</sup> İNCEOĞLU, s.243; Brandstetter/Avusturya: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> adresinden kararın İngilizce metnine ulaşılabilir. Başvuru no: 11170/84; 12876/87; 13468/87; karar tarihi: 28.08.1991.

<sup>21</sup> Amerikan çelişmeli muhakeme sistemi, muhakemenin tarafları arasında uyumsuzluk konusu olayı anlatma rekabeti ve bu anlatılanları belirli kurallara bağlı olarak yorumlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Taraflar, uyumsuzluk konusu olaya ilişkin görüşlerini tarafsız ve pasif durumda bulunan dinleyici kitlesine sunar. Bu dinleyici kitlesi aynı zamanda olaya ilişkin anlatılanlar temelinde cezai

iki anlayışta da tarafların kendi delillerini muhakemede rahatlıkla ileri sürebilmeleri, kendilerini ilgilendiren hususlarda bilgilendirilmeleri, karşı tarafın tanıklarına da soru yöneltebilmeleri gibi çelişmeyi gerçekleştirecek hususlarda bir aynılık görülürken, bizdeki anlayıştan farklı olarak Amerikan sisteminde hakim (jürinin) mümkün olduğunca bir hakem konumunda olması ve tarafların arasındaki çelişmeye herhangi bir müdahalesinin olmaması, tarafların her birinin kendi tanığını kendisinin öncelikli olarak sorgulaması çelişmeli muhakemenin en önemli gerekleri olarak kabul edilmektedir.<sup>22</sup> Bu itibarla Amerikan ve İngiliz ceza muhakemesindeki çelişme yöntemi bir taraf muhakemesi şeklinde ortaya çıkarken, kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde taraflar arasındaki çelişmeye imkan tanımakla birlikte, kullanılan bu yöntem hiçbir şekilde muhakemeyi bir "taraf" muhakemesine dönüştürmemektedir.<sup>23</sup>

Çelişmeli muhakemenin etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi, ancak silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu itibarla savunma ile iddia aşağı yukarı eşit bir konumda olmalı ve her iki taraf da muhakemede en güçlü oldukları hususları rahatlıkla ileri sürme imkanına sahip bulunmalıdır.<sup>24</sup>

Silahların eşitliği ilkesi AİHS'nin 6. maddesinin bir gereği olarak ilk kez Neumeister / Avusturya davasında açıkça ifade edilmiş, bu davadan sonra da hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak kabul edilmiştir.<sup>25</sup> Özellikle ceza davaları bakımından silahların eşitliği ilkesi savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına almaktadır.<sup>26</sup>

sorumluluk açısından bir değerlendirme yapmak suretiyle karar merci olarak hareket etmektedir. Sistemin genel özellikleri şu şekildedir: Maddi gerçek diyalektik olarak karmaşık bir ikna süreci sonucunda ortaya çıkarılır. Dava, ortak bilgilerin karşılıklı ve çelişik iki farklı yorumuyla şekillenen heyecanlı bir rekabet şeklinde ilerler. Karar mercii, örneğin hukuki eğitim almamış kişilerden oluşturulan jüri, her iki taraftan anlatıldığı şekliyle olayı dinler ve cezai sorumluluk bakımından değerlendirir. Neredeyse daima avukatlar (attorneys) tarafından yönlendirilen taraflar, delillerin sunumunu kontrol eder ve yönetirler. Taraflar ve avukatlar fikri ve ahlaki olarak maddi gerçeği ortaya koymak veya diğer taraf bakımından da adaleti gerçekleştirmekten daha ziyade rekabeti kazanma yükümlülüğü altındadırlar. GOODPASTER, s.120.

<sup>22</sup> Bu konuda bkz. Klaus VOLK, **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005, s.95; KEYMAN, s.33 vd.; SILVER, s.1033 vd.; Claus ROXIN, **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998, s.114 vd.

<sup>23</sup> ROXIN, s.116

<sup>24</sup> SILVER, s.1037; Özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından silahların eşitliği, iddia ve savunma makamlarına sunulan muhakeme olanaklarının dengeli olmasını, bu dengenin sanık aleyhine bozulmamasını ifade eder. Olması gereken yetkiler arasında eşitlik değil; karşılıklılık bulunmasıdır. Taraflar arasında eşitlik özel hukuk davalarında söz konusudur. Ceza muhakemesinde ise savcı ve sanığın yetkilerinin karşılıklı olması aranır. Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.201.

<sup>25</sup> İNCEOĞLU, s.212; Neumeister / Avusturya: Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.ana-dolu.edu.tr/aihmogoster.asp?id=18>.

<sup>26</sup> ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.173.

İlkenin sanıklar ile iddia makamı arasındaki şekli usuli eşitliği ifade eden ilk anlayış biçimi, 80'li yılların ortasında daha da geliştirilmiştir. Mahkemenin, Borgers / Belçika kararında da vurguladığı şekliyle<sup>27</sup>, modern anlayışa göre bu ilke, bir tarafın, olayı, diğer tarafa karşı kendisini olumsuz bir konuma sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesini ifade etmektedir.<sup>28</sup>

Acaba silahların eşitliği ilkesi neyi gerektirmektedir? Bir başka deyişle eşit olması gereken nedir? Öncelikle bu ilke, her iki tarafta yer alan kişilerin, özellikle de müdafii ve savcının, muhakeme sürecine ilişkin eşit yetenek ve tecrübeye sahip olmaları gereğini ifade etmez. Ayrıca bu ilke, hukuk düzenince gerekli görülen minimum düzeydeki hukuki desteğin ötesinde, savcı ve müdafii ayrıntılı bir standart performans veya eşit etkiye sahip faaliyet göstermelerinin gerekli olduğuna da işaret etmez. Bu ilkeye göre mahkemedeki düelloda, düello edenler arasında bir eşitlik olmalı, yani her iki tarafa, kendi tezini hazırlaması ve sunmasına imkan tanıyan haklar, prensip olarak eşit kapsamda tanınmalıdır. Düello yoluyla halledilen cezai uyuşmazlıklarda da taraflardan birisine mızrak ve kalkan, diğer tarafa ise sadece küçük bir bıçak verilmesi adil olmazdı. Bu itibarla silahların eşitliği adaletin ve gerçeğin araştırılması bakımından hayati öneme sahiptir.<sup>29</sup>

Alman öğretisinde gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde adil yargılamanın bir gereği olarak silahların eşitliği ilkesine açıkça yer verildiği görülmektedir.<sup>30</sup> Bu ilkeye yönelik bir takım eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştirilerin gerekçesi temel olarak şu şekildedir: *Alman sistemi de dahil olmak üzere kıta Avrupa'sı hukuk sisteminin yapısında bir taraf muhakemesi bulunmamakta; bilakis muhakeme daha çok devlet organları olan hakim ve savcı eliyle yürütülmektedir. Bu itibarla kıta Avrupa'sı hukuk sistemine yabancı bu sözde ilke, hukuki ve asıl ceza muhakemesini bir tarafa bırakıp, bir tür kendi kendini aldatmadır.*<sup>31</sup> Ancak bu azınlık eleştirilerine rağmen, çoğunluk, silahların eşitliği ilkesini adil yargılamanın en önemli gereklerinden birisi olarak kabul etmektedir.

Muhakeme faaliyeti içindeki her işlem Sözleşme organları tarafından, davanın özelliğine göre, silahların eşitliği ilkesi bakımından ele alınmaktadır. Bir başka deyişle silahların eşitliği her somut olayda, onun özellikleri dikkate alınarak denetlenmekte<sup>32</sup> ve başvuru nedeni olan eşitsizliğin, gerçekten yargılamayı adaletsiz kılıp kılmadığına bakılmaktadır.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Borgers / Belçika: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> adresinden kararın İngilizce metnine ulaşılabilir. Başvuru no: 12005/86; karar tarihi: 30.01.1991

<sup>28</sup> AMBOS, s.24.

<sup>29</sup> SILVER, s. 1037.

<sup>30</sup> İlgili BGH ve BVerfG kararları için bkz. Volker KREY, **Strafverfahrensrecht**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln 1990, s.93

<sup>31</sup> KREY, s.93 vd.

<sup>32</sup> GÖLCÜKLÜ, s.227.

<sup>33</sup> İNCEOĞLU, s.213.

Silahlarda eşitliğin sağlandığı bazı hallerde, çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edilebilmesi mümkündür.<sup>34</sup> AİHM, Niderost ve Huber / İsviçre kararında, ilk derece mahkemesinin Federal Mahkemeye gönderdiği ve uyuşmazlık konusunda kendi görüşünü içeren yazının uyuşmazlığın her iki tarafının da bilgisine sunulmamış olmasını silahlarda eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Nitekim söz konusu belgeden her iki tarafın da haberi yoktur. Ancak bu uygulama bakımından AİHM, silahlarda eşitlik ilkesine bir aykırılık olmasa da; çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çünkü muhakemede tam bir çelişmenin sağlanabilmesi için muhakeme bakımından önemli enstrümanların tarafların bilgisine sunulması bir zorunluluktur.<sup>35</sup>

## 2. HAKKIN KAPSAMI VE SAVUNMA BAKIMINDAN ÖNEMİ

İç hukukumuzdaki düzenlemeler ışığında bir tanım yapmak gerekirse tanık, kendisi hakkında yürütülmeyen bir muhakemede, uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin olarak, beş duyu organından biri ya da birkaçı vasıtasıyla edinmiş olduğu bilgileri yetkili makam önünde açıklayan kişiyi ifade etmektedir.<sup>36</sup> Bununla birlikte AİHM'nin tanık kavramını ne şekilde ele aldığını ayrıca belirtmek gerekir. Nitekim Sözleşme'de yer alan birçok kavramda olduğu üzere, AİHM tanıklık kavramını da taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız, özerk bir kavram olarak değerlendirmektedir. Mahkemeye göre tanık; "*sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi*"dir.<sup>37</sup>

Bu bağlamda, AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendini, aynı madde- nin 1. fıkrasındaki genel ilkeyle (hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla) birlikte ele alan mahkemenin, tanık kavramını bilirkişileri de kapsar şekilde değerlendirdiği görülmektedir.<sup>38</sup> Söz konusu kimsenin ifadesinin soruşturma sırasında polis tarafından alınmış olmasının tanıklık statüsünün kazanılması bakımından bir önemi yoktur. İfadenin yazılı veya sözlü verilmesi ve video ya da ses kaydının alınmış olması da tanıklık statüsü bakımından bir önem taşımaz. Suç ortakları da ifadeleri yargılama- da kullanıldığı müddetçe tanık olarak mütalaa edilirler.<sup>39</sup> Dolayısıyla burada incele-

<sup>34</sup> İNCEOĞLU, s.240.

<sup>35</sup> Nideröst ve Huber / İsviçre <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> adresinden kararın İngilizce metnine ulaşılabilir. Başvuru no: 18990/91; karar tarihi: 17.01.1995.

<sup>36</sup> Aynı yönde bkz. Yener ÜNVER-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.302.

<sup>37</sup> Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKTAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.368.

<sup>38</sup> İNCEOĞLU, s.216; bilirkişi kavramının tanık kavramından ayrı ele alınması ve bilirkişiyi soruşturma hakkının 1. fıkradaki genel ilke kapsamında tanınması gerektiği yönünde bkz. GEMALMAZ, s.400.

<sup>39</sup> GEMALMAZ, s.400.

necek olan hak, bilirkişilere, mağdur ve suç ortaklarına soru sorabilmeyi ve onların beyanlarının doğruluğunu test edebilmeyi de kapsar şekilde bir içeriğe sahiptir.<sup>40</sup>

AİHS'nin 6/3/d hükmünde sanığın iddia tanıklarının sorguya çekmesinin haricinde ayrıca çektirmesine de yer verilmiştir. Lafzi olarak ele alındığında bu düzenlemenin amacı, sanığın muhakkak surette tanıkları kendisinin sorguya çekmesinin gerekli olmadığı, müdafinin de bunu sanık adına yapacağını açıkça ifade etmektir.<sup>41</sup>

CMK'nın 201. maddesinde sanığın tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kimselere soru sorması güvence altına alınmıştır. Buna göre, *Cumhuriyet savcısı, müdafii ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; ...katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı aracılığı ile soru sorabilir.* Görüldüğü üzere sanık bu kişilere sorularını hakim veya mahkeme başkanı aracılığı ile soracaktır. Ancak sanık bir müdafii yardımından faydalaniyorsa, müdafii söz konusu kimselere doğrudan soru sorma yetkisine sahiptir. Kanun koyucu müdafii tanıdığı doğrudan soru sorma yetkisini sanığa tanımamıştır.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki; savcı, müdafii ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata tanınan doğrudan soru sorma yetkisinin Anglo-Sakson hukuk sistemindeki çapraz sorguyu hatırlatması nedeniyle, bizdeki bu kurumun da bazen çapraz sorgu olarak ifade edildiği görülmektedir. Ancak Anglo-Sakson hukukunun kendine has bir yapısı vardır ve taraf avukatları kendi tanıklarını öncelikle kendileri sorgulamakta daha sonra ise karşı tarafa sorgu yapma imkanı tanınmaktadır. Hakim ise sorguya herhangi bir şekilde müdahale etmemektedir. Ancak bizim hukukumuzda tanıkları öncelikle hakim sorgulayıp daha sonra taraflara karşılıklı soru sorma yetkisi verdiği için, çapraz sorgunun temel mantığında yer alan tanıkları tarafların sorgulaması söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle CMK'da öngörülen sistemin tam anlamıyla bir çapraz sorgu olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> İç hukukumuz bakımından CMK m.236/1'de "*Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.*"; Yemin verilmeyen tanıklar başlıklı CMK m.50/1/c'de ise "*Aşağıdaki kişiler yeminsiz dinlenir... Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten... şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar.*" denilmek suretiyle kanunkoyucu bu kimseleri de tanık kapsamında değerlendirdiğini açıkça ifade etmiştir.

<sup>41</sup> AMBOS, s.37.

<sup>42</sup> Aynı yönde bkz. CENTEL-ZAFER, s.663 vd.; Çapraz sorgunun doğrudan soru sormadan farklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. F. Tom READ, "Çapraz Sorgu", in: CMK 2 Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005, s.26 vd. "Çapraz sorgu yöntemi adı verilen aslında sadece doğrudan soru sorma hakkından ibaret olan ve uygulaması esaslı bir hazırlığı gerektirdiğinden, bazı avukatlar dahil tatbikatçılar tarafından kullanılmayan bu yöntem iddia ve savunma faaliyetlerinin daha iyi yapılabilmesi ve maddi gerçeğin daha iyi ortaya çıkması bakımından son derece önemlidir. Aslında bu yöntem adil yargılanmanın en önemli hususlarından biridir." Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.358



Doğrudan soru sorma yöntemi ile savunma, kendi tanıklarına kendi tezini doğrulatacak, karşı tarafın tanıklarına ise karşı tezin gerçeği yansıtmadığını açığa çıkartabilecek sorular sorma imkanına sahip olacaktır. Örneğin tanığın önceden kurguladığı şekilde beyanda bulunması halinde, müdafî doğrudan soracağı sorular ile onun ifadelerinin güvenilmezliğini ortaya çıkartabilecektir. Bu itibarla müdafî böyle bir yetkinin tanınmış olması savunma bakımından önemli bir avantaj oluşturmaktadır.<sup>43</sup> Savcıya ve katılan vekiline de tanınan bu yetkinin, taraflarca duruşma sırasında karşılıklı olarak kullanılmasıyla ise, muhakemede arzu edilen çalışma etkin bir biçimde sağlanmış olacaktır.

Soru sormanın kapsamı tanıklara aleyhe olan tüm açılardan soru sorabilmeyi de kapsar şekilde olmalıdır ki, çalışmeli muhakeme tam anlamıyla gerçekleşebilsin. Bu itibarla sanık iddia tanıklarına bir soru sorduktan sonra, tanığın verdiği yeni bilgilerle başka aleyhe durumlar ortaya çıkarsa bu durumda soru sorma hakkının sanığa yeniden tanınması gerekir.<sup>44</sup> Bu husus da CMK'nın 215. maddesinde “*suç ortağının, tanığın ve bilirkişinin dinlenmesinden... sonra bunlara karşı diyecekleri olup olmadığı... sanığa ve müdafîine sorulur*” denilmek suretiyle güvencelenmiştir.<sup>45</sup>

Sanığın iddia makamının tanıklarına soru sorması ve bu şekilde onlarla yüzleşebilmesi savunma bakımından çok önemlidir. Bu sayede sanık, aleyhindeki tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup mahkeme huzurunda onların güvenilirliğini test edebilecek, sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkartabilecek ve yargılama makamının uyumsuzluk konusu olayı sadece iddia makamının ileri sürdüğü şekliyle algılamasını önleme imkanına sahip olacaktır.

AİHM, savunmaya tanınan bu hakkın amacını, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denetlemek olarak tanımlamaktadır.<sup>46</sup>

### 3. HAKKIN KULLANIMINA İLİŞKİN İSTİSNALAR

Sanığın duruşma sırasında iddia tanıklarına soru sorabilmesi, doğal olarak tanıkların dinlenmesi sırasında onun duruşmada bulunmasını gerektirir. Bu bağlamda soru sorma hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkıyla yakından ilişkilidir.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Veli Özer ÖZBEK, **CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.808.

<sup>44</sup> AMBOS, s.38.

<sup>45</sup> CMK'nın hükümlerine göre, tanık beyanının tartışılması ve onun beyanlarına karşı savunmanın soru yöneltme yetkisi sadece duruşma bakımından söz konusu olabilir. Çünkü kanuni düzenlemeye göre soruşturma aşaması gizlidir ve bu evrede örneğin Cumhuriyet savcısı tarafından bir tanığın dinlenmesinde savunmanın dinlemede hazır bulunması ve soru sorması mümkün değildir. CENTEL-ZAFER, s.245.

<sup>46</sup> GRABENWARTER, s.239.

<sup>47</sup> Nitekim tanıklar da dahil olmak üzere bütün deliller, ilke olarak sanığın hazır bulunduğu, kamuya açık bir duruşmada, bir argümanın gündeme getirilmesine imkan sağlayan bir ortamda ortaya konmalıdır. Karen REID, **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, (Çev. Bahar Öcal Düzgören) Scala Yayıncılık, İstanbul 2000, s.207.

Ancak makul gerekçelerle duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin getirilen kısıtlamalar, bazen sanığın iddia tanıklarına soru sorabilme imkanını da ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte tanıkların korunması veya duruşmaya çıkartılmaması gibi nedenlere bağlı olarak başvurulmuş gizli tanık dinlenmesi veya duyduğunu söyleyen tanık beyanının alınması gibi uygulamalar da sanığın tanıklarla doğrudan yüzleşebilmesine engel olmaktadır. Kural olarak sanığın her davada kendisi aleyhine beyanda bulunan tanıklara soru sorma hakkı olmalıdır. Bu hakkın nesnel nedenlere dayanılarak istisnaen kısıtlanması ise meşru görülür. Ancak bu nedenlerin her zaman için somut ve meşru nedenler olması gerekir. Yargısal yarar ya da suçlarla etkin mücadele nedenlerine genel bir gönderme bu hakkın kısıtlanması bakımından yeterli değildir.<sup>48</sup>

Bu bağlamda, özellik arzeden bir takım nedenlere bağlı olarak, tarafların tanıklar üzerinden eşit koşullarda çelişmesinden feragat edilebilir.<sup>49</sup> Sanığın duruşma salonunda bulunmasının sakıncalı olması (CMK m.200), erken alınan tanık beyanlarının duruşma sırasında tekrar alınmaması (CMK m.211), istinabe veya niyabet yoluyla tanık dinlenmesi (CMK m.180), gizli belge incelenmesi (CMK m.125), diğer tanıklar gibi dinlenmeleri kendileri veya devlet açısından tehlike oluşturan tanıkların gizli olarak veya değişik vasıtalar aracılığıyla dinlenmeleri (CMK m.47, m.58) bu istisnai durumlara örnek olarak verilebilir.

AİHM de, tanıklara soru sorma ve bu bağlamda delillerle doğrudan doğruya temas edebilmeyi, sanıklar bakımından mutlak bir hak olarak görmemektedir. AİHM'ye göre, mahkemeler, kanunun açıkça cevaz verdiği ve muhakemenin selameti açısından gerekli olan hallerde, tanıklara soru sorma ve delillerle doğrudan temas etme taleplerini reddedebilirler.<sup>50</sup> Ancak bu red kararı, soruya verilmesi beklenen cevabın maddi gerçeğin ortaya konulması bakımından önem arz edip etmediğinin takdir edilmesi suretiyle verilmelidir. Maddi gerçeğin araştırılması bakımından önemli olduğu açıkça belli olan bir sorunun sorulmasına izin verilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilecektir.<sup>51</sup>

#### **4. SUÇLULUĞUN İSPATI BAKIMINDAN TANIK BEYANININ ESASLI DELİL OLMASININ HAKKA İLİŞKİN İSTİSNALARA ETKİSİ**

Yukarıda da belirtildiği üzere, daha önce dinlenen tanıkların, geçerli bir gerekçe yoksa, kural olarak duruşma sırasında da dinlenmesi ve sanığa onlara soru sorabilme imkanının tanınması gereklidir. Buna karşın kanunda açıkça belirtilmek suretiyle, makul gerekçelere bağlı olarak bu kurala istisna getirilebilmesi de müm-

<sup>48</sup> GRABENWARTER, s.237.

<sup>49</sup> LADEWİG, s.97; İNCEOĞLU, s.216.

<sup>50</sup> LADEWİG, s.97.

<sup>51</sup> İNCEOĞLU, s.216; SCHROEDER, s.74.

kündür. Bu noktada Şu hususu da ayrıca belirtmek gerekir ki; olayın tek delili bir tanık beyanıysa veya başka delillerin de var olmasına rağmen mahkeme mahkumiyet hükmünü temelde tek bir tanık beyanına dayandırıyor (tanık beyanı esaslı delil ise); bu durumda AİHM söz konusu tanığın muhakkak (istisnasız) duruşmaya getirilmesini ve sanıkla yüzleştirilmesini adil yargılanma hakkı bakımından zaruri görmektedir.<sup>52</sup> Nitekim sanığın bu önemdeki bir tanığa soru sorabilmesi, maddi gerçeğin ortaya konulması ve yargılama makamında vicdani kanaatin sağlıklı bir şekilde oluşabilmesi bakımından “olmazsa olmaz” bir gerekliliktir.

Bu bağlamda mahkumiyet hükmünün tamamen veya önemli ölçüde bir tanık beyanına dayanması halinde, sanığa bu tanığın beyanlarının doğruluğunu test etme imkanı tanınmaması, kural olarak, adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır.<sup>53</sup>

Eğer bu durumdaki tanık ölmüşse veya başkaca bir nedenle mahkemeye getirilmesi hiçbir şekilde mümkün olmuyorsa, mahkemedeki beklenen başkaca delil araştırmalarına devam etmesi ve yeni bir delile ulaşılmazsa da sanığın beraatine karar vermesidir.<sup>54</sup> Ancak olayda aynı yönde birden fazla tanık veya bir tanığın yanında başkaca belge veya belirti niteliğinde deliller varsa, mahkeme diğer delillerle de olayı bir şekilde aydınlatabiliyorsa, bu durumda zorunlu nedenlerle, sanığa herhangi bir tanığı sorgulama veya onunla yüzleşme imkanının tanınmaması makul karşılanabilmektedir.<sup>55</sup>

CMK'daki düzenlemelere bakıldığında kanundaki istisnalar dışında, tanıkların duruşma sırasında dinlenmemesi ve beyanlarını içeren tutanaklar üzerinden hüküm kurulması, savunma hakkını önemli ölçüde kısıtladığından, bu durum m.289/1/h'ye göre mutlak bozma sebebi (hukuka akemin aykırılık hali) teşkil edecektir. Bu itibarla istinabe veya niyabet yoluyla dinlenen tanıkların, daha sonra şartların elvermesi halinde muhakkak duruşmada tekrar dinlenmesi gerekir.

Tanık beyanının mutlak surette duruşma sırasında alınmasına ilişkin bir hüküm CMK'nın 210. maddesinde bulunmaktadır. *Duruşmada okunamayacak belgeler* başlıklı bu maddeye göre; *Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş*

<sup>52</sup> GEMALMAZ, s.414 vd.

<sup>53</sup> LADEWIG, s.97; Bununla birlikte sanığın tanıklara soru yöneltme hakkı, Sözleşme'de duruşma bakımından güvence altına alınmıştır. Bu itibarla soruşturma sırasında aleyhteki tanıkların sorgulanmasına izin verilmemesi, duruşma sırasında bu tanıkların sorguya çekilmesi mümkün olduğu sürece adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır. GEMALMAZ, s.402.

<sup>54</sup> Tanığın sonradan ölmesi ya da kaybolması durumunda AİHM'nin tanığın ortaya çıkartulamamasında devletin sorumluluğu bulunup bulunmadığına da dikkat ettiği görülmektedir. Ferrantelli ve Santangelo / İtalya davasında başvuru sahipleri, ölü bir tanığa karşı konulamayacağını ileri sürmüşlerdir. AİHM ise, ölümden hükümetin sorumlu olmadığına ve yerel mahkemenin tanık ifadesinin diğer delillerle doğrulandığına dikkati çekmiştir. Ferrantelli ve Santangelo / İtalya; Başvuru no: 19874/92 Karar tarihi: 07.08.1996; REID, s.211.

<sup>55</sup> Bkz. SCHROEDER, s.78, 86.

tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez. Bu hükümden ne anlaşılması gerektiği konusu tam bir netlik arz etmemektedir ve doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu madde hükmü genel olarak tüm tanıklar bakımından bir düzenleme getirmekte ve onların doğrudan doğruya mahkemece dinlenmesini hükme bağlamaktadır. Bu itibarla maddede geçen, *bir tanığın açıklamalarından ibaret ise*, ifadesine dayanarak, hüküm bir olayın tek delilinin bir tek tanığın beyanı olması haliyle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Başka deliller bulunsa bile tanığın mutlaka duruşmada dinlenmesi gerekir. Bu bağlamda 211. maddedeki istisnalar olayın tek tanığı veya birden fazla tanığı olmasına bakılmaksızın tüm tanık delilleri bakımından geçerlidir.<sup>56</sup>

Diğer bir görüşe göre ise, 210. maddedeki düzenleme olayın delilinin tek bir tanıktan ibaret olmasına ilişkindir. Bu itibarla tüm tanıklar duruşmada dinlenmelidir; ancak olayın tek delili bir tanık ise, istisnasız olarak bu tanığın duruşmaya getirilmesi gereklidir. Ölüm vs. gibi nedenlerle olsa bile, bu tek tanık duruşmaya getirilemezse sanık hakkında mahkumiyet kararı vermek mümkün değildir. Dolayısıyla 211. maddedeki istisnalar, olayın tek delilinin bir tanık olmadığı hallere ilişkindir. Eğer olayın tek delili bir tanık olsa, 211. maddedeki istisnalar bu tanık delili bakımından kabul edilemeyecektir.<sup>57</sup> Benzer hükmün yer aldığı CMUK'un 243. maddesinin, bazen Yargıtay tarafından da tek tanığa münhasır şekilde ele alınıp bu ikinci görüşe uygun içtihatlar ortaya konulduğu görülmektedir.<sup>58</sup>

Özellikle söz konusu düzenlemeye ilişkin aynı hükmün CMUK'taki karşılığında yer almamasına rağmen, CMK'daki hükümde yer verilen "mutlaka dinlenir" ifadesi, bu kuralın tek delilin bir tanık olması haline münhasır olduğu izlenimi vermektedir. Nitekim mutlaka ifadesi, istisnasız anlamına gelmektedir. Bu bağlamda 211. maddedeki istisnaların tek delilin bir tanıktan ibaret olması haline münhasır olduğu düşünülebilir.<sup>59</sup> Bu şekildeki kabul edişin AİHM içtihatlarına da daha

<sup>56</sup> Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.600 vd.

<sup>57</sup> ÖZBEK, s.834; YURTCAN, s. 419.

<sup>58</sup> "Mahkeme kararını, sanıklardan birisinin babasının hazırlıktaki anlatımına dayandırdığına göre, bu tek tanığın CMUK'nın 243. maddesi gereğince duruşma sırasında dinlenmesi zorunludur." (1. CD. 3.12.1975; E.3041, K.3848) YURTCAN, s.419;

Olayın tek görgü tanığının "dinlenmesinin esas etkilemeyeceği gerekçesiyle duruşmada dinlenmeden hazırlık anlatımının okunmasıyla yetinilmek suretiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır." (4. CD. 19.10.2004; E.2003/11011; K.2004/10182) ÖZBEK, s.832 .

<sup>59</sup> Bu görüşe karşın, CMK m.210'daki düzenlemenin tek tanığa münhasır anlaşılması halinde, birden çok tanığın olduğu uyumsuzluklarda, bazı tanıkların duruşmada dinlenmemesinin önünün açılacağı ve bunun da makul olmadığı ileri sürülebilir. Ancak delillerin duruşmaya getirilip mahkemece doğrudan bunlarla temas edileceğine ilişkin genel bir düzenleme CMK m.217/1'de bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; "*Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.*" Dolayısıyla kural tanıkların duruşmada dinlenmesidir; ancak bunun bazı zorunlu durumlarda (ör. CMK m.211'deki hallerde) istisnasız söz konusu olabilir. buna karşın uyumsuzlukta tek delil bir tanıkta bunun istisnasız olarak duruşmada dinlenmesi gerekir. Dolayısıyla bu görüş de kendi içinde tutarlı bir görüştür.

uygun olacağı ortadadır. Ancak CMK gerekçesine bakıldığı zaman tasarıda yer alan ve 210. maddeye tekabül eden 217. maddedeki düzenlemenin gerekçesinde kanunkoyucunun hiç de bu yönde bir iradesi olmadığı görülmektedir. Nitekim gerekçede bu düzenlemenin delillerin doğrudan doğrualığını belirtmek üzere yapıldığı ve 219. maddedeki (CMK. m.211) istisnalar haricinde olayın delili olan bir tanığın duruşmada dinlenmesi zorunluluğunu vurguladığı ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Dolayısıyla kanunkoyucunun iradesinin yukarıda belirttiğimiz ilk görüşe uygun olarak oluşturulmuşu anlaşılmaktadır.

Bu konuda AİHM içtihatları ile oldukça uyumlu bir düzenleme 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun<sup>61</sup> 9. maddesinin 8. fıkrasında yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; *bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez. Bahsi geçen ve tanık koruma tedbirleri başlıklı 5. maddenin (a) ve (b) bentlerindeki düzenlemeler ise tanığın a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi. b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesine ilişkindir.*

Görüldüğü gibi kanunkoyucu tedbir kapsamında tanığın kimliğinin gizli tutulduğu, sanığın yokluğunda dinlendiği, görüntüsünün veya sesinin değiştirildiği hallerde, tanık beyanının tek delil olarak hükme esas teşkil edemeyeceğini düzenleme altına alınmıştır. Böylelikle AİHM içtihatları ile uyumlu şekilde, sanığın doğruluğunu yüz yüze gelmek suretiyle test etme olanağına sahip olmadığı tanık beyanına dayanılarak, suçluluğa ilişkin sağlıklı bir vicdani kanaat oluşturulamayacağı kabul edilmiştir. Her ne kadar AİHM içtihatlarını tam olarak karşılamasa da, büyük ölçüde AİHS m.6/1'deki genel ilke ve m.6/3/(d)'deki tanıkları sorgulama hakkı bağlamında yaşanabilecek problemlerin önüne geçecek nitelikte olan bu düzenlemeyi yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

<sup>60</sup> CMK. m.210'un tasarıdaki karşılığı olan 217. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "217. maddenin (CMK. m.210) gerekçesinde de açıklandığı üzere, delillerin hükmü verecek mahkeme önünde ortaya konulması, tartışılması ve irdelenmesi adil yargılanma hakkının temel gereklerindedir. Bu itibarla duruşmada sanık ve tanığın ifadesine ait tutanakların okunması ile yetinilmesi, ancak zorunlu hallerde kabul olunabilir, 219. maddede (CMK m.211) söz konusu olduğu hallerde olduğu gibi..." ŞAHİN, s.600.

<sup>61</sup> Söz konusu kanunun "tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar" başlıklı 3. maddesine göre Tanık Koruma Kanunu Hükümleri aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.

b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar.

## SONUÇ

AİHS'nin 6/3/d maddesine göre; “*iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çek-tirmek,...*” adil yargılanma hakkı kapsamında sanığa tanınması gereken minimum haklardandır. Bu bağlamda sanığın, hakkında gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve böylelikle onların beyanlarının doğruluğunu test etme imkanına sahip olması, adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından zorunludur. İddia tanıklarının beyanlarının doğruluğunu test etme hakkı, köken itibarıyla Anglo-Sakson hukukundan gelen çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerine dayanmaktadır: İddia makamıyla karşılıklı olarak tanık gösterip, tanıklara soru sorabilmek çelişmeli muhakemenin, bunu eşit koşullar altında gerçekleştirebilmek ise silahların eşitliğinin bir gereğidir.

Tanık beyanlarının doğruluğunu test etme hakkı, tanıklara aleyhe olan tüm açılardan soru sorabilmeyi de kapsar şekilde anlaşılmalıdır ki, çelişmeli muhakeme gerçek anlamıyla gerçekleşebilsin. Bu itibarla sanık iddia tanıklarına bir soru sorduktan sonra, tanığın verdiği yeni bilgilerle başka aleyhe durumlar ortaya çıkarsa bu durumda soru sorma hakkının sanığa yeniden tanınması gerekir.

Sanığın iddia tanıklarıyla yüzleşebilmesi ve beyanlarının doğruluğunu test edebilmesi, savunma bakımından çok önemlidir. Bu şekilde sanık, aleyhindeki tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup mahkeme huzurunda onların güvenilirliğini test edebilecek, sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkarabilecek ve yargılama makamının uyuşmazlık konusu olayı sadece iddianın ileri sürdüğü şekliyle algılamasını önleme imkanına sahip olacaktır. Savunmaya tanınan bu hakkın amacı AİHM tarafından, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denetlemek olarak tespit edilmiştir.

Sanığın yargılama sırasında iddia tanıklarının beyanlarının doğruluğunu test etmesi, doğal olarak tanıkların dinlenmesi sırasında onun duruşmada bulunmasını gerektirir. Bu bağlamda söz konusu hak, duruşmada hazır bulunma hakkıyla yakından ilişkilidir. Ancak makul gerekçelerle duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin getirilen kısıtlamalar, bazen sanığın iddia tanıklarına soru sorabilme imkanını da ortadan kaldırmaktadır. Değişik içtihatlarında görüldüğü kadarıyla, AİHM de, tanıklara soru sorma ve bu bağlamda delillerle doğrudan doğruya temas edebilme-yi, sanıklar bakımından mutlak bir hak olarak görmemektedir. Mahkeme hakimi muhakemenin selameti açısından gerekli hallerde buna ilişkin talepleri reddedebilir. Ancak maddi gerçeğin araştırılması bakımından önemli olduğu açıkça belli olan bir sorunun sorulmasına izin verilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilecektir.

Son olarak, olayın tek delili bir tanık beyanıysa veya başka delillerin de var olmasına rağmen mahkeme mahkumiyet hükmünü temelde tek bir tanık beyanına dayandırıyorsa, bir başka deyişle tanık beyanı esaslı delilse; bu durumda söz ko-

nusu tanığın muhakkak duruşmaya getirilmesi ve sanıkla yüzleştirilmesi gerekir. Nitekim sanığın bu önemdeki bir tanığa soru sorup onunla yüzleşebilmesi, maddi gerçeğin ortaya konulması ve yargılama makamında vicdani kanaatin sağlıklı bir şekilde oluşabilmesi bakımından zorunludur. AİHM'nin de bu yönde bir içtihat oluşturduğu görülmektedir. Bu bağlamda mahkumiyet hükmünün tamamen veya önemli ölçüde bir tanık beyanına dayanması (tanık beyanının esaslı delil olması) halinde, sanığa bu tanığın beyanlarının doğruluğunu test etme imkanının tanınmaması, adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır.

### KAYNAKÇA

- AMBOS, Kai. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları - Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6," (Çev. Yener Ünver) in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- BANASZAK SR., Ronald. **Fair Trial Rights of Accused**, Greenwood Pres, London 2002.
- BOOGS, Danny J. "The Right to Fair Trial", **University of Chicago Legal Forum**, 1998.
- CENDEL, Nur-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- ESSER, Robert. **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002.
- FEYZİOĞLU, Metin. "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler," in: **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 62, Ocak/Şubat 2006.
- GEMALMAZ, Burak. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu", in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- GOODPASTER, Gary. "On the Theory of American Adversary Criminal Trial", **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 78, No:1, 1987.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", in: **AÜSBF Dergisi-İlhan Öztürk'a Armağan**, 1994/1-2.
- GRABENWARTER, Christoph. "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)", in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Osman Can), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- HARRIS, David. "The Right To A Fair Trial In Criminal Proceedings As A Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, 16, 1967.
- <http://ihami.anadolu.edu.tr>
- <http://www.echr.coe.int>

- İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- KARAKEHYA, Hakan. “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, in: **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006.
- KEYMAN, Selahattin. **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- KREY, Volker. **Strafverfahrensrecht**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln 1990.
- KUNTER, Nurullah-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer. **CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- READ, F. Tom. “Çapraz Sorgu”, in: **CMK 2 Seminer Notları**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005.
- REID, Karen. **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, (Çev. Bahar Öcal Düzgören) Scala Yayıncılık, İstanbul 2000.
- ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999.
- SILVER, Jay Sterling. “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, in: **Wisconsin Law Review**, 1990.
- ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan ERDEM-Oğuz SANCAKTAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- TOROSLU, Nevzat-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
- ÜNVER, Yener-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005.



**BASIN YOLUYLA HAKARET KAVRAMI VE  
MADDE YÖNÜNDE YETKİ SORUNU**  
*(Concept of Defamation Trough the Medium of the Press  
and the Problem of Material Jurisdiction)*

Tuğrul KATOĞLU\*

**ÖZET**

2005 yılında 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra, basın yoluyla hakaret, genel hakaret suçlarının nitelikli bir biçimi olmaktan çıkarıldı. Bununla birlikte, uygulamada, bu kavram yaşamaya devam etmekte, özellikle ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisi ve çeşitli ceza muhakemesi kurumları bakımından etkiler doğurmaktadır. Bu çalışmada, basın yoluyla hakaret kavramı, internet yayıncılığı dolayısıyla işlenen hakaret fiilleri ve bunlarla ilgili olarak ceza muhakemesine ilişkin bazı sorunlar üzerinde durulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Hakaret, Basın yoluyla hakaret, Nitelikli hakaret, Hakaretin alenen işlenmesi, İnternet yayıncılığı, Madde yönünden yetki.

*Abstract*

With the amendments made in 2005 by the Law No. 5377, defamation trough the medium of the press is no longer an aggravated defamation category. However in practice, that concept still survives and has important consequences concerning procedural institutions, particularly material jurisdiction of criminal courts. This article focuses on the concept of defamation trough the medium of the press, on defamation by electronic publications, and some related procedural problems.

**Keywords:** Defamation, Defamation trough the medium of the press, Aggravated defamation, Defamation committed publicly, Internet publishing, Material jurisdiction.

**Giriş**

Uygulamada “basın yoluyla hakaret” fiillerinin, genel hakaret suçlarının nitelikli bir biçimi olarak algılanabildiği görülmektedir. Düzenlenen iddianamelerde

\* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

isnat olunan fiili tanımlamak amacıyla basın yoluyla hakaret deyiminin kullanıldığı örnekler vardır. Bununla birlikte, Türk hukukunda basın yoluyla hakareti, genel hakaret suçlarının nitelikli bir biçimi olarak tanımlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Öte yandan, basın yoluyla hakaret kavramı, internet ortamında yapılan yayınlar ve habercilik faaliyeti açısından da kullanılmakta, “internet haberciliği” çerçevesinde yapılan yayınlar vasıtasıyla işlenen hakaret fiilleri, basın yoluyla hakaret olarak anlaşılmakta ve 5187 sayılı Basın Kanunu hükümlerinin uygulanması kabul edilebilmektedir. Halbuki, Basın Kanunu’nun amaç ve kapsamını belirleyen hükümleri ile Kanun’da öngörülen tanım maddeleri, internet haberciliği bakımından bu Kanun’un uygulanmasına engeldir.

Bu çalışmada, internet ortamında işlenebilecek hakaret suçları bakımından farklı olasılıklara göre, hangi kanunların uygulanacağı sorunu üzerinde durulacaktır. Buna göre, genel hakaret suçlarının, elektronik posta aracılığıyla işlenmesi, bu suçların “internet gazeteciliği” ya da “internet haberciliği” vasıtasıyla gerçekleştirilmesi ve nihayet habercilik özelliği taşımayan internet yayınları aracılığıyla hakaret suçlarının işlenmesi olasılıkları ayrı ayrı değerlendirilecek ve bu farklı durumlar bakımından uygulanması gereken kanun hükümleri hatırlatılacaktır.

### **I. Mevcut Ceza Hükümleri Bakımından Basın Yoluyla Hakaret Kavramı**

5237 sayılı TCK, ilk kabul edildiği biçimiyle genel hakaret suçlarının basın yoluyla işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak öngörmüştü. 26.9.2004 tarihinde TBMM’nde kabul edilen, 12 Ekim 2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kanun metninin 125. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında artırılır*” hükmüne yer verilmişti. TCK’nun 125. maddesinin, hakaretin basın yoluyla işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılmasını öngören dördüncü fıkrası 2005 yılında, 5377 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, basın yoluyla hakaret kavramı TCK’ndan çıkarılmıştır<sup>1</sup>.

125. maddenin 5377 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olan dördüncü fıkrasındaki mevcut düzenlemede, sadece hakaretin alenen işlenmesi durumunda cezanın, altıda biri oranında artırılacağı öngörülmektedir. Yani, basın yoluyla hakaret kavramına yer veren ve basın yoluyla işlenen genel hakaret suçlarının daha ağır bir biçimde cezalandırılacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

<sup>1</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hazırlanması ve kanunlaşması aşamaları, özellikle yazılı ve görsel kitle iletişim araçlarının yayınlarında Avrupa Birliği’ne giriş vizesi olarak görülüp, metnin içeriği dikkate alınmadan tezahürat ile karşılanmıştı. Bu tezahürat, metnin içeriği bir miktar anlaşılmaya başladığında, özellikle basın ile ilgili hükümlerin farkına varıldığında yerini kaygıya terk etmişti. Hatırlanacağı gibi, bu kaygı ve başkaca değerlendirmelerin sonucunda, 5237 sayılı Kanun daha yürürlüğe girmeden ya da yürürlüğe girdikten hemen sonra çeşitli değişikliklere uğramıştır. Kanun’un 1 Nisan 2005 olarak öngörülen yürürlük tarihi de 1 Haziran 2005’e ertelenmiştir.

Dolayısıyla, basın yoluyla hakaret ifadesini, genel hakaret suçlarının nitelikli bir biçimi olarak kabul etmek, iddianamelerde isnat edilen suçun adı olarak “basın yoluyla hakaret” ifadesini kullanmak, suçun hangi vasıta ile işlendiğini ifade ediyor olsa da yanlıştır. Çünkü mevcut ceza kanunlarında bu adı ya da bu içeriği barındıran bir fiil bulunmamaktadır.

Her ne kadar Basın Kanunu’nun 27. maddesinin ilk fıkrasında<sup>2</sup>, suç fiillerinin basın yoluyla işlenmesi halinde madde yönünden yetkiye ilişkin bir düzenleme öngörülmüş olsa da, bu düzenleme sadece suçun işlendiği vasıtadan hareketle davaya bakacak mahkemenin belirlenmesine yöneliktir. Yani bir maddi ceza hukuku hükmü olmayıp bir ceza muhakemesi hukuku kuralıdır. Bu düzenlemeden hareketle, özel cezai sonuçlar bağlanan bir bağımsız basın yoluyla hakaret suçu tanımının bulunduğu iddia edilemeyecektir. Bu hüküm, madde yönünden yetkinin belirlenmesine yöneliktir.

Bununla birlikte, genel hakaret suçlarının basın araçları vasıtasıyla işlendiği hallerde, söz konusu fiillerin, TCK’nun 125. maddesinin dördüncü fıkrasının mevcut sınırları içinde öngörülen, “hakaretin alenen işlenmesi” olarak değerlendirilmesi ve bu biçimde cezanın artırılması önünde bir engel yoktur<sup>3</sup>.

TCK’nda tanımlanmamış olmakla birlikte, hakaret suçunun “*gayri muayyen sayıda kişilerin algılayabileceği bir ortamda işlenmesi*”<sup>4</sup> halinde aleni olarak işlendiği kabul edilmektedir. Aleniyet koşulunun gerçekleşmesi için, fiilin umuma açık yerlerde işlenmiş olması gibi bir zorunluluk yoktur<sup>5</sup>. Nitekim, mülga 765 sayılı TCK’nun 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, fiilin “*matbuat vasıtasıyla*” işlenmesi halinde aleniyet unsurunun gerçekleştiği kabul edilmekteydi<sup>6</sup>. Mülga Kanun’un

<sup>2</sup> “Görevli mahkemeler ve yargılama usulü

*Madde 27- Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür.*”

<sup>3</sup> Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, S. 68, s. 74, 75; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2010, s. 238, 239; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. B., Ankara, Seçkin, 2012, s. 472, 473; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. B., Ankara, Seçkin, 2012, s. 466.

<sup>4</sup> Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 6. B., Ankara, Savaş Yayınevi, 2012, s. 120, 121; Aynı yönde, Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C. I**, İstanbul, Beta, 2007, s. 243; Yenidünya, Alşahin, s. 75.

<sup>5</sup> Toroslu, s. 121.

<sup>6</sup> 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Fiil:*

1. *Matbuat vasıtasıyla veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla;*

2. *Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;*

3. *Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır*” hükmüne yer verilerek bir aleniyet tanımı yapılmıştı.

153. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bu tanım, sadece maddede öngörülen, askerleri kanunlara karşı itaatsizliğe veya yeminlerini bozmaya teşvik suçları bakımından değil, genel olarak Ceza Kanunu'nun uygulanması açısından dikkate alınması gereken bir tanımdır. Nitekim mülga Ceza Kanunu'nun 268. maddesinin son fıkrasında öngörülen, hakaretin adli, idari, siyasi veya askeri resmi heyetlere yönelik olarak ve bunların gıyabında, aleni surette işlenmesi biçimindeki nitelikli suç bakımından, aynı fıkırada mülga Kanun'un 153. maddesinde öngörülen aleniyet koşulunun gerçekleşmesi aranmaktaydı.

Bu değerlendirmelerden hareketle, basın araçları aracılığıyla işlenen genel hakaret suçlarının, bu suçların aleni biçimde işlenmesi halinde cezanın artırılmasını öngören mevcut 125. maddenin dördüncü fıkrası kapsamında ele alınacağı açıktır. Gerçekten, 765 sayılı TCK'nun huzurda alenen hakareti cezalandıran 480. maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin olarak yayın yoluyla hakaret bakımından söz konusu olan aleniyet unsurunun, belirli ve özel bir anlamda kullanılan aleniyet olduğu, örneğin "neşir" biçimindeki özel araçlardan birinin kullanılması gerektiği, buna karşılık tek başına alenen hakaretin ise, bu araçlar kullanılmaksızın, "kalabalık sayıda kimselerin hakareti öğrenmelerini mümkün kılabilen her hangi bir vasıta ile suçun işlenmesi" anlamına geldiği belirtilmiştir<sup>7</sup>. Bu çerçevede, basın ya da yayın yoluyla hakaretin, aleni hakaretin özel bir biçimi olduğu sonucuna varmak kaçınılmazdır.

## II. İnternet Yayıncılığı Bakımından Basın Yoluyla Hakaret Kavramı

Çalışmanın konusu, internet yayınları aracılığıyla işlenen hakaret suçları ile sınırlı olduğundan, internet bağlantısı sayesinde e-posta iletileri gönderilmek suretiyle işlenen hakaret ya da sövme fiilleri üzerinde ayrıntılı biçimde durulmayacaktır.

Ancak, öncelikle internet yayınlarıyla işlenen hakaret suçları ile internet aracılığıyla gönderilen iletiler vasıtasıyla işlenen hakaret fiillerini birbirinden ayırmak gerekir.

### 1. Elektronik Posta Aracılığıyla Hakaret

Elektronik posta gönderilmesi suretiyle işlenen genel hakaret fiillerinin, TCK'nun 125. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen "*Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletile işlenmesi hali..*" olarak kabul edileceği açıktır. Kimi yazarlar, mevcut kanuni düzenlemelere göre, elektronik posta iletileri ile hakaretin huzurda hakaret sayılacağını savunsalar da<sup>8</sup>, 125. maddenin ikinci fıkrasında, bir bütün olarak ilk fıkraya gönderme yapılmakta, bu fıkırada ise, hem

<sup>7</sup> Sahir Erman, Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar**, İstanbul, 1994, s. 325, 326.

<sup>8</sup> Mustafa Özen, "Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2008, S. 75, s. 104.

huzurda hem de gıyapta hakaretin basit biçimi tanımlanıp cezalandırılmakta olduğundan bu sonuca varmak olanaklı değildir.

765 sayılı TCK'nun huzurda hakareti düzenleyen 480. maddesinde, mektup ya da ileti aracılığıyla hakaret fiilinin işlenmesi hipotezine yer verilmişti. Ancak mevcut düzenlemede, yani genel hakaret suçlarının basit biçimine ilişkin 125. maddenin ilk fıkrasında huzurda ve gıyapta hakaret fiilleri bir arada düzenlenmiştir. Öte yandan, mülga Kanun'un 480. maddesinin, mektup yoluyla hakareti öngören ikinci fıkrasında hakaret fiilinin, mağdur yalnız olsa bile huzurunda veya kendisine hitaben yazılıp gönderilmiş bir mektup ya da başkaca ileti veya telefon ile işlenmesi durumları ayrı ayrı kaleme alınmıştı. Yani kanunkoyucu ikinci fıkrada, mağdurun yalnız olduğu huzurda hakaretin yanı sıra, mektup ya da sair ileti yoluyla yapılan hakareti ayrı ayrı ifade etmişti.

Öte yandan, hakaret içeren ileti gönderme davranışının, mağdurun huzurunda gerçekleştiğini söylemek de olası görünmemektedir.

Sonuç olarak, huzurda işlenmiş sayılıp sayılmaması bir yana elektronik posta yoluyla hakaretin, 125. maddenin ikinci fıkrasına göre cezalandırılacağı konusunda bir kuşku yoktur.

## **2. İnternet Yayıncılığı ve İnternet Yayınları Yoluyla Hakaret**

İnternet yayınları ve internet yayıncılığı, örneğin "internet gazeteciliği" yoluyla işlenen hakaret fiilleri, e-posta iletilerine uygulanacak 125. maddenin ikinci fıkrası hükmünün kapsamı dışındadır. Bu tür fiillerin ileti göndermek olarak nitelendirilemeyecekleri açıktır.

Uygulamada, gazetelerin internet sitelerinde yapılan yayınlar ya da başkaca internet sitelerine yerleştirilen yazılı, görsel, işitsel ifadeler yoluyla işlenen hakaret fiillerinin basın yoluyla hakaret olarak nitelendirildiği bilinmektedir. Uygulamanın yanı sıra, öğretilerde de İnternet yayıncılığının basın faaliyeti olarak görülmesi görüşünü ve bunun sonucunda 5187 sayılı Basın Kanunu'nun basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin madde yönünden yetkiyi düzenleyen 27. maddesinin internet yayınları bakımından uygulanmasını savunanlar vardır. Uygulamaya egemen olan ve öğretilerde de destek bulan bu değerlendirmeye aslında bizzat Basın Kanunu'nun kendisi engeldir. Aşağıda, bu görüş ele alınacak, ardından Basın Kanunu hükümleri ile mevzuat çalışmaları da hatırlatılarak internet yayınlarının, internet gazeteciliği de dahil olmak üzere 5187 sayılı Basın Kanunu çerçevesinde değerlendirilemeyeceği vurgulanacaktır.

### A. İnternet Yayıncılığının Basın Kanunu Kapsamında Değerlendirileceği Görüşü

Öğretide, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un, ceza hükümleri açısından, 5187 sayılı Basın Kanunu'na göre özel bir kanun olmadığı, yer verilen tanımlar ve diğer düzenlemeler dolayısıyla “*başvurulması gereken yardımcı bir yasal kaynak olduğu*” savunulmuştur<sup>9</sup>. Yani bu görüşe göre, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun internet yayınlarına uygulanması bakımından bir “yardımcı yasal kaynak”tır.

Bu görüşe koştur olarak, ayrıca, internet haberciliği dolayısıyla kişilik haklarına saldırı niteliğindeki fiillerin işlenmesi durumunda, basın yoluyla saldırılara ilişkin esasların dikkate alınması, bu yayınlar ve özellikle internet haberciliği-gazeteciliği bakımından, haber verme ve eleştiri hakkının kullanılmasına ilişkin kamu yararı, gerçeklik, anlatım ve konu arasındaki oran ile güncellik gibi koşulların gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. İnternet gazeteciliği ya da internette basın faaliyeti yürüten web sitelerinin yayınları dışında kalan yayınlar bu değerlendirmenin kapsamı dışındadır<sup>10</sup>.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 2001 yılında verdiği bir kararda, internet gazeteciliği ya da bu kapsamdaki yayın faaliyeti sırasında kişilik haklarına saldırıyı basın yoluyla kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirmiştir<sup>11</sup>. Bununla birlikte, kararda, o tarihte internet yayınlarının durdurulması ve çıkarılması kararları verilmesine ve bu kararların yerine getirilmesine ilişkin kanuni düzenlemeler bulunmaması nedeniyle, yerel mahkemenin bu yönde karar alınmasına ilişkin talebi reddetmeyerek kabul etmesini hukuka aykırı bularak bozma kararı vermiştir.

İnternet yayıncılığının 5187 sayılı Basın Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar, internet yayınları bakımından o tarihte yayının durdurulması ya da çıkarılması kararı verilmesine olanak veren bir düzenleme bulunmamasının bu yöndeki talebin reddini gerektirmediğini belirtmişler ve “dar anlamda basın ile internet yoluyla basın arasında” hukuki sorumluluğun esasları bakımından bir fark olmadığı düşüncesine dayanarak 4. Hukuk Dairesi'nin verdiği bu bozma kararını eleştirmişlerdir<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Kayıhan İçel, Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 8. B., İstanbul, Beta, s. 489.

<sup>10</sup> İçel, Ünver, s. 497.

<sup>11</sup> 4. H.D.'nin 8.2.2001 tarih ve 755/1157 sayılı kararı için bkz. İçel, Ünver, s. 498.

<sup>12</sup> İçel, Ünver, s. 499. Esasen kişilik haklarına saldırı oluşturan fiillerin, henüz 5651 sayılı Kanun'un yürürlükte olmadığı dönemde ve internet vasıtasıyla işlenmesi halinde, özel bir kanun olan Basın Kanunu hükümlerinden de yararlanılması gerekli değildi. Kişilik haklarına saldırı halinde genel hükümlere göre ilgili tedbirlerin alınmasını sağlamak mümkündür.

Bununla birlikte, mülga 5680 sayılı Basın Kanunu'na internet yayıncılığı ile ilgili olarak bir madde eklenmek istenmiş, 4676 sayılı Kanun ile öngörülen bu ek madde, Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmiş ve sonuç olarak da kanunlaşmamıştır<sup>13</sup>. Mevcut Basın Kanunu'nda da internet yayınlarını kapsayan bir hüküm bulunmamaktadır. 5187 sayılı Basın Kanunu'na ilişkin söz konusu ek maddenin kanunlaşmamasına ya da Kanun'da, bu kanun hükümlerinin internet yayınlarına da uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamasına karşın, basın faaliyeti ile internet yoluyla yapılan gazetecilik arasındaki ayrımın yapay olduğu ve Basın Kanunu hükümlerinin internet yayıncılığına da uygulanabileceği savunulmuştur.

Yine öğretilerde, Basın Kanunu'nda internet yayıncılığı ile ilgili bir düzenleme bulunmamakla ve internet yayınları da süreli yayınlar arasında sayılmamakla birlikte, internetin de “niteliği itibariyle süreli yayın kapsamında” değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, süreli yayınlara uygulanan hükümlerin internet yayınlarına da uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre, aksi düşünce, suçla mücadelede zaafa yol açacaktır.

Bunun yanı sıra, TCK'nun 6. maddesinin (g) bendinde “ceza kanunlarının uygulanması” bakımından öngörülen, “*Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*” anlaşılır hükmünün de internet yayıncılığı ya da gazeteciliğine Basın Kanunu hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracağı, ancak böyle bir düzenleme olmasaydı dahi aynı sonuca ulaşılabileceği dile getirilmiştir.

## B. Görüşün Eleştirisi

İnternet yayıncılığı ya da internet ortamında yapılan gazetecilik faaliyetinden doğan sorumluluk ve muhakeme hükümleri bakımından Basın Kanunu'nun uygulanacağı yönündeki görüşlerin farklı açılardan değerlendirilmesi mümkündür. Bu çerçevede, söz konusu görüşler, Basın Kanunu'nun kapsamı, basılmış eser kavramının tanımı gibi doğrudan 5187 sayılı Kanun'da öngörülmüş hükümlerin yanı sıra, TCK'ndaki düzenlemeler bakımından da ele alınacaktır.

### a. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun İlgili Hükümleri Bakımından

Tartışma ile ilgili doğru bir sonuca varmak bakımından, Basın Kanunu'nun amaç ve kapsamı ile konuya ilişkin temel tanımlara göz atılması zorunludur.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun amaç ve kapsama ilişkin ilk maddesinde, Kanun'un amacının, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemek olduğu belirtildikten sonra, “*Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar*”

<sup>13</sup> İçel, Ünver, s. 498.

hükmüne yer verilmiştir. Bu suretle, Kanun'un sadece "basılmış eserlerin" basımı ve yayımı faaliyet alanına uygulanacağı vurgulanmış olmaktadır.

Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı ikinci maddesinin (a) bendinde "basılmış eser", (b) bendinde "yayım", (c) bendinde "sürelî yayım" tanımları yapılmıştır. Bu ifadelerin, Kanun'da öngörülen tanımlar çerçevesinde anlaşılması gerektiği açıktır.

Basım Kanunu'nun uygulanmasında **basılmış eser**, "*Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını*";

**Yayım**, "*Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını*";

**Sürelî yayım ise**, "*Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını*" ifade eder.

Tanımlarda, basılmış eser ya da ürünlerin esas alındığı görülmektedir.

5187 sayılı Kanun'da aynı anlayış yayımcı ve basımcı kavramları bakımından da kabul edilmiştir. İkinci maddenin (j) ve (k) bentlerine göre, Yayımcı, "*Bir eseri **basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi***" basımcı ise, "*Bir eseri **basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişiyi***" ifade etmektedir.

Basım Kanunu'nun uygulama alanı birinci maddede açıkça sınırlanmıştır. Kanun, sadece basılmış eserlerin basımı ve yayımı ile ilgilidir. Nitekim "yayım" kavramının tanımlandığı ikinci maddenin (b) bendinde, yayım faaliyeti mutlaka basılmış eserlerin kamuoyuna sunulması olarak anlaşılmaktadır. Yani, yayımdan önce eserin basılmış olması şarttır.

Kanun'da, basılmış eser kavramı da aynı berraklıkla tanımlanmış ve sınırlanmıştır. "*Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları*" ifadesinden hareketle, internetteki bir yayının basılmış eser olarak kabulü mümkün değildir. Bu çerçevede, internet yayınının çıktısının alınması olanağının mevcudiyeti, bizzat internet yayınının basılmış eser olarak kabulüne olanak vermemektedir.

Aynı şekilde, sürelî yayım kavramı da Kanun'da açıkça tanımlanmıştır. Kanun'da öngörülen basılmış eser tanımı ile birlikte değerlendirilmesi gereken sürelî yayım tanımı karşısında, internet yayınlarının "niteliği itibarıyla" sürelî yayım sayılması gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir.

Nihayet, 5187 sayılı Kanun'un "*Cezai sorumluluk*" kenar başlıklı 11. maddesinde, basılmış eserler yoluyla işlenen suçların yayım anında oluşacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, suçun oluşumu bakımından yayım tarihi esas alınacağı için yine Kanun'da öngörülen yayım tanımından hareket edilmesi gerektiği açıktır. Hemen yukarıda aktarıldığı üzere, yayım faaliyeti, basılmış eserlerin herhangi bir



şekilde kamuoyuna sunulmasıdır. İnternet yayını ise, basılmış eserin kamuoyuna sunulduğu bir vasıta değildir. Aynı şekilde, düzeltme ve cevap hakkı (14. madde) ile süreli yayınların dağıtımına (23. madde) ilişkin hükümlerin bünyesel olarak internet yayınlarına uygulanması olanağı yoktur. Bu son düzenleme de, internet yayıncılığının, Basın Kanunu kapsamında değerlendirilmesinin basılmış eser kavramı ile vasıtaların özelliği bakımından mümkün olmadığını göstermektedir.

Nitekim, mülga 5680 sayılı Basın Kanunu'na internet yayıncılığı ile ilgili olarak bir madde eklenmesi amacıyla, 4676 sayılı Kanun ile öngörülen ek maddenin, Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmiş ve sonuç olarak da kanunlaşmamış olması, daha sonra mevcut Basın Kanunu'nda da internet yayınlarını kapsayan bir hüküm öngörülmemesi 5187 sayılı Basın Kanunu'nun internet faaliyetine uygulanamayacağını göstermektedir.

İnternet yayınları vasıtasıyla veya internet yayıncılığı ya da gazeteciliği dolayısıyla işlenen genel hakaret suçları bakımından uygulanması gereken hükümler 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da yer almaktadır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Amaç ve kapsam" kenar başlıklı ilk maddesinde Kanun'un amaç ve kapsamının, "içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek.." olduğu açıkça ifade edilmektedir. Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinin (g) bendinde "internet ortamı" kavramı, "Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı maddenin (ğ) bendinde ise, "İnternet ortamında yapılan yayın"ın, "İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri" ifade ettiği hükme bağlandıktan sonra, (l) bendinde "yayın" kavramının, "İnternet ortamında yapılan yayın.." olarak tanımlandığı görülmektedir.

5651 sayılı Kanun'un amaç ve kapsam ile tanımlara ilişkin ilk iki maddesinde öngörülen düzenlemeler ışığında, internet yayıncılığına ve internet yayıncılığı vasıtasıyla işlenen suç fiillerine bu Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek zorunludur.

5651 sayılı Kanun'un 8 ve 9. maddelerinde, internet ortamında yapılan bazı yayınlara erişimin engellenmesi ile kişilerin haklarını ihlal eden yayın içeriğinin kaldırılmasına ilişkin hükümler öngörülmüş bu yöndeki kararların yerine getirilmemesi fiilleri suç olarak tanımlanmış ve ceza müeyyidesine bağlanmıştır. 5651 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin 30.11.2007 tarihli Yönetmelik'te de bu türden fiillere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

O halde, bu Kanun'un 5187 sayılı Basın Kanunu'na "yardımcı bir kaynak" olduğu, Basın Kanunu'na göre özel bir kanun olmadığı yönündeki değerlendirmeye katılmak da mümkün değildir. İki ayrı kanun, iki ayrı faaliyet alanı ve aracını düzenlemektedir.

Dolayısıyla, internet gazeteciliği olarak da ifade edilen internet yayıncılığı dolayısıyla işlenen hakaret fiilleri bakımından, sadece özel kanun niteliğindeki 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması gerekirken, Basın Kanunu hükümlerinin de dikkate alınması bizzat bu sonuncu Kanun'a ve özel kanunun önceliği ilkesine aykırıdır.

Sonuç olarak, internet haberciliği ya da gazeteciliği faaliyeti açısından yeni bir kanun hazırlanması belki de en doğru çözümdür. Ancak böyle bir kanunun yürürlüğe girmesine kadar, Basın Kanunu'nun, mevcut haliyle internet haberciliği bakımından uygulanması hukuken olanaksızdır.

Diğer bir çözümün, 5187 sayılı Basın Kanunu'na internet yayıncılığı ile ilgili hükümler eklenmesi olduğu düşünülebilirse de, Kanun'un, kapsam, tanım, suçun oluşması gibi hükümleri düşünüldüğünde, mevcut sisteminin bozulmaması bakımından yeni ve özel bir kanun hazırlanmasının daha doğru olacağı anlaşılmaktadır.

### **b. Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükümleri Bakımından**

TCK'nun 6. maddesinin (g) bendinde öngörülen ve ceza kanunlarının uygulanması bakımından, "*Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*"ın anlaşılması gerektiği biçimindeki tanım, bentte de belirtildiği gibi, sadece ceza kanunlarının uygulanması bakımından sonuç doğuracak bir tanımdır.

Bu tanımın, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun ve basılmış eser kavramının kapsamını genişletmek gibi bir sonuç doğurması mümkün değildir. TCK'nun 6. maddesinin (g) bendinde öngörülen bu tanım, ceza hükümleri içinde geçen "basın ve yayın yoluyla" ifadesinin anlamını belirlemeye yöneliktir. Öte yandan söz konusu tanımda sadece basın ifadesiyle yetinilmemiş, daha da geniş bir faaliyet alanının sınırları belirlenmiştir. Yani söz konusu tanım, sadece "basın yoluyla işlenen fiiller" değil "hem basın hem de yayın yoluyla işlenen fiiller" in kapsamını belirlemektedir. Basın Kanunu ise, sadece basın faaliyeti ile ilgili özel bir kanundur.

Öte yandan, giriş kısmında da hatırladıldığı üzere, TCK'nda öngörülen genel hakaret suçlarının nitelikli biçimleri arasında "basın yoluyla hakaret" bulunmamaktadır. Yani ceza kanunlarında, hakaretin basın yoluyla işlenmesine dair bir suç tanımı bulunmamaktadır. Yine bu tanımlar arasında fiilin, "yayın yoluyla" işlenmesine dair de bir arazi unsur bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, TCK'nun 6. maddesinin (g) bendinde öngörülen bu tanım, sadece "basın ve yayın yoluyla" ifadesinin kullanıldığı ceza kanunları bakımından sonuç doğurmalıdır.

Öte yandan, Basın Kanunu, bir özel ceza kanunu olmayıp ceza hükümleri de içeren bir özel kanundur. Basın Kanunu'nun, 27. maddesi de, bir ceza hükmü olmayıp bir muhakeme normudur.

### C. İnternet Yayıncılığı ya da Gazeteciliği Kapsamına Girmeyen ve İnternet Sitelerinde Yapılan Yayınlar Yoluyla Hakaret

Habercilik niteliği taşımayan internet yayınlarının ise, basın faaliyetine ilişkin olarak Basın Kanunu'nda öngörülen düzenlemeler ile uzaktan yakından ilgisi olmadığı açıktır<sup>14</sup>.

İnternet yayınları vasıtasıyla işlenen hakaret fiilleri bakımından, artık mevcut olmayan basın yoluyla hakaret suçu söz konusu olamayacağı gibi, kanunen bir basın faaliyeti de bulunmadığından sadece hakaretin alenen işlenmesi halinin mevcudiyeti tartışılabilir. Zira genel anlamda internet yayınları, gayri muayyen sayıda kişiye ulaşabilecek niteliktedir.

İnternet ortamında yapılan ve hakaret içeren yayınların 5651 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacağı, öte yandan TCK'nun 125. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen hakaret suçunun alenen işlenmesine ilişkin düzenleme kapsamında değerlendirileceği kuşkudan uzaktır. Nitekim, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ğ) bendinde öngörülen ve "İnternet ortamında yapılan yayın" ifadesinden, "İnternet ortamında yer alan ve içeriğine *belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri(n)*" anlaşılması gerektiği yönündeki tanım da bu yorumu desteklemekte hatta zorunlu kılmaktadır.

### III. Yanlış Uygulamanın Muhakeme Hukuku Bakımından Sonuçları

İnternet yayınları ve internet yayıncılığına, öngördüğü hükümlere aykırı biçimde 5187 sayılı Basın Kanunu'nun uygulanması, muhakeme hukuku bakımından da kabul edilemez sonuçlara yol açmaktadır. Bu yaklaşım, dava açma süreleri ve madde yönünden yetki bakımından, sadece dar ve teknik anlamda basın yoluyla işlenebilecek suçlara uygulanabilecek özel, istisnai nitelikteki düzenlemelerin, internet yayınları ya da yayıncılığı vasıtasıyla işlenen fiillere de uygulanması yolunu açmaktadır. Bu şekilde, özel ya da istisnai nitelikteki muhakeme hükümlerinin, Kanun'da öngörülmeyen suç fiilleri bakımından da uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu uygulamanın, muhakeme hukuku ilkelerine aykırı bir kıyas faaliyeti olduğu dahi söylenemez. Zira, kıyas, ancak, olay ya da işlem bakımından uygula-

<sup>14</sup> Aynı yönde, İçel, Ünver; s. 497.

nabilecek bir kanun hükmü bulunmayan hallerde başvurulabilecek bir yöntemdir. Halbuki, internet yayınları ya da internet yayıncılığı yoluyla işlenecek suçlara uygulanabilecek özel ve genel mahiyette ceza ve ceza muhakemesi hükümleri mevcut olduğundan, hakkında kanuni düzenleme bulunmayan fiil ve olgulara, benzerlik ilişkisinden hareketle farklı kanun hükümlerinin uygulanması anlamına gelen kıyasın koşulları da oluşmamıştır. Öte yandan, istisnai nitelik taşıyan muhakeme hükümlerinin de, kıyas kaynağı olarak kullanılması yolu kapalıdır.

### 1. Dava Süreleri Bakımından

İnternet yayınlarının ya da internet yayıncılığının, Basın Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirilmesi durumunda, bu Kanun'da ceza davalarının açılması (esasen iddianame düzenlenerek mahkemeye sunulması) için öngörülen özel sürelerin de bu tür yayınlar vasıtasıyla işlenen suç fiilleri bakımından dikkate alınması sonucu doğabilecektir.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Dava süreleri" kenar başlıklı 26. maddesinde, basılmış eserler yoluyla işlenen ya da Kanun'da öngörülen diğer suçlarda ceza davası açılması (iddianame düzenlenmesi ve sunulması) özel sürelerle bağlanmıştır. İlk fıkrada, günlük süreli yayınlar vasıtasıyla işlenen suçlar bakımından, basılmış eserlerin savcılığa teslimi ya da bu suç fiilinin savcılık tarafından öğrenilmesinden itibaren dört ay içinde ceza davası açılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Diğer basılmış eserler bakımından bu süre altı ay olarak kabul edilmiştir. Her halde, TCK'nda öngörülen zamanaşımı süreleri dolmakla, dava açılması olanağı da ortadan kalkacaktır.

Maddenin iki ve üçüncü fıkralarında sorumlu müdür ya da sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanan eserler dolayısıyla dava açma sürelerinin, bu kişiler hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacağı, sorumlu müdürün, eser sahibinin kimliğini bildirmesi durumunda ise, bu sürelerin bildirim tarihinden itibaren işleyeceği öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada, kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, dava açma sürelerinin, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihte başlayacağı belirtildikten sonra son fıkrada, kovuşturmanın izin ya da karar alınmasına bağlı bulunduğu suçlarda dava sürelerinin, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir.

Basılmış eser niteliği taşımadığı halde, internet yayınlarının, Basın Kanunu kapsamında kabul edilmesi durumunda, genel hükümlere göre dava açılması bakımından özel bir süre sınırının bulunmadığı hallerde dahi, dört ve altı aylık sürelerin uygulanması gerekecek, suçun mağduru ya da suçtan zarar gören bakımından aleyhe bir durum ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde, takibi şikayete bağlı suçlarda da,

ilk fıkrada belirlenen sürele tabi olunacak, TCK’nda öngörülen altı aylık şikayet süresi yerine, dört aylık sürenin uygulanması olasılığı ile karşılaşılacaktır.

## **2. Madde Yönünden Yetki (Görev) Kuralları Bakımından**

Basın Kanunu’nun 27. maddesinde, madde yönünden yetkili mahkeme ve muhakeme usulüne dair özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, basılmış eserler vasıtasıyla işlenen ya da Kanun’da öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan ağır ceza işlerinden olanların ağır ceza mahkemelerinde, diğerlerinin ise, asliye ceza mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır. İkinci fıkrada, ağır ceza ve asliye mahkemelerinin birden çok dairesi bulunması halinde, davaların iki numaralı mahkemelerde görüleceği belirtildikten sonra, basılmış eserler yoluyla işlenen ya da Kanun’da sayılan diğer suçlara ilişkin davaların acele işlerden sayılacağı belirtilmiştir.

İnternet yayıncılığı-haberciliği vasıtasıyla işlenen genel hakaret suçlarının “basın yoluyla” işlenmiş sayılması halinde, madde yönünden asıl yetkili olan sulh ceza mahkemesi yerine, bu fiiller bakımından yetkili olmayan asliye ceza mahkemelerinde davaların görülmesi söz konusu olacaktır. Nitekim uygulamada durum böyledir. Halbuki, mevcut durumda, genel hakaret suçları bakımından madde yönünden yetkiye ilişkin istisnai bir düzenleme olmayıp, yanlış yoruma dayanan uygulama dolayısıyla kanunen görevli olandan başka bir ceza mahkemesi davaya bakmaktadır. Madde yönünden yetki kurallarının yorum ile değiştirilmesi, kanunen madde yönünden yetkili mahkemeden başka bir mahkemede genel hakaret suçlarına ilişkin ceza davalarının görülmesi doğal yargıç ilkesine de aykırıdır.

## **Sonuç**

Her ne kadar, “basın yoluyla hakaret”, ifadesi, genel hakaret suçlarının nitelikli bir biçimini tanımlamak amacıyla halen kullanılmakta olsa da, Türk hukukunda basın yoluyla hakareti, genel hakaret suçlarının nitelikli bir biçimi olarak tanımlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Öte yandan, “basın yoluyla hakaret” kavramının, internet ortamında yapılan yayınlar ve habercilik faaliyeti açısından da kullanılması, “internet haberciliği” çerçevesinde yapılan yayınlar vasıtasıyla işlenen hakaret fiillerinin, basın yoluyla hakaret olarak kabulü yanlıştır.

Öğretide, internet haberciliğini “basın faaliyeti” olarak kabul edenlerin mevcudiyetine karşın, 5187 sayılı Basın Kanunu kapsamına girmeyen ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümlerine tabi internet yayıncılığı ya internet yayınları bakımından 5187 sayılı Kanun’un uygulanması her iki

Kanun'un amaç ve kapsam ile ilgili hükümlerine ve özel kanunun önceliği ilkesine aykırıdır.

Bu yanlış uygulama, ceza muhakemesi bakımından da yanlış sonuçlara yol açmakta, aslında sulh ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisine giren işlere basın suçlarına bakan asliye ceza mahkemeleri el atmaktadır. Aynı şekilde, sadece basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava süreleri internet yayınlarına uygulandığı taktirde, kendi özel kanununda öngörölmeyen sürelerin uygulanması söz konusu olabilecektir.

## DEVLET SIRRI, KİMİN SIRRI? (*State Secret, Whose secret?*)

Rukiye AKKAYA KİA\*

### ÖZET

Sır, hukuk tarafından farklı alanlarda düzenlenmiş bir kavramdır. Ancak “devlet sırrı”nın niteliği ve kapsamı hakkında Türkiye’de henüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır.

**Anahtar kelimeler:** Sır kavramı, Devlet sırrı, Türkiye’de “Devlet Sırrı” tartışması.

### *Abstract*

Secret is a concept for different forms of laws. There is no law covering the State Secret in Turkey. The draft has been written but has not been approved yet.

**Keywords:** The concept of “secret”, State Secret, The discussion on “State Secret” in Turkey.

Sır, başkalarının bilinmesinde sakınca görüldüğü için bir olayın, bir bilginin, bir durumun vb. dışarıya karşı korunmasıdır. Bu koruma ihtiyacı, sırrın içeriğini oluşturan konunun, başkalarının bilinmemesinde yarar görüldüğünü açığa vurur. İnsan için bilginin ve bilme durumunun dereceleri varsa; sır, gizlilik açısından en üstte yer alır. Gizlenen bilgi, üçüncü kişilerden özenle sakınılan bilgi, bir mahremiyet içerir. Başkalarına kapalı, alenileşmemiş, gizlenmesinde yarar görülen; bir bilgiye, bir olaya, bir duruma dair kapalı alandır sır<sup>1</sup>.

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Hukuki açıdan, “sır” ve “devlet sırrı” kavramına ilişkin akademik çalışma, yok denecek kadar azdır. Bununla birlikte, sır kavramına ilişkin hukuki düzenlemelerin çeşitliliği için bakınız; Süheyl Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s. 4 vd. Fatih Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasası), Seçkin Y. Ankara, 2003, s. 25 vd. İşveren ve işçi arasında imalat sırları, kişisel sırlar, banka ve ticari alanlardaki özel bilgiler, dok-

Sır kavramı, bir gizem haresi ile en yakınımızdadır aslında. Tanrısal sırları insanlara ulaştıran “kahinler” ve mitolojik semboller, kapsamlı araştırma konuları arasındadır. Özellikle mitolojik öğelerle bezenmiş sırlar; geçmişte, evrenin bilinmeyen ama korkulan yönlerine dairdi. Bu sırların özel ve simgesel anlamları vardı. Mitolojik sırlar, Tanrısal sırlar, doğanın sırrı...

Tanrısal sırdan bahsederken, mitolojik öğelerin; doğadaki sırlardan bahsederken, yasaları henüz yeterince aydınlanmamış fenomenlerin; insana dair sırlardan bahsederken, özel yaşamın, devlete dair sırlardan bahsederken kamusal gizemin dilidir sır. Tanrısal sırlar; yaratıcı ile insan dünyası arasındaki bilgi düzeyinin hiyerarşik konumu gösterir. Üstelik, mitolojik öykülere bakılırsa; insanın başına gelen belaların taşıyıcısı yine bu sırlardır.

İnsan dünyasına ilişkin sır, özellikle gizlenir. Gizli tutulmasında haklı çıkarları olan kişiler tarafından özel olarak korunur. Bilinmesinde ve başkalarına aktarılmasında sakınca vardır. O kadar ki; hemen hemen tüm kültürlerde, bir kişinin kendisine aktarılan bir sırrı üçüncü kişilere açıklaması ahlaka aykırı bir davranış olarak kabul edilir. Sır sahibi; onu, özenle gizlemek ister. Bir bilginin, bir durumun gizli olması, sır olgusunu güven duygusunun tam zıt kutbuna yerleştirir. Sır tutabilmek, önemli olumlu kişilik özellikleri arasında sayılır. Çevremizden bir insan, bizimle bir sırrını paylaştığında, onun kendi dünyasında bize sanki diğerlerinden özel bir yer ayırdığını hissederiz. Bu, ayrıcalıklı bir durumdur. Bazen de o kişinin sırrını neden bizimle paylaştığını düşünürüz. Çünkü diğerleri, bu “özel bilgi” alanından kovulmuştur. Aslında sizin dışınızda olanların, bu bilgiye erişmelerinin tehlikeli olabileceği ima edilmiştir. Bununla birlikte, bir sırrın üçüncü kişiye aktarılması ya da birden fazla kişi tarafından biliniyor olması, onun sır özelliğini kaybetmesine neden olmayacaktır.

İnsan nasıl sır tutar? Bu bilgiyi saklayarak, koruma altına alarak ve bazen de unutarak. Hafızasının derin dehlizlerine hapsederek. Bunlar insanların sırlarına ilişkin düşünceler...

Devletlerin de sırları vardır. Devletler, insanların hafızaları gibi biyolojik bir hafızaya sahip olmadığından “arşivler” gibi devasa suni hafızalar içinde korur sırlarını. Bazen o özel bilgiyi, kendisi unutmaz. Ama unutturmaya çalışır. Bilgiyi çarpıtarak yeniden tedavüle sokma yolu ile yani “desenformasyon” ile. Sözkonusu sır

---

tor-hasta, müvekkil-avukat arasındaki ilişkide görülen meslek sırrı gibi özel hukuk alanında düzenlenen sır yanında; askeri ve ekonomik sır, devlet sırrı gibi kamu hukuk alanına ilişkin sırlar hep gündelik dilde kullanılır. Ayrıca kavramın yönetim ilkesi ve idare hukuku açısından şu kaynaklara bakılabilir. Ramazan Erdağ, “Yönetimde Gizlilik ve Devlet Sırrı Kavramı”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 463-464, 2009, s. 93 vd. Ramazan Şengül, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini “Camdan Eve” Dönüştürür mü?”, *AÜSBFD*, Sayı 60, s.216 vd. Ali Fuat Gökçe, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Yürütmeyi Desteklemesinde Meclis Araştırması Komisyonlarının İşlevselliği”, *Yasama Dergisi*, Sayı 11, 2009, s.86 vd.



konumundaki bilginin günlük konuşmalara yansımaları önlemek için en azından bir süre yakın ilişkiler ağına dikkat eder, açıkça sansür uygular yani her türlü iletişimi ve haberleşmeyi ön denetime tabi tutar. Bir bilgi, devlet tarafından “sır” olarak ilan edildiğinde, artık o konu, durum, bilgi, “sırlar arşivine” dahil edilmiş demektir. Arşivler, devletin kılcal damarlarıdır, bir travma oluştuğunda dışarıdan yara açılmaz ve kan içeriye doğru akar. Bu durumu öngören devlet, bu kılcal damarları birbirinden izole etme yoluna gidebilir.

Sır, hukukun koruma altına aldığı bir konudur. Özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında, sır kavramına ilişkin düzenlemeler vardır. Yasakoyucu, sır ve mahremiyet olgularını; açıklandığında veya ortaya çıktığında karşılaşılabilecek çeşitli durumları öngörerek tedbirli davranmıştır.

Sır kavramı, 10 Aralık 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyanname-sinde, özel yaşama saygı ve özel yaşamın gizliliği olarak karşımıza çıkar. Burada sır kavramı, özel yaşam alanı ile ilişkilendirilmiş ve korunmasında hukuken yarar görülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi de benzer bir hükümlerle, “Herkes, özel ve aile yaşamına, meskenine ve muhaberatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” düzenlemesini içermektedir.

Gerçek kişiler dışında, tüzelkişiler de çalışma alanlarına göre sır sahibi olabilirler. İşçinin sır saklama yükümlülüğü, idarenin sır saklama yükümlülüğü, ticari sır, banka ve müşteri sırlarının saklanması gibi çeşitli düzenleme biçimleri ile karşılaşıyoruz. Ama devlet sırrı kavramı; açıkça daha gizemli, insanda merak uyandıran yönü ile her zaman daha cazibeli bir kavram olmuştur.

“Devlet sırrı” kavramının kapsamı, tartışmalı ve çok yönlü bir konudur. Devlet de bir tüzel kişilik olarak sırlara sahip olabilir. Devletlerde güvenlik ihtiyacı, sır olgusunu en yüksek değere taşır. Ama hangi bilginin, nasıl ve hangi hukuki dayanaklarla, bir bilginin devlet sırrı olduğuna karar verilecektir? Bir devlet sırrının açığa çıkmasında ya da açıklanmasında, büyük ve telafi edilemez zarar gören devlet olduğunda, o bilginin saklanması, “devletin yararı” yani kamu yararı olduğu düşünülür. Ancak kamu yararı kavramı çok farklı nedenlerle birbirinden ayrı yorumlara açık olduğundan, devlet sırrı kavramının dercesine ya da sınırına kim karar verecektir? Gizliliğin sınırları nasıl belirlenecektir? Çünkü “devlet sırrı” kavramı, demokrasi kültürü yeterince gelişmemiş ya da demokrasinin devlet kurumları tarafından yeterince hazmedilemediği ülkelerde; devletlerin, hükümetlerin hukuka aykırı eylemlerinin bir kalkanla örtülmesi için kullanılabilir. Hukuken, “sırrı ifşa etme suçu” ancak bir gerçek kişi tarafından işlenebilir. Korunmasında özel yarar görülmüş bir bilginin açığa çıkması ve üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olması ile sır sahibi bir gerçek kişinin menfaatleri zarar görmüş olabilir. Buna karşılık, devlet sırrının açıklanması sözkonusu olduğunda “mağdur” kimdir?

1982 Anayasası'nın 26. maddesinde düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik hangi fikir ve düşüncelerin sınırlandırılabileceğini belirtirken, devlet sırrı kavramına yer vermiştir: *"Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."*

Burada; *"Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgiler"*e yer verilmekle birlikte; neyin, yani hangi tür bilgilerin kastedildiği açık değildir. Olsa olsa çok genel bir anlayışla, askeri ve stratejik bilgiler olabilir. Yine Anayasa'nın 28. maddesinde, "devlet sırrı" ceza hukuku bakımından bir kriter olarak değerlendirilmiştir. *"...Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırılanlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar."* Bu düzenlemede ise bir aidiyetten bahsedildiğine göre devletin "şahsileştirilmesi" sözkonusudur. Devlet de diğer tüzel kişiler gibi bazı gizli bilgilere (burada sır kelimesi geçmiyor) sahip olabilir.

Ama Anayasa devlet sırrı kapsamına giren bilginin ya da belgelerin; içeriği, niteliği, bunların sır ya da gizli bilgi olmasına kim tarafından nasıl karar verdiğini ya da bu bilgilerin hukuki değeri konusunda bir açıklama yapmamıştır. Başka bir deyişle, bir bilginin ya da belgenin nasıl ve hangi nedenlerle devlet sırrı kapsamında sayılacağını söylememiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 47. maddesinde *"Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır"* ifadelerinde kısa bir tanım görmekteyiz. Uluslararası ilişkiler bakımından üçüncü kişilerce bilinmesi sakıncalı olan ve devletin dış ilişkilerine zarar verici nitelikte olan, savunmaya, güvenliğe ilişkin bilgiler devlet sırrı kapsamındadır. Ancak "anayasal düzen" in korunmasında tehlike yaratabilecek bilgilerden kastedilen bilgi"nin çerçevesi genişletilme ihtimali çok yüksek bir "sınır"dır. Burada bilginin saklandığı kesimin "efkar-ı umumi" mi, yani halk mı yoksa dış güçler mi olduğu açık değildir. Yine aynı Kanun'un 125. maddesinde, *"Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz."* Burada yargılamanın selameti ve iddiaların aydınlatılması adına, suç olgusuna dair bilgi içeren belgelerin yargılamanın aleniliği çerçevesinde devlet sırrı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, bir suç olgusuna ilişkin bilgi ve belgeler, mahkeme tarafından devlet sırrı kapsamında değerlendirilemez. Aynı maddenin ikinci fıkrasında *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa"*

*kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedirilir*” hükümleri yer almaktadır. Yani hakimin, sır statüsündeki bilgiyi edinmesi ya da sır olarak koruma altına alınmış belgeleri görmesi, bunların içeriğine vakıf olması; o bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmıyor.

Türk Ceza Kanunu’nda da “devlet sırları aleyhine suçlar ve casusluk” gibi ister istemez heyecan ve gizem duygusunu yoğunlaştıran düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte, TCK’da devlet sırrının nasıl anlaşılması gerektiğini tanımlamamıştır. Sadece, Devlet sırrı, “*devletin güvenliği veya iç ve dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler*” cümlesi ile kabaca ve kısaca ifade edilmiştir.

Ayrıca TCK’nın 336. maddesinde, “yasaklanan bir bilginin ifşa edilmesi suçu” düzenlenmiştir. Buna göre; yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklamak suçtur. Burada, niteliği bakımından gizli kalması gereken ve yetkili makamlar tarafından kanuna ve düzenleyici işlemlere dayanılarak açıklanması yasaklanan bilgilerin açıklanması durumu düzenlenmiştir. Burada sözkonusu olan; o bilginin, niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgi niteliğinde olması zorunluluğudur. Suçun oluşabilmesi, niteliği gereği gizli kalması gereken ve kanun ve düzenleyici işlemlerle yetkili kılınan makamların açıklanmasını yasakladığı bilgilerin elde edilmesi, yani yasal olarak yetkili ya da görevli olmadığı halde kişilerin ya da makamların, devlet sırlarının elde edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu bilgilerin casusluk amacıyla elde edilmesi TCK’nın 335. maddesi ile ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Devlet sırrı kavramı ve gizlenmesi gerekli bilgi kavramları ile, karşılaştırdığımız bir başka yasal düzenleme 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 16. ve 18. Maddeleridir. Bu düzenlemelere göre devlet sırrı; “*açıklanması hâlinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgelerdir. Sivil ve askeri istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgelerdir.*”

Devlet sırrı konusunda en önemli sorun, neyin devlet sırrı olup, neyin bu kapsamda olmadığını önceden kesin bir şekilde belirlemek olanağı bulunmamasıdır. Bir bilgi, belirli bir dönem devlet sırrı iken; önemini yitirdiğinde sır olmaktan da çıkabilir. Devlet sırrının kesin sınırlarını belirlenmemesi, özellikle neyin devlet sırrı olduğuna yürütmenin karar vermesi halinde, siyasal ve hukuki araştırmanın hiçbir etkisinin istenen hedefe ulaşmayacağı açıktır<sup>2</sup>. Öte yandan TBMM Meclis İhtisâs Komisyonu’nun 105. maddesinin “Devlet sırları ile ticarî sırlar, Meclis araştırması

<sup>2</sup> Ali Fuat Gökçe, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Yürütmeyi Desteklemesinde Meclis Araştırması Komisyonlarının İşlevselliği”, Yasama Dergisi, Sayı 11, 2009, s.86-87.

kapsamının dışında kalır.” şeklinde düzenlenmesi ile devlet sırrı ve ticari sırlar konusunda siyasi iradeye de bir sınır getirilmiş olduğunu görüyoruz.

Bu düzenleme kullanılarak, devlet sırrı kavramı yukarıda da değinildiği gibi hükümet edenleri, yasamanın denetimine karşı ve hukuk denetimine karşı koruyucu bir kalkan olarak kullanılabilir. İçtüzükteki bu kuralın, parlamenter sistemin gereklerine, denetlenebilir ve hesap verebilir demokrasi anlayışına tamamen zıtlık oluşturduğu açıktır. Bilindiği gibi, hukuki ve siyasi zeminde büyük infial uyandıran (19. yasama dönemi 5. yasama yılında,) “Türkiye’nin çeşitli yörelerinde işlenmiş olan faili meçhul siyasi cinayetler” konusunun araştırılması amacıyla oluşturulan Meclis araştırma komisyonunun Ankara Emniyet Müdürlüğü’nden istediği görev alanı ile ilgili bilgilerin verilmesi, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcılığı’na “devlet sırrı” gerekçesi ile engellenmiştir<sup>3</sup>.

Hukuksal bir boşluğu doldurmak amacı ile hazırlanan “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı”, “devlet sırrı” tanımına açıklık getirmekte ve devlete ait bilgi ve belgelerin hangilerinin “devlet sırrı” olarak sayılacağına karar vermek üzere bir kurul oluşturulmasını öngörmektedir. Yürütme ve yürürlük maddeleri ile birlikte toplam onbeş maddeden oluşan bu tasarının 3. maddesinin birinci fıkrasında devlet sırrı tanımlanmıştır. Buna göre; “Devlet sırrı; açıklanması veya öğrenilmesi, Devleti dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan; “Birinci fıkra hükmü, demokratik toplum düzen ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı yorumlanamaz ve uygulanamaz.” Burada idarenin eylem ve işlemleri bakımından şeffaflığın sağlanması, gizlilik kültürüne son verilmesi ve temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının güvence altına alınması amacıyla uygulamada keyfilik önüne geçmek amaçlanmaktadır.

Kanun tasarısı; hangi bilgi ve belgelerin devlet sırrı olduğuna karar verecek bir sisteme de yer vermektedir. Bu kapsamda; bilgi ve belgelere “devlet sırrı” niteliği verecek olan ve Adalet Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı’nın müsteşarlarından oluşan “Devlet Sırrı Kurulu”ndan söz edilmektedir. Ayrıca bu kurulun vereceği kararlara karşı açılacak olan davalarda nihai görüş bildirmek üzere Başbakanın başkanlığında, adı geçen bakanlıkların başkanlarından oluşan “Devlet Sırrı Üst Kurulu” kurulması öngörülmektedir. “Devlet Sırrı Kurulu”na; Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Bakanlar ve Milli Güvenlik Kurulu doğrudan başvurabilecek, diğer kamu kurum ve kuruluşları ilgili ya da ilişkili buldukları bakanlıklar aracılığı ile teklifte bulunabileceklerdir. Tasarıda, Cumhurbaşkanlığına ait bilgi ve belgelere sır ya da gizli nitelik verme yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmıştır.

<sup>3</sup> Gökçe, s.87.

Tasarıya göre “devlet sırrı” niteliği verilen bilgi ve belgeler, “sürelî” ve “süresiz” olarak birbirinden ayrılacaktır. Sürelî olarak nitelenen bilgi ve belgelerde belirtilen süre 75 yılı geçemeyecektir. Süresiz olarak nitelenen bilgi ve belgelerin “devlet sırrı” niteliği, kurulca aksine bir karar alınmadıkça 50 yıl sonra bu niteliğini kaybedecektir. Genel olarak insan ömrü dikkate alındığında bu zaman dilimi oldukça önemlidir. Bir dönemin, bir olayın, bir durumun vb. mağduru olmuş insanlar “devlet sırrı” engeline takılabilirler ve gerçeği asla öğrenme fırsatı bulamamış kitleler sözkonusu sırrın içeriğine ilişkin bir hafıza yanılığısına düşebilirler.

Yukarıda, devletin suni hafızası olarak tanımladığımız arşivlere ilişkin bir düzenleme de sözkonusudur. Millî Arşiv Kanun tasarısının 25 maddesi, arşivlerden yararlanma hükümlerini içermektedir. Burada gizli belgeler ve gizli arşivlerden yararlanılmasında özel bir hüküm dikkat çekmektedir. Son işlem tarihi üzerinden otuz yıl geçen belgeler araştırmacıya açılabilir. Ayrıca “Gizlilik derecesi verilmiş veya açıklanması hâlinde millî güvenliğe ve çıkarlara, ülkenin dış ilişkilerine ve kişilerin haklarına zarar verebilecek arşiv belgeleri, Genel Müdürlüğe geçtikten sonra da bu niteliklerini korur ve araştırmaya açılmayabilir. Gizlilik dereceli arşiv belgelerinin gizliliklerinin kaldırılmasına, ilgili mükellefin görüşü dikkate alınarak mevzuat hükümleri çerçevesinde Genel Müdürlükçe karar verilir”<sup>4</sup>.

Bu yasa tasarısından; devlet sırrı kavramının niteliğine ilişkin nasıl bir sonuç çıkarabiliriz? Devlet sırrının ne olduğuna, hangi bilgilerin bu kapsama gireceğine, doğrudan doğruya yürütme iktidarı karar verecektir. Bu durumun; şeffaf, hesap verebilir ve sorgulanabilir bir siyasi iktidar anlayışının çok uzağına düştüğünü söylemek zor değildir. Açıkçası, devletler, siyasal yönetimler ya da hükümet edenler; kendi kılcal damarları içine hapsedtiği bilgileri her zaman bir sır statüsüne yükseltecek kudreti tekeline aldığı anda, bu ayrıcalığı denetim dışı bıraktığında; aslında kendi demokrasi algısını, hukuk devleti anlayışını dolaylı bir biçimde ifşa etmiş olur.

<sup>4</sup> [www.basbakanlik.gov.tr/.../kanuntasarilari/milli%20arsiv/milli%20arsiv%20kanunu.doc](http://www.basbakanlik.gov.tr/.../kanuntasarilari/milli%20arsiv/milli%20arsiv%20kanunu.doc).

**HIRSIZLIK SUÇUNUN MALVARLIĞINA KARŞI İŞLENEN  
BAZI BENZER SUÇLARDAN AYRIMI**  
*(Child in Criminal Legislation Andchildren's  
Apprehension, Detention)*

**R. Yılmaz YAZICIOĞLU\***

**ÖZET**

“Mülkiyet hakkı” ve bu bağlamda kişinin “mal varlığı” kavramı, artık bir insan hakkı olarak kabul gördüğünden uluslararası metinlerde olduğu üzere, Anayasamız tarafından da düzenlenmekte ve bunun sonucu özel hukuk hükümleriyle birlikte ceza hükümleri uyarınca da koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Kişinin malvarlığına yönelik çeşitli fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 2'nci Kitabının 2'nci Kısımının 10 uncu Bölümünde “hırsızlık (md.141-147)”, “yağma (md.148-150)”, “mala zarar verme (md.151-153)”, “hakkı olmayan yere tecavüz (md.154)”, “güveni kötüye kullanma (md.155)”, “bedelsiz senedi kullanma (md.156)”, “dolandırıcılık (md.157-159)”, “kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf (md.160)”, “iflâs (md.161-162)”, “karşılıksız yararlanma (md.163)”, “şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (md.164)”, “suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (md.165)” ve “bilgi vermeme (md.166)” suçlarıyla yaptırım altına alınmaya çalışılmaktadır.

Esasen malvarlığına karşı işlenen suçların ortak özellikleri, kişilerin malvarlıkları içine giren değerleri korumak ve bu değerlerin sağladığı yararların yok edilmesine veya azalmasına yönelik eylemleri yaptırım altına almaktır. Hırsızlık ise malvarlığına karşı işlenen suçların en ilkel şeklidir. Bu sebeple geçmişten günümüze kişilerin malvarlığına karşı gerçekleştirilen fiillerin önemli bir kısmını “hırsızlık” suçu oluşturmaktadır.

İşte bu yazıda, başkasına ait malvarlığına ilişkin yararları yok eden veya azalmasına yol açan ve aynı zamanda hırsızlık suçu ile yakın ilgileri bulunan “yağma” (md.148), “mala zarar verme” (md.151), “güveni kötüye kullanma” (md.155), “dolandırıcılık” (md.157), “kaybolmuş veya hata sonucu ele geçiril-

\* Doç. Dr., Avukat

miş eşya üzerinde tasarruf” (md.160) ve “karşılıksız yararlanma” (md.163) gibi suçların hırsızlık suçuyla mukayesesi yapılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** “Hırsızlık suçu”, “Yağma suçu”, “Mala zarar verme suçu”, “Güveni kötüye kullanma suçu”, “Dolandırıcılık suçu”, “Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçu”, “Karşılıksız yararlanma suçu”, “Yararlanma kastı animus lucri”, “Mülkiyet kavramı”

### *Abstract*

“Property Right” and in this context the term “property ownership” which is now accepted as a human right is being protected by civil laws and criminal laws which is also arranged by our constitution in common with the international arrangements.

Crimes against the property ownership are regulated in the tenth part of the second section of second book of Turkish Criminal Code (TCC) numbered 5237, as “larceny (article. 141-147)”, “plunder (article 148-150)”, “Damage to Property (article 151-153)”, “invasion of a place (article 154)”, “misuse of trust (article 155)”, “use of blank bill (article 156)”, “fraud (article 157-159)”, “possession on a lost or inadvertently found property (article 160)”, “Benefiting from a service without compensation (article 163)”, “declaration of incorrect information about the company or cooperatives (article 164)”, “purchase or acceptance of property acquired committing an offense (article 165)” and “failure in notification (article 166)”.

Mainly, the general characteristics of the personal property crimes are to protect the wealth of the personal property and to penalize the acts that may decrease the value of the personal property. Larceny is the most common form of the crimes against the personal property. For this reason, from past to present, larceny constitutes the most significant portion of the crimes against personal property.

Here in this article, we shall compare the crimes of “plunder (article 148-150)”, “Damage to Property (article 151-153)”, “misuse of trust (article 155)”, “fraud (article 157)”, “possession on a lost or inadvertently found property (article 160)”, “Benefiting from a service without compensation (article 163)” with “Larceny” as they all in close connection with and they destroy or cut down the benefits of goods of others.

**Keywords:** “Larceny Crime”, “Crimes of Plunder”, “Damage to Property Crime”, Misuse Of Trust Crime, “Crime Of Fraud”, “Crime of possession on a lost or inadvertently found property”, “Crime of Benefiting from a service without compensation”, “Animus Lucri”, “Property Term”

### a) Genel Olarak

“Mülkiyet hakkı”, diğer bir ifade ile “mal edinme hakkı” ve bu bağlamda kişinin “mal varlığı”, günümüzde, Anayasa (AY), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) metinlerinde yer aldığı üzere bireyin temel haklarından biri olarak kabul edilmekte<sup>1</sup> ve bu hakka yönelik hukuka aykırı fiiller çeşitli hukukî yaptırımlarla birlikte özellikle ceza hükümleri ile karşılanmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak kişinin malvarlığına yönelik çeşitli fiiller 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 2’nci Kitabının 2’nci Kısımının 10 uncu Bölümünde düzenlenen çeşitli suçlar<sup>2</sup> ile yaptırım altına alınmaktadır.

5237 sayılı TCK’nın “özel hükümler” başlıklı 2’nci Kitabının “kişilere karşı suçlar” başlıklı 2’nci Kısımının “malvarlığına karşı suçlar” başlıklı 10 uncu Bölümünde<sup>3</sup>, “hırsızlık (md.141-147)”, “yağma (md.148-150)”, “mala zarar verme (md.151-153)”, “hakkı olmayan yere tecavüz (md.154)”, “güveni kötüye kullanma (md.155)”, “bedelsiz senedi kullanma (md.156)”, “dolandırıcılık (md.157-159)”,

<sup>1</sup> 1982 AY’nın 35 inci maddesi: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olmaz”. “Mülkiyet hakkı” AİHS’nin 20 Mart 1952 tarihli 1 no.lu ek protokolünün 1 inci maddesinde “Her gerçek ve tüzel kişi maliki olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile kanunda öngörülen koşullara uyulmaksızın hiç kimse mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz”; 1948 tarihli İHEB’nin 17’nci maddesinde “1. Herkes tek başına ve aynı zamanda başkaları ile birlikte mal ve mülke sahip olma hakkına sahiptir. 2. Hiç kimse mal ve mülkünden keyfi olarak yoksun bırakılamaz” hükmü ile korunma altına alınmaktadır.

<sup>2</sup> TCK’nın 2’nci Kitabının 2’nci Kısımının 10 uncu Bölümünde yer alan “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 141 ilâ 169 uncu maddeler arasında, toplam 29 maddeden ibaret olup, “hırsızlık (TCK md.141-147)”, “yağma (TCK md.148-150)”, “mala zarar verme (TCK md.151-152)”, “ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (TCK md.153)”, “hakkı olmayan yere tecavüz (TCK md.154)”, “güveni kötüye kullanma (TCK md.155)”, “bedelsiz senedi kullanma (TCK md.156)”, “dolandırıcılık (TCK md.157-159)”, “kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK md.160)”, “hileli iflâs (TCK md.161)”, “taksirli iflâs (TCK md.162)”, “karşılıksız yararlanma (TCK md.163)”, “şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (TCK md.164)”, “suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK md.165)”, “bilgi vermeme (TCK md.166)” başlıklarından oluşmaktadır. Bu başlıklar altında, toplam 15 çeşit temel suç tipi, 167, 168 ve 169 uncu maddelerde bu suçlara ilişkin cezazırlık sebepleri, cezada indirim sebepleri ile etkin pişmanlık ve tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmektedir.

<sup>3</sup> Mülga 765 sayılı TCK’nın 2’nci Kitabının 10 uncu Babı “Mal aleyhine işlenen cürümler” başlığını taşımakta idi. Mehazımızı da oluşturan İtalyan Ceza Kanunu (1889 Zanardelli Ceza Kanunu) “Mülkiyete karşı suçlar”, 1930 tarihli merih İtalyan Ceza Kanunu (1398 s. ve 19 Ekim 1930 tarihli Rocco Ceza Kanunu) “Malvarlığına karşı işlenen suçlar” (2’nci Kitap, 13 üncü Bab md. 624-649), 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu “Mallara karşı cürüm ve cünhalar” (3 üncü Kitap md. 311-1 - 322-7), Alman Ceza Kanunu (15 Mayıs 1871) “Özel Bölüm” başlıklı kısmının 19 uncu bölümünde “hırsızlık ve emniyeti suiistimal”, 20’nci bölümünde “yağma ve şantaj”, 21 inci bölümünde “suçlunun suçtan kaynaklanan menfaatinin korunması ve suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi”, 22’nci bölümünde “dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma”, 24 üncü bölümünde “iflâs suçları”, 27’nci bölümünde “mala zarar verme” suçları şeklinde düzenleme yapmaktadır.



“*kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf* (md.160)”, “*iflâs* (md.161-162)”, “*karşılıksız yararlanma* (md.163)”, “*şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi* (md.164)”, “*suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi* (md.165)” ve “*bilgi vermeme* (md.166)” suçları yer almaktadır.

Şüphesiz TCK'nın 2'nci Kitabının 2'nci Kısımının 10 uncu Bölümünde yer alan suçlar malvarlığına karşı işlenen bütün suç tiplerini kapsamamaktadır; mukayeseli hukukta bazı kanunlar bu kavram altında başka suç tiplerine yer verdikleri gibi, *zimmet suçunda* (md.247) olduğu üzere, ayrıca Kanunumuzun birçok hükümünde de malvarlığı değerlerini korumayı amaçlayan hükümler yer almaktadır.

Esasen malvarlığına karşı işlenen suçların ortak özellikleri, kişilerin malvarlıkları içine giren değerleri korumak ve bu değerlerin sağladığı yararların yok edilmesine veya azalmasına yönelik eylemleri yaptırım altına almaktır. Hırsızlık ise malvarlığına karşı işlenen suçların en ilkel şeklidir<sup>4</sup>. Bu sebeple geçmişten günümüze kişilerin malvarlığına karşı gerçekleştirilen fiillerin önemli bir kısmını “hırsızlık” suçu oluşturmaktadır<sup>5</sup>.

Malvarlığına karşı işlenen suçların başta geleni ve en eskisi olan “*hırsızlık suçu*”<sup>6</sup>, temelde kişinin mülkiyet hakkına yapılan haksız bir saldırı, haksız bir fiildir. Bu fiil ile kişinin malvarlığında bir azalma gerçekleşirken, fail, kendisi veya bir başkası lehine haksız bir yarar, zenginleşme sağlamaktadır; böylece hırsızlık suçu ile fail, bir başkasına ait bulunan malvarlığına ilişkin yararları yok etmekte veya azaltmaktadır.

“İşte bu yazıda, başkasına ait malvarlığına ilişkin yararları yok eden veya azalmasına yol açan ve aynı zamanda hırsızlık suçu ile yakın ilgileri bulunan “*yağma*” (md.148), “*mala zarar verme*” (md.151), “*güveni kötüye kullanma*” (md.155), “*dolandırıcılık*” (md.157), “*kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf*” (md.160) ve “*karşılıksız yararlanma*” (md.163) gibi suçların *hırsızlık* suçuyla mukayesesi yapılacaktır. “

“Bilindiği üzere malvarlığına karşı işlenen suçlar esasen malvarlığına ilişkin değerleri koruma altına aldıklarından, bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, bu suçlar arasında birçok benzerlik bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki, Roma hukukunda

<sup>4</sup> ÖNDER Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s.285.

<sup>5</sup> Hırsızlık suçunun tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Tarihi Üzerine Bir Araştırma”, Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2011, s.133 vd.; ŞENSOY Naci, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1963, s.13 vd..

<sup>6</sup> MANZINI Vincenzo, Le varie specie del furto nella storia e nella sociologia, Torino, 1912, s.1; SCARDACCIONE Gilda, “I reati contro la proprietà: Il furto”, Il cambiamento delle forme di criminalità e di devianza, Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, C.10, Milano, 1988, s.243.

*furtum* kavramı içinde sadece “hırsızlık” suçu değil, “dolandırıcılık”, “güveni kötüye kullanma” gibi malvarlığına karşı işlenen bazı suç tipleri de değerlendirilmiştir<sup>7</sup>; ancak bu suçlar arasında birçok ortak nokta bulunmasına rağmen, “hırsızlık suçu” çeşitli ölçütler uyarınca söz konusu suçlardan ayrılır.

Öncelikle hemen ifade edelim ki, malvarlığına yönelik suçlarda başlı başına bazen mağdurun rızası, bazen de failin kastı suç niteliğini belirleyici olabilmektedir. Örneğin, fail, malı mağdurun rızası hilafına alırsa *hırsızlık*; bu rızayı zor kullanarak elde ederse *yağma*; bu rızayı mağduru aldatarak, hile kullanarak elde ederse *dolandırıcılık*; malı rıza hilafına değerlendirirse *güveni kötüye kullanma*; mağdurun rızasına aykırı olarak mala zarar verme kastı ile hareket ederse *mala zarar verme* suçü sözkonusu olmaktadır.

“Hırsızlık”, “yağma”, “güveni kötüye kullanma” ve “dolandırıcılık” suçlarında *animus lucri* (zenginleşme kastı-faydalanma kastı) şeklinde ortaya çıkan “özel kast”<sup>8</sup> söz konusu olurken<sup>9</sup>, “mala zarar verme” suçunda fail, üzerinde tasarruf imkânı bulamadığı, başkasına ait bir mal üzerinde malikin tasarruf imkânını zarara uğratmakta veya ortadan kaldırmaktadır<sup>10</sup>.

## b) Hırsızlık Suçunun Yağma Suçundan Ayrımı

5237 sayılı TCK’nın 148 inci maddesinde düzenlenen *yağma suçu* “bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malın teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak” şeklinde tanımlandığından, hırsızlık suçu ile “suçla korunan hukuki yarar”, “mağdurdaki rıza”, “maddi unsur”, “mağdurun sıfatı”, “suçun yapısı”, “suçların birinin diğerine dönüşmesi” gibi çeşitli açılardan birçok farklılık arz etmektedir.

<sup>7</sup> Romalılar, bu üç suç tipini kapsar şekilde geniş anlamda *contractatio rei fraudulosa* terimini kullanmışlardır.

<sup>8</sup> Maddi fiilin bilinmesi ve istenmesinin (md.21/1) dışında ayrıca failin belli bir amaç uğruna hareket etmesine “özel kast (*dolus specialis*)” denir. Özel kast, failin suçu işlemesindeki saiktir. *Saik*, faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten iç etken, dürtüdür. Özel kast, kanunun, failin maddi fiili bilmesi ve istemesinden başka belirli bir saikle hareket etmiş olmasını şart koştuğu, aradığı hallerde dikkate alınır (ANTOLISEI Francesco, Manuale di diritto penale, parte generale, 10. bası, Milano, 1987, s.307; MANZINI Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, C.I, 5. bası, Torino, 1985, s.773; BETTIOL Giuseppe-MANTOVANI Luciano Pettoello, Diritto Penale, 12. bası, Padova, 1986, s.292; MAGGIORE Giuseppe, Diritto penale, parte generale, vol.II, Bologna, 1948, s.442; DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 10. bası, İstanbul, 1994, s.231).

<sup>9</sup> “Yararlanma/faydalanma kastı” olarak ortaya çıkan hırsızlık suçundaki özel kast konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. CARMONA Angelo, Il fine di profitto nel delitto di furto, Milano, 1983, özellikle s.9 vd..

<sup>10</sup> MANTOVANI Ferrando, Diritto Penale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989, s.111.

Ancak bütün bu farklara rağmen yağma suçu esasen hırsızlık suçunun maddi unsurunu da oluşturan *başkasına ait bulunan bir malın alınması* fiilinin özel bir şeklidir<sup>11</sup>. Bu sebeple de *hırsızlık suçu* ile *yağma suçu* arasında birçok benzerlik bulunmaktadır. Hırsızlık suçunun oluşması için aranan birçok koşul yağma suçu bakımından da aranır: suçun maddi konusunu oluşturan “*malın taşınır olması*”, suçun maddi unsurunu oluşturan “*malın bulunduğu yerden alınması*” ve suçun manevi unsurunu oluşturan “ *faydalanma/yararlanma kastı (animus lucri)*” gibi<sup>12</sup>.

Yağma suçunu düzenleyen mülga 765 sayılı TCK'nın 495 inci maddesinde yer alan suçun konusunu oluşturan malın “*menkul*” olması şartı, 5237 sayılı TCK'nın 148 inci maddesine ilişkin madde metninde yer almamaktadır<sup>13</sup>; bundan hareketle de bazı yazarlar<sup>14</sup>, artık “*taşınmaz malların*” da yağma suçunun konusunu oluşturabileceğini savunmaktadır. Ancak, yağma suçunun *maddi konusunun* “*taşınır mal*” olduğu hususunda Türk doktrininde ve yargısında ittifak bulunduğu gibi, maddi unsuru oluşturan “*bir malın verilmesi veya teslimi*” olgusu da, bizatihi

<sup>11</sup> TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 4. bası, Ankara, 2009, s.146.

<sup>12</sup> “TCY. 495 ve 497. maddelerinde ifadesini bulan gasp suçu, hırsızlık suçu ile cebir ve şiddet ve tehdit suçlarının oluşumundan meydana gelen bileşik bir suçtur. Bir başka deyişle gasp suçu ile TCY. 491 ve devamı maddelerinde ifadesini bulan hırsızlık suçunun ana unsurları ortaktır. Bu yönüyle gasp suçu ile hırsızlık suçunun ortak unsurlarını şöylece sıralamak mümkündür.

a ) Alınan malın taşınır olması,

b ) Taşınır malın başkasına ait olması,

c ) Malın rıza dışı alınarak hâkimiyet sahasına sokulması,

d ) Malın faydalanmak amacıyla alınması.

Hırsızlık suçu ile ortak bu unsurların yanı sıra gasp suçunun oluşabilmesi için failin eylemleri gerçekleştirmek için cebir şiddet ve tehdit kullanması, cebir, şiddet ve tehdidin malın zilyedine veya suç yerinde bulunan bir başka şahsa yönelmiş olması ve nihayet mağdurun malı teslimine veya alınmasına karşı sessiz kalmaya mecbur bırakılması gerekmektedir.

Cebir, şiddet ve tehdit kullanılmaksızın gerçekleştirilen hırsızlık eylemleri gasp suçunu oluşturmamayaacağı gibi eylemde hırsızlık suçunun unsurlarından birisinin bulunmaması halinde cebir, şiddet ve tehdit kullanılmış olsa dahi eylem gasp suçunu oluşturmamaktadır. Bu durumda kullanılan cebir, şiddet ve tehdidin niteliğine göre sanık hakkında TCY. 191, 188 veya 456. maddelerin tatbiki ihtimali bulunmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere hırsızlık suçlarında olduğu gibi gasp suçunda da malın faydalanmak özel kastıyla alınması lazımdır. Faydalanmak özel kastı gasp suçunun başka suçlardan ayırmaya yarayan temel unsurlardan birisidir. Failde alınan maldan faydalanmak değil örneğin malı bozmak, tahrip etmek, ve sair düşünceler varsa fitil gasp suçunu oluşturmamaktadır (CGK, 26.11.2002 t. ve 2002/6-271 E., 2002/404 K.)” (www.kazanci.com).

<sup>13</sup> Madde metni ile gerekçesi arasında, Kanunun diğer birçok maddesinde olduğu üzere, uyumsuzluk bulunmaktadır. Madde metninde malın “taşınabilir” olduğuna yer verilmezken bu eksik gerekçe ile kapatılmaya çalışılmaktadır: “Madde metninde yağma suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Hırsızlık suçunda olduğu gibi, yağma suçunda da, taşınır malın alınmasıyla ilgili olarak zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir. Ancak, hırsızlık suçundan farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için, mağdurun rızasının, cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması gerekir” (bkz. 148 inci maddenin gerekçesi).

<sup>14</sup> DEMİRBAŞ Timur, “Yağma Suçları”, 3. Yılında yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009, s.243.

suçun maddi konusunun “taşınır mal” olmasını zorunlu kılmaktadır<sup>15</sup>. Zira taşınmaz malları bulunduğu yerden almak mümkün olmayacağı gibi, zilyetliğin devrini sonuçlayan malın teslimi olgusu da taşınmaz mallar için söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, tapunun üstlerine geçirilmesi veya mülkün sattırılarak paranın alınması gibi eylemlerde, ortada bahse konu olan taşınır niteliğindeki ya paranın kendisi ya da ekonomik bir değeri ifade eden evrakın teslimi bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Özellikle başkasının zilyetliğindeki taşınır malın alınması olgusu, hırsızlık ve yağma suçlarında ortak unsurdur. Bu sebeple hırsızlık suçunun konusu teşkil etmeyen şeyler yağma suçunun da konusunu teşkil etmez<sup>17</sup>.

Hırsızlık, yağma suçunun bir unsurudur<sup>18</sup> ve *cebiri*<sup>19</sup> veya *tehdit*<sup>20</sup> kullanılarak hırsızlığın işlenmesi yağma suçunun oluşumuna sebebiyet vermektedir. Esasen “yağma suçu *cebiri* veya *tehdit* kullanılarak işlenen hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik *cebiri-şiddet* veya *tehdit* kullanılmalıdır”<sup>21</sup>. Hırsızlık suçunda fail zilyetten malı çalarak hâkimiyet alanına geçirirken, yağma suçunda fail malın teslimi konusunda yaptığı zorlama sonucu mal üzerinde hâkimiyet

<sup>15</sup> **TEZCAN Durmuş-ERDEM M. Ruhan-ÖNOK Murat**, Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2010, s.560; **SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2010, s.394; **KOCA Mahmut**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, S.32, Ağustos 2005, s.2801.

<sup>16</sup> “Ş. E., B. K. ve İ. A.’ın, *yargılama sırasında cezaevinde ölen O. K.’in liderliğini yaptığı çıkar amaçlı suç örgütünün üyeleri oldukları; emlakçılık yapan yakınan İ. Y.’in (...) Temmuz-Aralık/2000 tarihleri arasında ölüm tehdidiyle 4 adet arsasını sattırarak toplam 15 milyar lira aldıkları; 04/12/2000 tarihinde ölüm tehdidiyle yakınanın eşine ait daireyi sattırarak 5,5 milyar lira aldıkları; Ocak/2001 ayında yakınanın işyerine giderek tabanca çekip “daha 7,5 milyar lira borcun kaldı, bunu çektiğim zaman ateşlerim, bana bunu çekirtme, bu parayı ya ödersin, ya da vururum” dedikleri; 07/02/2001 günü saat 17.00 sıralarında yakınanın işyerine giderek “7,5 milyar lirayı bugün akşama kadar ödeyeceksin, ödemediğin takdirde bu dükkani kafana yıkarız” dedikleri sabit görülerek, (...) 765 sayılı TCY’nın 495/1, 522/1 (...) cezasıyla hükümlendirildikleri, hükmün Dairemizce onanarak kesinleştiği; (...) -Yağma suçunda 5237 sayılı TCY’nın 43/3. maddesi uyarınca zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı gözetilerek, her bir eylem için ayrı ayrı uygulama yapılmadan, dosya üzerinden ve tek eylemden hüküm kurulması (6.CD., 13.06.2006 t. ve 2005/15401 E., 2006/6002 K)” (www.kazanci.com). Sanıldığına aksine (aksi görüş için bkz. **DEMİRBAŞ**, s.244), işbu karardaki olayda bizatihi taşınmazın alınması, teslimi değil, taşınmazlardan elde edilen paranın teslimi sözkonusu olduğu için, yağma suçuna taşınmaz mal konu edilmemektedir. Konu edilen taşınmazın sattırılması neticesi elde edilen paranın alınmasıdır; taşınmazın devrini sonuçlayan tapu işlemi de yaptırılmış olsaydı bile sonuç değişmez idi. Zira taşınmazın devrini temsil eden tapu kaydını gösteren belge (tapu) veya bunu sağlayan evraklar taşınır nitelikte olduğu için burada senedin yağması vardır (**SOYASLAN Doğan**, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009, s.235; **KOCA Mahmut**, Yağma Cürümleri, Ankara, 2003, s.104).*

<sup>17</sup> ÖNDER, s. 343.

<sup>18</sup> **KOCA Mahmut**, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, s.1479.

<sup>19</sup> *Cebiri*, mağdura fiziki yönden etki yapan her türlü zorlamadır.

<sup>20</sup> *Tehdit*, bir kimsenin şahsen veya malen büyük bir zarara ya da tehlikeye uğratılacağı beyanıyla yapılan manevi cebirdir.

<sup>21</sup> **GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat**, “Yağma Cürümleri”, Adalet Dergisi, S.9-10, 1974, s.730.

kurabilmektedir<sup>22</sup>. Ancak, yağma suçu bağımsız bir suç olup hırsızlık suçunun nitelikli hâli teşkil etmez. Bu sebeple de hırsızlık suçunun nitelikli hâlleri yağma suçu bakımından uygulanamaz<sup>23</sup>. Yağma suçunda, hırsızlık suçundan farklı olarak, fail malın teslimi veya alınması konusunda cebir ve tehdit kullanır yani yağma suçu cebir ve tehdit kullanılarak bir malın zorla elde edilmesidir<sup>24</sup>. “*Hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, kullanılan cebir veya tehdit yağma suçunu değil, olayın gerçekleşme biçimine göre hırsızlık ve tehdit veya hırsızlık ve yaralama suçlarını oluşturur. ... Yağma suçunda, tehdit veya cebir malın alınması veya teslimini sağlamaya yönelik olmalı, tehdit veya cebir mal varlığına karşı işlenmiş bulunan bu suçta araç olarak kullanılmalıdır. Başka maksatlarla kullanılmış bulunan cebir veya tehdidin etkisiyle malın alınması yağma suçunu oluşturmaz*”<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> MANZINI Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, C.9, 5. bası, Torino, 1986, s.412.

<sup>23</sup> ÖNDER, s.290, s.343; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.561.

<sup>24</sup> “Ceza Yasasının 495 ve devamı maddelerinde düzenlenen yağma suçu, cebir-şiddet veya tehdit kullanılarak yapılan bir hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit kullanılmaktadır. Yağma suçunun unsurları;

a ) Eylemin gerçekleştirilmesi için cebir-şiddet veya tehdit kullanılmalı ve korkutucu nitelikteki bu icbar, belli bir yoğunluğa erişmeli,

b ) Cebir şiddet veya tehdit, malın zilyetine veya cürüm yerinde bulunan kişilere yönelik olmalı,

c ) Mağdur, malı teslimine veya alınmasına ses çıkarmamaya mecbur bırakılmaktadır.

Yağma suçu bir kişinin malını cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak almak suretiyle oluştuğundan, unsurları itibariyle hem zilyetliğe hem de kişinin hürriyetine yönelik bir suçtur. Ancak burada kişi hürriyetine yönelen saldırı, mal aleyhine işlenen suçun gerçekleştirilmesi bakımından bir araç niteliğinde bulunduğundan, bu suç sonucu itibariyle “mal aleyhine” işlenen bir suçtur. Öğretide ve yargısal kararlarda da benimsendiği üzere, a ) Malın taşınabilir olması, b ) Mal sahibinin rızasının olmaması, c ) Malın alınması, d ) Faydalanmak cürmi kastının varlığı, gibi hususlar yönünden hırsızlık suçuna benzeyen yağma suçu, failin malı almak veya fer’i zilyedinin malın alınmasına sükut etmesini sağlamak bakımından cebir ve şiddet veya tehdit kullanılarak işlenmesi itibariyle hırsızlık suçundan ayrılmaktadır.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da belirtildiği üzere, hırsızlık suçunda olduğu gibi, sahibinin rızası olmadan cebir-şiddet ve tehdit ile bir şeyin kullanma amacı ile alınması halinde de yağma suçu oluşmaktadır. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 14.12.1981 gün ve 345-424 sayılı kararında da aynı esas kabul edilmiştir.

Konu öğretide de ele alınmış ve yararlanmanın geçici olmasının yağma suçunun oluşmasına engel olmayıp, malın mutlaka sahip olmak amacıyla alınmasının şart olmadığı belirtilmiştir. ( Prof. Dr. S. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, sh. 435 ). Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde;

Sanıkların yanlarında yeterli para bulunmadığı halde, yakınanın yönetimindeki ticari taksiye binip Ankara içerisinde çeşitli yerlere gittikleri, daha sonra zorlama ile taksimetreyi kapatıp, yakınanı, kendilerini Sincan’a götürmesi hususunda bıçakla tehdit ettikleri sabittir. Sanıklar bu eylemleri ile yakınanın iradesinin dışında, ticari taksii karşılıksız kullanmak için teslimine zorladıkları, bıçakla cebir-şiddet ve tehdit kullandıkları anlaşılmalı, yağma suçunun unsurlarının oluştuğu açıktır. Yerel Mahkemece, sanıkların herhangi taşınır bir mal talep etmediklerinden bahisle dosya kapsamına uymayan gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir. Bu itibarla Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir (CGK., 13.04.2004 t. ve 2004/6/59 E., 2004/93 K.)” (www.kazanci.com).

<sup>25</sup> “( ... ) Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk, öldürmeye teşebbüs ettiği mağdurun silahını alarak olay yerinden uzaklaşan sanığın eyleminin yağma suçunu mu, yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturduğu noktasında toplanmaktadır.

Bu sebeple Kanununun 148 inci maddesinde düzenlenen yağma suçu, “cebir

Yağma suçları, 765 sayılı TCY’de, cürümlere ait ikinci kitabın onuncu babının, ikinci faslında düzenlenmiştir. Bu faslında, yağma (495/1), dolaylı yağma (495/2), senedin yağması (496), 495 ve 496. maddelerde düzenlenen suçların ağırlatıcı nedenleri (497), korkutarak faydalanma (498), adam kaldırma (499), adam kaldırmada muhabere nakli (500), cebir karinesi (501) ve Ceza Kanunu’nun uygulanmasında gece vakti (502) ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

5237 sayılı TCY’de ise yağma suçları Özel Hükümler Kitabında, Kişilere Karşı Suçlara ilişkin ikinci kısmın malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde 148 ila 150. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

148. maddenin 1. fıkrasında yağma suçunun temel şekli, 2. fıkrasında senedin yağması, 3. fıkrasında ise cebir karinesine yer verilmiş, 149. maddesinde nitelikli yağma, 150. maddede ise kişinin hukuki bir ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla yağma ile yağmada değer azlığı yaptırma bağlanmıştır.

765 sayılı TCY’nin 502. maddesinde tanımlanan gece vakti, 5237 sayılı TCY’nin tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. bendine alınmış, 765 sayılı TCY’nin 495/1. fıkrası ile 496. maddelerinde düzenlenen yağma 5237 sayılı Yasa’nın 148/1 ve 2. fıkralarında, 765 sayılı Yasa’nın 501. maddesindeki cebir karinesi ise 5237 sayılı Yasa’nın 148/3. fıkrasında düzenlenmiş, 765 sayılı TCY’nin 498. maddesindeki korkutarak faydalanma, 499. maddesindeki adam kaldırma ve 500. maddedeki adam kaldırma suçlarında muhabere nakli suçlarına ise ayrı bir suç tipi olarak yer verilmemiştir.

765 sayılı TCY’nin 495/1. maddesinde; “...menkul bir malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslimine yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur kılma” şeklinde tanımlanan yağma suçu; esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Yani cebri hırsızlıktır. Şu hale göre yağma; bir kimsenin menkul malını cebir, şiddet, tehdit kullanarak almaktır. Hırsızlık ile yağma cürümleri aynı ortak unsurlara malik olup, ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur; malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır.

Yağmada; hırsızlık suçunda mevcut olan unsurların yanında, fiilin cebir veya tehditle işlenmesi gerekir. Failin malı almak için mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması yağma suçunu hırsızlıktan ayırır.

Yine aynı şekilde, basit yağma suçu, 5237 sayılı Yasa’nın 148. maddesinin 1. fıkrasında, 765 sayılı TCY’nin 495/1. fıkrasına benzer biçimde tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCY’nin 148/1. maddesi uyarınca; kişinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılması yağma suçunu oluşturur. Suç, anılan değerlere yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesinden bahisle tehdit veya cebir kullanılması suretiyle gerçekleşir. Failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde belirli bir kötülüğün mağdura bildirilmesi şeklinde tanımlanan tehdit, anılan değerlere yönelik bir saldırı veya malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından bahisle yapılmalıdır.

765 sayılı TCY’nin 495. maddesinin 2. fıkrasındaki “kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kişinin de yağma suçundan cezalandırılacağına” ilişkin dolaylı yağma suçuna 5237 sayılı TCY’de yer verilmemiş olduğundan, hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, kullanılan cebir veya tehdit yağma suçunu değil, olayın gerçekleşme biçimine göre hırsızlık ve tehdit veya hırsızlık ve yaralama suçlarını oluşturabilir.

Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarının biraraya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suçtur. Bu itibarla, birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuki değerler olan, kişi özgürlüğü, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal değerlerdir.

Yağma suçunda, tehdit veya cebir malın alınması veya teslimini sağlamaya yönelik olmalı, tehdit veya cebir malvarlığına karşı işlenen bu suçta araç olarak kullanılmalıdır. Başka maksatlarla kullanılmış bulunan cebir veya tehdidin etkisiyle malın alınması yağma suçunu oluşturmaz.

Yağma suçunun manevi unsuru kasttır. Bu suçun taksirle işlenmesi olanaksızdır. Failin, tehdit veya cebirle mağdurun egemenliğindeki malı aldığını bilmesi ve istemesi gerekir. Kast hem almayı hem de icbarı kapsmalıdır.

(md. 108) ve/veya tehdit (md. 106)” ve “hırsızlık suçlarının (md. 141 vd.)” bir araya gelmesinden oluşmaktadır. *Cebir* ve *tehdit*, hırsızlık suçunda ağırlatıcı sebep teşkil ederek yağma suçunu oluşturduğuna göre, yağma suçu *birleşik/mürekkep* suçtur (md. 42)<sup>26</sup>.

Hırsızlık suçunda mağdur, zilyetliğinde bulunan malın alınmasına hiç rıza göstermez iken, yağma suçunda cebir ve tehdit altında verilen ve hukuken geçerli

*Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;*

*Mağdur Mahmut'un M... Emniyet Müdürlüğü'nde polis memuru olarak görev yaptığı, 2004 yılı Haziran ayı içerisinde tanık Selçuk vasıtası ile sanıkla tanıştığı ve arkadaşlık kurduğu, sanığın çevreye borsa, maden, mermer alanları hususunda bilgili olduğunu yaydığı, aldığı maaşla yetinmeyen mağdurun da zengin olma hayalleri kurduğu, bu şekilde sanık ile mağdurun birlikte iş yapmaya karar verdikleri, tanık Selçuk ile mağdur Mahmut'un sanığa para verdikleri, sanığın buna karşılık mermer sabası ruhsatı alacağını söylediği, aradan uzun süre geçtiği halde bu konuda herhangi bir ilerleme olmayınca tanık ile mağdurun paralarını geri isteyip aldıkları, ancak sanık ile mağdurun görüşmeye devam ettikleri, sanığın davetli-davetsiz bekar olarak yaşayan mağdurun evine gidip kaldığı, ancak bu görüşmelerin taraflar arasında huzursuzluk ve sıkıntılar meydana getirdiği, ayrıca taraflar arasında tablo alım satımı konusunda da bir uyuşmazlık yaşandığı, olay günü sabahı da sanığın mağdurun evine geldiği, burada yeniden eski konuları konuşmaya başladıkları, ilk kimin başlattığı saptanamamakla birlikte aralarında tartışma çıktığı, çıkan tartışma sonucunda, mağdurun sanığa fiili saldırıda bulunduğu, bu esnada çıkan boğuşmada, mağdurun elindeki silahı ele geçiren sanığın, mağdura ait beylik tabanca ile mağdura ateş ettiği, bunlardan altısının mağdura isabet ettiği, mağdurun iki yaralamadan dolayı hayatı tehlike geçirecek nitelikte yaralandığı, kaldırıldığı hastanede tekrar yaşama döndürüldüğü, sanığın mağdura ateş ettikten sonra suç tarihinde 1,5 milyar lira değerindeki tabancasını yanına alıp olay yerinden uzaklaştığı, 20.11.2004 günü saat 10.00 sıralarında gerçekleşen bu olayın, saat 10.15 sıralarında polis haber merkezine bildirildiği, sanığın ertesi gün saat 11.15 sıralarında kendisine ilişkin haberleri kabubanede izlerken polis tarafından yakalandığı, böylece sanığın yaklaşık 25 saat sonra tabanca ile birlikte ele geçirildiği toplanan kanıtlardan anlaşılmaktadır.*

*Görüldüğü gibi, sanığın kullandığı cebir en aleyhe beyan olan katılanın 15.12.2004 tarihli anlatımı esas alındığında dahi, silahın alınmasına yönelik değildir. Yağma suçunu diğer malvarlığı değerlerine yönelik suçlardan ayıran en belirgin özellik, tehdit veya cebirin malın alınması veya teslimini sağlamaya yönelik olmasıdır. Oysa somut olayda, sanık çıkan boğuşmada ele geçirdiği silahla mağdura ateş etmek suretiyle öldürmeye teşebbüs suçunu işlemiş ve bilahare olayın heyecanına da kapılmak suretiyle silahı da alarak olay yerinden uzaklaşmıştır. Sanığın başlangıçtaki kastı kendisine yönelik saldırıyı bertaraf etmek için korunma içgüdüsüyle silahı almaya yönelik olup, olayın ileriki aşamalarında da bu kastın değiştiğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Mağdurun yaralanmasından sonra, ona ait silahın alınarak götürülmesi de yağma suçunu oluşturmaz. Zira malın alınması yönünde cebir veya tehdit kullanılmadığı gibi, mağdurun yaralanmış olması ve bilahare sanık tarafından silahın götürülmesi 765 sayılı TCY'nin 501 ve 5237 sayılı TCY'nin 148/3. maddeleri kapsamında da değerlendirilemez. Bu itibarla eylemin hırsızlık olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, direnme kararı verilmesi isabetsiz olup, direnme hükmünün suç vasfındaki yanlığı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.*

*Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Kurul Üyesi; “mağdurun etkisiz hale getirilmesinden sonra silahın alınarak götürülmesi ve yaklaşık 25 saat taşınması şeklindeki eylemin yağma suçunu oluşturduğu” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.*

*Açıklanan nedenlerle; İsabetsiz olan yerel mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA, 02.02.2010 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi (YCGK., 02.02.2010 t. ve 2009/1-2238 E., 2010/16 K.)” (YKD, C.36, Ş.7, Temmuz 2010, s.1312-1319).*

<sup>26</sup> **DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 12. bası, İstanbul, 1997, s.407.

olmayan bir rıza bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile hırsızlık suçunda mağdurun hiç rızası yok iken, yağma suçunda zorla da olsa alınmış bir rıza vardır. Ancak, rızanın elde edilmesinde kullanılan cebir ve tehdidin Kanununun 148 inci maddesinde öngörülen *yağma suçunun* oluşmasına sebebiyet verecek nitelikte olması gerekir; diğer bir ifade ile failin kullandığı cebir ve tehdit malın alınmasını sağlayacak nitelikte değilse yani illiyet/ nedensellik bağının kurulmasına olanak vermiyorsa fiil yağma suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturacaktır.

Hırsızlık suçunda zilyetlik korunurken, yağma suçuyla hem zilyetlik hem de kişi özgürlüğü korunmaktadır<sup>27</sup>.

Hırsızlık suçu, taşınır malı alma, aşırma şeklinde ortaya çıkan tek bir eylemden oluşurken, yağma suçu cebir ve tehdit kullanılarak bir malın alınması veya tesliminin sağlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık eylemi tamamlanmadan fiile cebir ve şiddet eklenecek olursa, fiil artık hırsızlık suçuna değil, yağma suçuna sebebiyet vereceğinden mülga 495 inci maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye yerinde olarak<sup>28</sup> 5237 sayılı TCK'da yer verilmemektedir<sup>29</sup>. Fail suça konu malı ele geçirip malik gibi tasarrufta bulunma olanağına kavuştuktan sonra cebir ve tehdit gösterecek olursa, artık fiil yağma suçuna sebebiyet vermez<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> **DÖNMEZER Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, İstanbul, 2001, s.428; **SELÇUK Sami**, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986, s.26; **DEMİRBAŞ**, s.242; **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, s.560. *Koca ve Selçuk*, bu suçla ayrıca vücut dokunulmazlığının da korunduğunu düşünmektedir (**KOCA**, s.2801; **Aynı yazar**, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, s.1483; **SELÇUK**, s.25).

<sup>28</sup> Koca, mülga 495/2'nci maddede yer alan hükmün 5237 sayılı TCK'da yer almamasını eleştirmekte ve yazar “evin içindeki eşyayı alıp kapıdan dışarı çıktıktan sonra eşyayı yolda park edilen otomobiline götürürken mal sahibi ile karşılaşan hırsız ona karşı cebir veya tehdit kullansa hangi suç oluşacaktır? tasarımlara göre yağma suçu oluşmayacaktır” demektedir (**KOCA Mahmut**, “Yağma Suçları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004, s.127). Kanaatimizce, sorunun cevabı basittir; eğer fail, malı zilyedin hâkimiyet alanından çıkarıp üzerinde malik gibi tasarruf edebilecek duruma gelmeden fiili tamamlamak için cebir ve tehdit gerçekleştirecek olursa, fiil artık yağma suçunu oluşturacağından, verilen örnekte fiilin yağma suçunu oluşturmadığı görüşü yerinde değildir. Diğer bir ifade ile verilen örnekte fail, mal üzerinde tasarruf yetkisi yani malikmiş gibi davranabilme yeteneğine haiz olmadan mal sahibine karşı cebir ve tehdit gerçekleştirdiğinden ortada TCK'nın 148 inci maddesinde düzenlenen yağma suçu uyarınca cezalandırılacak bir eylem bulunmaktadır. Diğer taraftan hem TCK'nın 25/1 inci maddesinde düzenlenen meşru savunma hem de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesi düzenlemesi (kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması) mal sahibine malını savunma hakkı vermekte olduğundan yazarın örneğinde her zaman fiil yağma suçunu oluşturacaktır.

<sup>29</sup> Mülga 495/2'nci maddedeki durum sadece 5237 sayılı TCK'da değil, yerinde olarak *Dönmezer Tasarımları*'nda da yer almamakta idi.

<sup>30</sup> **KOCA**, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, s.1483.



Hırsızlık suçu da yağma suçu da faydalanma (*animus lucri*) kastı şeklinde ortaya çıkan özel kastla işlenebilen suç tipidir<sup>31</sup>. Ancak yağma suçunda, failde, ayrıca suçun konusunu oluşturan maldan yararlanmak/faydalanmak için cebir ve tehdit etme yönündeki kastın varlığı da gerekir. Bu sebeple de suç olası kastla işlenmeye müsait değildir<sup>32</sup>.

### c. Hırsızlık Suçunun Mala Zarar Verme Suçundan Ayrımı

5237 sayılı TCK'nın 2'nci Kitabının 2'nci Kısımının “malvarlığına karşı suçlar” başlıklı 10 uncu Bölümünde yer alan *mala zarar verme suçları*, Kanununun 151 inci maddesinde “*basit mala zarar verme suçu*”, 152'nci maddesinde “*mala zarar verme suçunun nitelikli hâlleri*” ve 153 üncü maddesinde de “*ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu*” olarak düzenlenmektedir. “*Mala zarar verme suçları*”, “*hırsızlık suçu*” gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “*malvarlığına karşı işlenen suçlar*” bölümünde yer almakta ise de, *hırsızlık* suç tipinden çeşitli açılardan ayrılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “*mala zarar verme suçları*”, esasen “hırsızlık”, “yağma”, “dolandırıcılık”, “güveni kötüye kullanma” suçlarında olduğu gibi, malvarlığına ait bir değerın mağdurun tasarruf alanından çıkartılarak fail veya bir başkasına aktarılmasını, kazandırılmasını değil, mağdurun malvarlığının zarara uğratılmasını sonuçladığı için malvarlığına karşı diğer suçlardan ayrılır<sup>33</sup>. Diğer bir ifade ile “*mala zarar verme*” suçlarında faildeki amaç mağdurun malına “zarar vermek” iken, diğer malvarlığına karşı suçlarda fail açısından amaç “*yararlanma*” kastıdır<sup>34</sup>.

Az evvel de ifade olunduğu üzere, her ne kadar *mala zarar verme suçları*, hırsızlık suçu gibi malvarlığına karşı suçlardan ise de hırsızlık suçundan çeşitli açılardan ayrılmaktadır. Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar *zilyetlik* iken, mala zarar verme suçunda korunan hukuki yarar *mağdurun mal varlığıdır*.

Hırsızlık suçu ile fail, başkasının malvarlığına ait çaldığı mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunma (*uti dominus*) imkânı kazanmaktadır; mala zarar verme suçunda ise fail, mülkiyeti kendisine ait olmayan, üzerinde tasarruf imkânı bulunmadığı başkasına ait bir mal üzerinde malikin tasarruf imkânını zarara uğratmakta veya ortadan kaldırmaktadır<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> SANTORO Arturo, Manuale di diritto penale, parte speciale, C.V, Torino, 1962, s.395; ANTO-LISEI Francesco, Manuale di diritto penale, parte speciale, C.I, Milano, 1986, s.326; MANZINI, C.9, s.430; DÖNMEZER, s.435; SOYASLAN, s.399;

<sup>32</sup> Aksi kanaat TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.569. Ancak yazarların, bu suçun oluşumu bakımından *animus lucrifaydalanma kastı* şeklinde ortaya çıkan kastı dahi yeterli görmeyerek ayrıca failde maldan faydalanmak için cebir ve tehdit etmek yönündeki kastını da arayan görüşleri ile bu suçun olası kastla da işlenebileceğini öne süren görüşleri kendi içinde büyük bir çelişki taşımaktadır.

<sup>33</sup> TOROSLU s.155; ALŞAHİN M. Emin, Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2010, s.26.

<sup>34</sup> TURABİ Selami, Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2008, s.22.

<sup>35</sup> MANTOVANI, s.111.

Hırsızlık suçunun konusunu sadece taşınır malvarlığı oluştururken mala zarar verme suçunun konusunu hem *taşınır* hem de *taşınmaz* malvarlığı oluşturur<sup>36</sup>.

Fail, ne şekilde olursa olsun mal üzerinde mülkiyeti elde ettiğinde, artık bu andan itibaren mülkiyeti kendisine geçmiş bulunan bir mal üzerinde yapacağı tasarruflar mala zarar verme suçunu oluşturmaz<sup>37</sup>. Diğer bir ifade ile failin  *faydalanma kastı ile hırsızlık suçu neticesi elde ettiği mal üzerindeki ızzar hareketleri*, mülkiyeti kendisine geçtiğinden dolayı artık mala zarar verme suçunu oluşturmaz<sup>38</sup>. Zira bu durumda fail, başkasına ait odunları alıp ısınmak için yakılması, başkasına ait meyveleri aldıktan sonra yenmesinde olduğu üzere<sup>39</sup> suç neticesi elde ettiği yani mülkiyetini ele geçirdiği malda tasarrufta bulunmaktadır<sup>40</sup>. Ancak, failin zilyetliğini elde etmesine rağmen mülkiyetini elde edemediği mallarda, failin zarar vermeye yönelik hareketleri mala zarar verme suçunu oluşturabilir<sup>41</sup>. Aynı şekilde evden hırsızlık yapmak amacıyla evin kapı, pencere gibi unsurlarına zarar verme örneğinde olduğu üzere, fail hırsızlık yapmak için mala zarar verdiği durumlarda hem *hırsızlık* hem de mala zarar verme suçundan ayrı ayrı sorumlu olur<sup>42</sup>. Mala zarar verme suçu genel

<sup>36</sup> MANTOVANI Ferrando, “Danneggiamento”, Novissima Digesta Italiano, C. V, Torino, 1960, s.112; BRICOLA Franco, “Danneggiamento”, Enciclopedia di diritto, C.XI, Milano, 1981, s.601.

<sup>37</sup> “Sanığın Türk Telekom Müdürlüğüne ait telefon direklerindeki kabloları yarırlanmak amacıyla buldukları yerden keserek alıp götürmeye çalışmaktan ibaret eyleminin hırsızlığa teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden, ayrıca mala zarar verme suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi ... sebeplerden dolayı bozulmasına (9.CD., 12.09.2011 t. ve 2009/16226 E., 2011/21251 K.)” (YKD, C.37, S.10, Ekim 2011, s.1906).

<sup>38</sup> “Hırsızlığın yapılması ile mal sahibinin mal sahibinin mülkiyeti nezedilmiş (değiştirilmiş) olacağından bal kovanlarını çalmaktan ceza verilmiş olan sanıkların bilâhare kovanları yakmalarından dolayı ayrıca 516. madde (nası ızzar suçu) ile cezalandırılmalarında isabet yoktur (7.CD., 11.03.1946 t. ve 2229 E., 3037 K.)” (karar için bkz. DÖNMEZER, s.556).

<sup>39</sup> Örnekler için bkz. MANTOVANI, s.111.

<sup>40</sup> MANTOVANI, s.111; DÖNMEZER, s.555. Yargıtay’ın, mülkiyet faille geçtiği için çaldığı üç adet sırtığı yakılması eylemini hırsızlık olarak nitelemesi yerindedir: “sanık, üç adet sırtığı müstekinin avlağından ısınmak için almış olmasına göre suç hırsızlık niteliğindedir (6.CD., 06.11.1975 t. ve 4818/5015)” (karar metni için bkz. AKDAĞ Selami, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1976, s.863).

<sup>41</sup> Hırsızlık suçlarında failin faydalanma kastı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir; bu sebeple fail, malı mala zarar verme kastı ile çalacak olsa bile, hırsızlık eylemindeki maldan faydalanması mala zarar verme kastı ile elde edeceği manevi duygu olacağından artık sadece hırsızlık suçunu kabul etmek gerekir. Eğer, fail, malın mülkiyetini elde edemeyecek olur ve bu durumda mala zarar verirse, artık mala zarar verme suçu sözkonusu olur. Örneğin, hırsızlık amacıyla girdiği müzede yerinden aldığı tabloyu müzeden çıkartmadan güvenlik görevlilerinin müdahalesi sonucu üzerinde tasarruf yeteneği kazanamadan kızgınlıkla zarar verecek olursa hırsızlık suçu değil, mala zarar verme suçu olur.

<sup>42</sup> “Hükümlü Tarkan’ın, 07.04.2002 gecesi saat 20.00 sıralarında yakınının evinin sağlam ve muhkem pencere çerçevesini tornavida ile açarak içeri girip 1.438.000.000 TL değerinde ziynet eşyası çaldığı ... 765 sayılı Yasa’nın 493/1. maddesinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 5237 sayılı Yasa’nın 142/1-b maddesinde tanımlanan hırsızlık suçlarının öğelerinin farklı olduğu, hükümlünün eyleminin 5237 sayılı Yasa’nın 142/1-b maddesine uyan hırsızlık suçunun yanı sıra, aynı Yasa’nın 116/1-4. maddesine

kastla işlenebilen bir suç olduğu için, failin, hırsızlık yapmak amacıyla mülkiyeti kendine ait olmadığını bildiği bir mala zarar verdiğini bilerek ve isteyerek hareket ettiği durumlarda hem mala zarar verme hem de koşulları olduğu takdirde hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olması gerekir<sup>43</sup>.

Hırsızlık suçunda mal, zilyedin rızası dışında fiili egemenlik alanı dışına çıkarılır, mala zarar verme suçu ise rıza ile teslim olunan mal üzerinde de işlenebilir<sup>44</sup>.

Hırsızlık suçu *serbest hareketli* bir suç iken mala zarar verme suçu “başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz malın kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılmaz hâle getirilmesi veya kirletilmesi ile oluşur<sup>45</sup>. Bu bakımdan söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur”<sup>46</sup>.

Hırsızlık suçu faydalanma, o maldan yararlanma kastı/*animus lucri* şeklinde ortaya çıkan özel kast ile işlenebilirken, mala zarar verme suçu *genel kast*<sup>47</sup> ile işle-

uyan konut dokunulmazlığını bozmak ve 151/1. maddesine uyan mala zarar vermek suçlarını da oluşturduğu, 765 sayılı Yasa'da bu tür suçlarda ağırlaştırıcı neden olmayan gece kavramının 5237 sayılı Yasa'nın 143/1. maddesine göre cezayı artırım nedeni olduğu, bireyselleştirme amacına yönelik takdir hakkının nedenleri de gösterilmeden uygulama yapıp dosya üzerinden hüküm kurulmuş ise de; 5237 sayılı Yasa'ya göre hırsızlık, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını bozmak suçlarını oluşturan eylem nedeniyle verilecek temel cezanın ne şekilde saptanacağına belirlenmesi; hırsızlık suçunun gece sayılan zaman diliminde işlenmesi yönünden artırım oranının takdiri ve mala zarar verme suçu bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için duruşma açılarak hüküm kurulması gerekirken, dosya üzerinde inceleme yapılarak karar verilmesi (6.CD., 16.02.2006 t. ve 2005/14712 E., 2006/1249 E.)” (YKD, C.33, S.4, Nisan 2007, s.806-808); “... sanık Hüseyin Y tarafından tüm zararlarının tazmin edildiği ve şirkete ait paranın ve kasaya verilen zararın ödendiğinin belirlenmesi karşısında; sanık hakkında hırsızlık ve mala zarar verme suçları nedeniyle kurulan hükümlerde 527 sayılı TCY'nin 168/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına kararda açıklanıp tartışılmaması ... (6.CD., 21.10.2010 t. ve 2009/20491 E., 2010/16312 K.)” (YKD, C.37, S.4, Nisan 2011, s.735).

<sup>43</sup> Mala zarar verme suçu genel kastla işlenebilen bir suç olduğu için failin mala zarar verdiğini bilip neticeyi istemesi suçun oluşumu için yeterli olacağından Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktayız: “Devlet Su işlerine ait su kanalından tarlasına su alamayan sanık Ali, sırf tarlasını sulamak amaç ve kastı ile kanalın beton plakasını kırıp suyu tarlasına aktığı, bu durumdan Devlet adına işletme ve bakım işlerini yürüten Alaşehir İşletme ve Bakım Mühendisliğinin haberi olmadığı, rızasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sanığın ızarar kastı ile hareket ettiğine ilişkin kanıt ve iddia mevcut değildir. Sanığın asıl kastı tabrip değil, su alıp faydalanmaktır. Suyun alınması ise bir nizama, şarta bağlıdır. Aksine hareket eden sanığın eylemi bütünüyle hırsızlık kastına yöneliktir. Kanalın beton plakasını kırması devlete ait suyu çalmadaki eyleminin bir bölümüdür (CGK., 08.12.1980 t. ve 1980/6-349 E., 1980/419 K.)” (YKD, C.VII, S.2, Şubat 1981, s.225).

<sup>44</sup> DÖNMEZER, s.556; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.581.

<sup>45</sup> “Yıkma, yalnızca taşınmazlar için söz konusudur. Taşınmazın önceki kullanım biçimine uygun olarak bir daha kullanılamaz duruma getirilmesini ifade eder. Yok etme, suça konu şeyin maddi varlığını ortadan kaldırmaktır. Bozma, suça konu şeyin, amacına uygun olarak kullanılması olanağını ortadan kaldırmaktır. Kirletme, başkasının binasının duvarına yazı yazmak, resim yapmak, afiş ve ilân yapıştırmak şeklinde gerçekleştirilmektedir (15. CD., 21.01.2013 t. ve 2012/12336 E., 2013/739 K.)” (bkz. YKD., C.39, S.2, Mart 2013, s.695).

<sup>46</sup> 15. CD., 21.01.2013 t. ve 2012/12336 E., 2013/739 K. (bkz. YKD., C.39, S.2, Mart 2013, s.695).

<sup>47</sup> “Yasada tanımlanan mala zarar verme suçu genel kasta tabi olup, olayda, sanıkların müştekiye ait

nebilir<sup>48</sup>. Hırsızlık suçu *animus lucri* yani zenginleşme, faydalanma kastı şeklinde belirlenen özel kastla işlenebilen bir suç olduğundan *olası kastla* işlenebilmesi mümkün değildir, buna karşın mala zarar verme suçu olası kastla da işlenebilir. 765 sayılı TCK yürürlükte iken Yargıtay yerinde olarak mala zarar verme suçlarında olası kastın uygulanmasını kabul etmişse de, 5237 sayılı TCK'nın 21 inci maddenin ikinci fıkrasında *olası kast* müessesesi düzenlendiğinden artık bu tartışmanın da bir önemi kalmamış bulunmaktadır.

*meyveli ağaçları bilerek kesmek suretiyle atılı suçu işledikleri halde yazılı düşüncelerle beraatlarına karar verilmesi ... (9.CD., 25.01.2006 t. ve 5881 E., 47 K.)*” (karar metni için bkz. PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, s.1192); “Bazı Yargıtay kararlarında, ızrar suçunun oluşması için “failin başkasının malına zarara vermek amacıyla hareket etmiş olması” gerektiği kabul edilerek, bu yolda bir uygulamaya gidilmişse de, bu görüş ve uygulama yerinde bulunmamaktadır. Şöyle ki; Zekâyı ( bilinç-düşünme ) ve iradeyi içeren bileşik yapıyla kast, her cürüm için o suç kalıbında tanımlanan, ya da belirlenen hareketle, bu hareketten sonucunu bilmek ve karar verip irade etmek olduğuna göre, kastın kapsam ve içeriği o suç kalıbının incelenmesinden anlaşılacak ve kuşkusuz suçtan suça geçişecektir.

“Kast” kavramının yapısında bilinç ve iradeden başka öge yoktur. Bu kavram günümüzde iyiden iyiye saydamlaşmış, güdü ( saik ), amaç ( maksat ) ve erek ( gaye ) kavramlarından ayrılmıştır.

Bu nedenle, “başkasının malını yıkma, yok etme, bozma ya da zarar verme” bilinç ve iradesiyle suç işlendiğinde ızrar kastının var olduğunun kabulü gerekmektedir. Bir başka deyişle fail başkasının malına, yasal hakkı olmadığı halde bilerek zarar vermiş ve özgür iradesiyle bu suçu işlemişse, ızrar suçunun manevi ögesi oluşacaktır.

Bundan da anlaşılacağı üzere, ızrar suçunun işlenmesi için genel kasıt yeterlidir. Bu konuda Türk-Alman-İspanyol-İsviçre ve Fransız öğretisi oybirliği içindedir ( ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, parte speciale, 1977, I, S. 331; MARSICO, delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951, S. 117; MAJNO, Ceza Kanunu Şehri, 1971, IV, N. 2006; MANZINI, Tratto di diritto penale Italiano, 1922, N. 2735; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala karşı Cürümler, 1981, n. 500; EREM, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükiimler, 1968, S. 1105; V.LİST, Traitée de droit penal Allamagne, partie speciale, Paris 1933, S. 23; LOGOZ, Commantaire du code penal suisse, partie cspecial, Neuchatel, 1956, S. 142; Dorigez Devesa, Derecho penal Espanol parte special, Madirt, 1983, S. 363; Corçon Code penal Annoto, Paris 1952, n. 127 ve devamı; ROUSSELET-ARPAİLLANOE-PATİN, Droit penal special, Paris, 1952, n. 1265; HELİE, pratique criminelle der cours ex tribaneux, Paris 1948, n. 875; MERLE-VİTU, Traite de Droit criminel, droit penal special, n. 2525; VOUIÑ, Droit penal special, Paris 1968, m. 108 ).

Bu suçun oluşması için ayrıca sanığın yıkma, bozma amacıyla eylemde bulunması gerekme. Sanığın irade ve bilinçli hareket etmesi yeterlidir.

Eylem başkasına ait olmak şartıyla bir malın durumunu iyileştirmek, bir yapının estetik olmayan bölümünü yıkmak, mesela hapisshaneden kaçabilmek gibi bir nedenle çıkılacak yeri kırmak gibi niyetlerle de yapılırsa ızrar suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Yeter ki eylem, yasada öngörülen başka bir suçun ögesini oluşturmamasın.

Açıklanan hususlar gözönünde tutulduğunda, kendi malını zarardan korumak amacıyla hareket ettiği sabit olmakla birlikte; bilerek ve isteyerek, yasal hakkı olmadığı halde, müştekiye ait kiremitlerini kıran sanığın, bu eylemiyle “ızrar” suçunu işlediğini kabulde zorunluluk bulunduğundan, C.Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile ve kısmen kabulüne karar verilmelidir (CGK., 17.12.1984 t. ve 1984/9-198 E., 1984/436 K.)” (www.kazanci.com/09.05.2011).

<sup>48</sup> FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo, Diritto penale, parte speciale, C. II, Delitti contro il patrimonio, 5. Bası, Bologna, 2007, s.141.

“Mala zarar verme suçunda mağdurun mal varlığını azaltmakta, ancak bundan kendisinin veya başkasının yararı bulunmamaktadır” şeklindeki görüşte<sup>49</sup> ise, isabet bulunmamaktadır. Zira bazen mala zarar verme suçu ile, köyde iki traktörün bulunup diğerinin çalışamaz hale getirilmesi ya da bölgedeki başka birisine ait ağaç, bağ çubuğu gibi nesnelere zarara uğratarak ürün elde edilmesinin önüne geçilmesi veya bir koleksiyonun nadir parçasının yok edilerek başka bir koleksiyonun değer kazanması suretiyle elde edilen menfaat durumları gibi örneklerde olduğu üzere<sup>50</sup>, fail kendisine veya başkasına bazen ekonomik bazen de manevi yarar kazandırabilir<sup>51</sup>.

En nihayet hırsızlık suçu, suçu hafifleten haller hariç, *resen* kovuşturulurken, mala zarar verme suçunun kovuşturulması şikâyete tabidir<sup>52</sup>.

#### d. Hırsızlık Suçunun Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Ayrımı

5237 sayılı TCK'nın 155 inci maddesinde “(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis

<sup>49</sup> Centel-Zafer-Çakmut'un, “mala zarar verme suçunda fail mağdurun mal varlığını, azaltmakta, ancak, bundan kendisinin veya başkasının yararı olmamaktadır. Oysa hırsızlıkta, mağdurun mal varlığı azaltmakta ve bundan fail veya başkası yarar sağlamaktadır” şeklindeki görüşünde isabet bulunmadığı düşünmekteyiz (CENTEL Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, 2. Bası, İstanbul, 2011, s.384); zira mala zarar verme suçu ile bazen fail veya bir başkası maddi veya manevi bir yarar elde edebilir. Mala zarar verme suçu ile failin elde edemeyeceği hırsızlık suçunda olduğu üzere *uti dominus* yani malik gibi tasarruf edebilmesidir (bu konuda bkz. MANTOVANI, s.111). Yoksa bu suçta “manevi tatmin” şeklinde ortaya çıkan fayda daima vardır (MANZINI, C.9, s.575; EREM Faruk-TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2000, s.518).

<sup>50</sup> “Daha fazla çalışabilmek ve daha fazla kâr etmek için arkadaşının arabasını kullanılamaz hale getiren taksi sürücüsü, mala zarar verme suçunu işlemiş olur” (örnek için bkz. TOROSLU, s.159). Bize göre, verilen örnekte mala zarar verme suçuyla birlikte ayrıca TCK'nın 117/1 inci maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetini ihlâl suçu da oluşur.

<sup>51</sup> MANTOVANI, s.111; MANZINI, C.9, s.575; EREM -TOROSLU, s.518.

<sup>52</sup> “5237 sayılı TCK'nın 152/1-a maddesinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşyaya zarar verilmesi halinde uygulanabileceği, şikâyetçinin mesken olarak kullandığı lojmanın mülkiyeti kamuya ait olmakla birlikte kamu hizmetine tahsis edilmiş sayılmayacağı, bu nedenle sanığın lojman pencere camını kırmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 151/1. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı ve takibinin şikâyete bağlı olup müştekinin 09.11.2005 tarihli oturumda şikâyetten vazgeçtiği anlaşıldığından sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi (9.CD., 28.02.2008 t. ve 2007/4802 E., 2008/1157 K.)” (YKD, C.34, S.9, Eylül 2008, s.1860-1861).

ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur” şeklinde “güveni kötüye kullanma suçu (inancı kötüye kullanma suçu - emniyeti suiistimal cürmü 765 s. TCK 508. md.)”<sup>53</sup> düzenlenmektedir<sup>54</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında ise güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâline yer verilmektedir.

Kanunun 141 inci maddesindeki *hırsızlık suçu*, Kanunun 155 inci maddesinde düzenlenen *güveni kötüye kullanma suçu* gibi, 5237 sayılı TCK'nın 2'nci Kitabının 2'nci kısmının *mal varlığına karşı suçlar* başlıklı 10 uncu bölümde yer aldığından, bazı ortak noktalar taşımakla beraber esasen iki suç arasında birçok fark bulunmaktadır.

Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar *zilyetlik* iken, güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki yarar *mülkiyet* hakkıdır<sup>55</sup>. Bazı yazarlarca, zilyetliğin kaynağını oluşturan ve malı muhafaza etmek veya belli şekilde kullanma yükümlülüğünü içeren ilişkide yer alan güvenin ihlali olgusunun da korunduğu iddia olunmakta<sup>56</sup> ise de, bu anlayış İtalya'da Zanardelli Ceza Kanunu düzenlemesi (Eski İt.CK. md.417) uyarınca geçerli olup<sup>57</sup>, 1930 tarihli Rocco Ceza Kanunu ile (İt.CK.md.646)<sup>58</sup> terk edilmiş ve yeni hüküm ile mülkiyetin korunması esas alınmıştır<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Anayasamızın 76'ncı maddesinde “*inancı kötüye kullanma*” suçu olarak isimlendirilen suça, 5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinde, Yargıtay'ın da etkisiyle olsa gerek, *güveni kötüye kullanma suçu* ismi verilmekte ve böylece 5237 sayılı Kanun ile AY hükmü çelişmektedir. *Dönmezer'in* de haklı olarak eleştirdiği üzere (DÖNMEZER, s.501), birçok yazarca “Kanun” tabiri yerine “Yasa” kelimesinin kullanılmasında bir çekince görülmemesi örneği gibi, günümüzde Kanunlarda yer alan terimler yerine lügat karşılığındaki başka kelimeler tercih edildiğinden, AY ile Kanun arasındaki bu açık çelişki de ne yazık ki kimseyi rahatsız etmemektedir. Kullanılan terimler konusundaki duyarlılık konusunda ayrıca bkz. CARNELUTTI Francesco, Questioni sul processo penale, Bologna, 1930, s.31; KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2002, s.7 ve özellikle dipnot 9).

<sup>54</sup> Güveni kötüye kullanma suçunun kanundaki sistematığı konusunda birçoğuna katıldığımız ağır eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010, s.348 vd.; HAFIZOĞULLARI Zeki, “Güveni Kötüye Kullanma Suçları”, Prof.Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, C.2, Ankara, 2010, s.2761 vd..

<sup>55</sup> DÖNMEZER, s.502; ÖNDER, s.409; TOROSLU, s.162; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s.350; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.589; BAKICI Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C.I, Ankara, 2008, s.2.

<sup>56</sup> TOROSLU, s.162; DURSUN Selman, “Emniyeti Suistimal Suçu”, İÜHF, C. LVII, S.1-2-3, 1999, s.3 vd.; *Wessels-Hillenkamp* ise, inancı kötüye kullanma suçunu, “*mülkiyeti başkasına ait olan bir malvarlığı değeri üzerinde tesis edilen gözetim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla malikinin malvarlığında zarara sebebiyet verme olarak*” tanımlamaktadır (WESSELS Johannes-HILLENKAMP Thomas, “İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar”, (çev. TEPE İlker), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara, 2009, s.183).

<sup>57</sup> PETROCELLI Biagio, L'appropriazione indebita, Napoli, 1933, s.83 ve 133.

<sup>58</sup> İtalyan Ceza Kanunu'nun 646'ncı maddesi: “*Her kim, kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlamak için, zilyedliği kendisine devredilmiş başkasına ait parayı veya taşınır malı mal edinirse, mağdurun şikâyeti üzerine, üç yıla kadar ağır hapis ve ikimilyon lirete kadar da ağır para cezası ile cezalandırılır*”.

<sup>59</sup> ANTOLISEI, part. spec. C.I, s.275; FIANDACA-MUSCO, s.103. Özbek ise, bu suç ile “*mül-*

TCK 141 inci maddesinde düzenlenen *hırsızlık suçunun* konusu “mal” kavramı ile 155 inci maddede düzenlenen *güveni kötüye kullanma suçunun* konusunu oluşturan “mal” kavramı aynı niteliktedir; diğer bir ifade ile hırsızlık suçunun maddi konusu ile güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu aynıdır<sup>60</sup>. Bu sebeple, sadece ekonomik veya mübadele değeri bulunan şeyler değil, aynı zamanda mağdur için manevi değeri bulunan şeyler de bu suçun konusunu oluşturabilir. Yine bir taşınmazın parçasını oluşturan fakat taşınmaz maldan ayrılabilen ağaç, kapı, pencere, tuğla vs. gibi şeyler de taşınabilir mal olarak kabul olunduklarından<sup>61</sup>, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluştururlar.

Güveni kötüye kullanma suçu<sup>62</sup> ile hırsızlık suçu arasında, bu suçların konusunu oluşturan “malın” *taşınır*<sup>63</sup> ve *başkasına ait olmasının* gerekmesi gibi<sup>64</sup> önemli benzerlikler bulunmakla beraber, hırsızlık suçunda fail malın zilyedi değil iken, güveni kötüye kullanma suçunda fail, mal kendisine teslim edildiği için, suça konu mala zilyet bulunmaktadır<sup>65</sup>.

Hırsızlık suçunda mal zilyedin rızası hilafına alınmaktadır, hâlbuki güveni kötüye kullanma suçunda mal zilyedin veya malikin rızası ile faile teslim edilmektedir. Hırsızlık suçunda fail malik gibi tasarruf edebilecek şekilde zilyetliği ele geçirdiği anda suç tamamlanırken, güveni kötüye kullanma suçunda, mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunulduğu veya teslim yani zilyetliğin devri olgusunun

*kiyet hakkının*”, “*zilyetliğin*” ve “*kişilerin sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı güven ilişkilerinin*” konrundüğünü ileri sürmektedir (ÖZBEK Veli, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Ankara, 2008, s.1189).

<sup>60</sup> TOROSLU, s.164.

<sup>61</sup> Bazı yazarlar (bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.423; ÖZBEK, s.1190; SOYASLAN, s.433), taşınmaz mülkiyete konu ağaç, kapı, pencere vs. gibi şeylerin aslında her zaman taşınır mal niteliğinde olduklarını, taşınmaz malda yer almalarının taşınır mal olma özelliklerini kaybettirmediğini, bu özellikleri dolayısıyla taşınmaz maldan ayrıldıklarında (bunlar esasen taşınır olduklarından) gerek hırsızlık gerekse güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturduklarını gözden kaçırmaktadır. Bu yanlış anlayışları kabul olunacak olsa idi, bu yazarlar hırsızlık suçunun taşınabilir mallar üzerinde gerçekleştiğini kabul ettiklerinden, taşınmaz mal üzerinde bulunan ağaç, kapı, pencere vs. gibi şeylerin çalınması halinde hırsızlık suçunun oluşmadığını kabul etmeleri gerekecektir.

<sup>62</sup> Bazı yazarlar, hem madde gerekçesinden hem de maddede geçen *başkasına ait ... mal*” deyiminden hareketle güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusunu oluşturan malı taşınmazların da oluşturabileceğini iddia etmektedir (bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.423; SOYASLAN, s.433; ÖZBEK, s.1190; ÖZBEK Veli Özer-KANBUR Nihat-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar-TEPE İlker, Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Ankara, 2010, s.673). Hemen söyleyelim ki maddede belirtilen “*zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde*” deyimini ancak taşınır mallar için sözkonusu olabilir, zira taşınır malların zilyetliği devrolunabilir, taşınmaz malların zilyetliğini devredebilmek mümkün değildir.

<sup>63</sup> HAFIZOĞULLARI, s.2764; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s.350; TOROSLU, s.164.

<sup>64</sup> HAFIZOĞULLARI Zeki-KURŞUN Günel, “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, İstanbul, (tarihsiz), s.151.

<sup>65</sup> ANTOLISEI, part. spec. C.I, s.274.

inkâr edildiği anda suç gerçekleşmektedir. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçu failin mağdurla arasındaki sözleşmeye aykırı davranmaya başladığı anda gerçekleşen bir suçtur.

Ancak faille mağdur arasındaki söz konusu bu sözleşme mülkiyetin değil, zilyetliğin devrine ilişkin olmalıdır; eğer mülkiyetin devrine ilişkin ise, ne hırsızlık ne de güveni kötüye kullanma suçu oluşur<sup>66</sup>. Bu durumda mülkiyetin devri, eğer cebir ve tehdit gibi zor kullanılarak gerçekleşirse TCK 148 inci maddesi kapsamında *yağma*, irade kandırılmak suretiyle sağlınırsa TCK 157 inci maddesi kapsamında *dolandırıcılık* suçu söz konusu olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleşebilmesi için zilyetliğin devri gerekmektedir, zilyetliğin devredilmediği durumlarda güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık suçu söz konusu olabilir. Ceza hukuku anlamında “*zilyetlik*” kavramı, mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabilme yeteneği olduğundan, malın kontrol ve hâkimiyeti faile geçmediği müddetçe, kişi malın zilyedi değil, olsa olsa “*malı elinde bulunduran*” kabul olunur<sup>67</sup>; bu sebeple zilyetliğin devri niyeti olmaksızın fiziksel olarak faile verilen bir şey üzerinde rıza hilafına tasarrufta bulunulacak olunursa, artık *güveni kötüye kullanma suçu* değil, *hırsızlık suçu* oluşur<sup>68</sup>. Zorunlu teslim olgusu ile diğer bir ifade ile mesleki bir faaliyetin mecbur bıraktığı teslim ile yani mesleğin zorunlu kıldığı zilyetliğin bir an için verilmesi ile mağdurun aldatılması sonucu elde edilen malın teslimi olgusundaki farkı gözden kaçırmamak gerekir. Bu konuda, Biz de *Tezcan-Erdem-Önok* gibi düşünmekte<sup>69</sup> ve denemek için verilen bir giyeceğin yahut deneme sürüşü için teslim edilen aracın alınması örneğinde hırsızlık suçunun oluştuğunu<sup>70</sup>, buna karşın failin mağduru aldatarak malın teslimini sağladığı durumlarda dolandırıcılık, zilyetliği elde ettikleri mallar üzerinde tasarruf etmeye başladığı durumlarda ise, zilyetlik devredildiği için, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmekteyiz<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> TOROSLU, s.164; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.529.

<sup>67</sup> YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.5, Aralık 2007, s.339.

<sup>68</sup> Yargıtay da bu görüştedir ve zilyetliğin devri amacı taşımayan teslimlerde suç güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık suçu oluşturur demektedir: “*Sanığın, ruhsatlı olan tabancayı satın almadan önce deneme atışı yapmak amacıyla alıp geri vermemekten ibaret eyleminin, silahın zilyetliğinin devredilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması* (11. CD., 16.12.2008 t. ve 2008/16452 E., 2008/13402 K.)”; “*Satmak üzere bulduğu müşteriye göstermek bahanesiyle katılandan kısa süreliğine aldığı otomobili iade etmeyen sanığın eyleminin, suça konu araç üzerindeki zilyetliğin devredilmemiş olması nedeniyle hırsızlık suçuna uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyetine hükümlenmesi* (11. CD., 09.02.2011 t. ve 2010/17678 E., 2011/642 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

<sup>69</sup> TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.67.

<sup>70</sup> ÖNDER, s.411.

<sup>71</sup> “*Olaya tarihinden 2-3 hafta önce tanışıp mağdure ile arkadaşlık kuran sanığın olay günü okul çıkışı buluştuğu adı geçen mağdureden cep telefonunu ertesi günü iade etmek üzere istediği, ertesi gün de telefonu işyerinde unuttuğundan babisle iade etmediğini anlaşılması karşısında, mağdurenin cep telefonunun zilyetliğini ertesi gün getirileceği düşüncesiyle sanığa devrettiği, sanığın aldatmaya yönelik*



*Güveni kötüye kullanma suçu* ile *hırsızlık suçu*, birincisi seçimlik hareketli suç diğeri ise tek hareketli suç olduğu için de birbirinden ayrılır.

*Hırsızlık suçu*, icrai hareketlerle işlenebilirken güveni kötüye kullanma suçu ihmali hareketle de işlenebilen bir suçtur.

*Paydaş veya elbirliği ile malik olunan* bir mal üzerinde hırsızlık suçunu da güveni kötüye kullanma suçunu da işleyebilmek mümkündür; ancak bu durum hırsızlık suçunun *nitelikli hâli* (TCK md.144/1-a) sayılıp cezasında indirim sebebi kabul olunurken, bu husus güveni kötüye kullanma suçu bakımından dikkate alınmış bir olgu teşkil etmemektedir<sup>72</sup>.

### e. Hırsızlık Suçunun Dolandırıcılık Suçundan Ayrımı

“*Dolandırıcılık suçu*” 5237 sayılı TCK’nın 157’nci maddesinde, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmektedir.

Dolandırıcılık suçu, bugünkü anlamından önce<sup>73</sup> tarihsel geçmişinde uzunca bir süre hırsızlık suçu içinde değerlendirilmiş<sup>74</sup> bir suç şekli olduğundan<sup>75</sup>, her iki

*hileli davranışlarından da söz edilemeyeceği cihetle, eyleminin “güveni kötüye kullanma” suçunu oluşturacağı, mağdurenin suç tarihinde 16 yaşından büyük olup lise öğrencisi olduğu ve mümeyyiz olmadığı yönünde iddia ve delil bulunmayıp şikâyet hakkının mağdureye ait bulunduğu nazara alınarak, sanığa yüklenen ve takibi şikâyete bağlı olan güveni kötüye kullanmak suçundan dolayı mağdureden şikâyeti sorulup, şikâyetçi olması halinde emniyeti suistimal suçundan mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden suç vafında yanılığa düşerek yazılı şekilde unsurları yönünden oluşmayan “dolandırıcılık” suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, BOZULMASINA (11. CD., 02.11.2010 t. ve 2010/12083 E., 2010/12149 K.)” (www.kazanci.com.tr).*

<sup>72</sup> Bu durumun AY’nın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz; Anayasa’ya açık aykırılığın giderilmesi için diğer bir ifade ile 144/1-a maddesinde yer alan düzenlemenin *güveni kötüye kullanma suçlarını* da kapsamı için Kanunkoyucunun 5560 sayılı Kanunla (RG. 06.12.2006 t ve S.26381) 245 inci maddeye eklenen ek fıkra gibi bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>73</sup> Roma hukukunda *fraus* (suiistimal) terimi, kanuna karşı gelmek, hükmü suiistimal etmek anlamındaydı ve *vis* (kuvvet) ve *dolus* (kast)’un karşılığı kullanılmaktaydı. Bununla kasıtlı olarak (hukuka aykırılık şuuru da denebilir) kanun hükmünün ihlâli, suiistimali ifade olunurdu (krşz. **MANZINI**, C.9, s.659 dn.1).

<sup>74</sup> Roma Hukukunda dolandırıcılık suçunun, bugünkü tanımına yakın olarak *furtum* (hırsızlık suçu) kavramı içinde değerlendirildiği ifade olunmakta ise de (**TAHİROĞLU Bülent**, Roma Hukukunda Furtum, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1975, s.109), ilk önceleri *fallum* (sahtecilik suçları) tabiri hile, desise gibi aldatıcı hareketlerin bulunduğu bütün aldatıcı hareketleri kapsayıp çok geniş bir tanımı içerdiğinden dolandırıcılığın “*stellionatus*” kavramı içinde ele alındığı gözlenir (**MANZINI**, C.9, 661; **BRASIELLO Umberto**, “*Stellionatus*”, *Novissimo Digesta Italiano*, C. XIII, Torino, 1971, s.227 vd.; **ZİYA Umur**, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1975, s.198; **TÜMERKAN Somay**, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987, s.2; **ÖNDER**, s.363). Ancak, *Paulus’un* “*furtum, bir malın veya kullanımının yahut zilyetliğinin hileyle kazanç veya menfaat amacıyla elde edilmesidir*” şeklindeki tanımının hırsızlık suçunun dolandırıcılık suçunu da kapsadığını göstermektedir.

<sup>75</sup> **TÜMERKAN**, s.2.

suç birçok açıdan birbirine yaklaşırken, çeşitli noktalar uyarınca da birbirlerinden ayrılmaktadır<sup>76</sup>.

*Dolandırıcılık suçu* da *hırsızlık suçu* gibi malvarlığına karşı suçlardan olmakla beraber, bu iki suç tipi birbirinden “suçla korunan hukuki yarar”, “suçun maddi konusu”, “suçun maddi unsuru”, “suç mağdurunun rızası” olmak üzere çeşitli açılardan ayrılır<sup>77</sup>.

*Hırsızlık suçuyla* korunan hukuki yarar *zilyetlik* iken, *dolandırıcılık suçu* ile öncelikle malvarlığı değerleri korunmaktadır. Ancak dolandırıcılık suçuyla hırsızlık suçunda olduğu üzere sadece malvarlığı değerleri değil, birçok yazar tarafından da savunulduğu gibi, hileli davranışlar sonucu esasen irade aldatıldığından yani mağdur aldatıldığından<sup>78</sup>, dolandırıcılık suçuyla malvarlığı değerlerinin korunmasının

<sup>76</sup> “Gerek dolandırıcılık ve hırsızlık, gerekse güveni kötüye kullanma suçlarını yekdiğerinden ayıran kriterler bakımından öğretilmeye bakıldığında;

“Dolandırıcılık ve hırsızlık cürümlerinin ortak hukuki konularının mal varlığına ilişkin varlık ya da menfaatler olduğunda kuşku yoktur. Ancak, dolandırıcılık suçunun yasal tanımı incelendiğinde, yalnızca mal varlığına ilişkin varlık ya da menfaatleri değil, bunların yanı sıra irade ve karar özgürlüğünü de koruduğu görülmektedir. Gerçekten bu cürüm, hırsızlık gibi suç failinin tek yanlı etkinliğiyle değil, mağdurun kandırılmış ve aldatılmış iradesi doğrultusunda, kendi zararına, fail ya da adına hareket ettiği kimse yararına bir işlemde bulunmasını, bir başka deyişle, mağdurun faille işbirliğini gerektiren bir cürümdür. Mağdurun bu işlemi, bozulmuş bir iradenin ve kararın eyleme dönüştürülmesidir ki; dolandırıcılık cürümünün “aldatarak hırsızlık” diye anılmasının nedeni, bu irade özgürlüğünü koruma kaygısıdır. Bundan anlaşılacağı üzere hareket ögesi hırsızlıkta «alma» gibi tek ve yalın bir davranıştan ibaret olduğu halde, dolandırıcılıkta, hile ve çıkar sağlama gibi birden çok karmaşık davranışlardan oluşmaktadır. Ancak bu karmaşık davranışların suç tipinde öngörülen şekilde hile ve desise biçiminde oluşması gerekir. Hile ve desisenin de kandırıcı nitelikte olması zorunludur. Bu nedenle, hilelere kanarak da olsa tam anlamıyla teslimde bulunmayıp, mekanik ve maddi olarak teslim ettiği şeyi gözaltında tuttuğu faile vermiş ve fail de gafletten yararlanarak malı alıp gitmişse eylem hırsızlıktır (Sami Selçuk, *Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Cürümlerden Ayrımı*, Sh. 11 vd.) TCY.sımrı 491/3. madde ve bendindeki hırsızlık cürümü ile güveni kötüye kullanma suçundaki ayrıma gelince; bunları yekdiğerinden ayıran kriter, zilyetliğin kapsamından çıkmaktadır.

*Hırsızlıkta mal, malikin ya da onun zilyet olarak belirlediği kişinin fiili egemenlik alanındadır. Failin bu malı tam olarak tasarruf edebilmesi için onu bu sadadan aşırması gerekir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda sözü edilen husus zilyet yardımcılığıdır. Hırsızlıkta belirli ve somut bir teslim olmasına karşılık, güveni kötüye kullanmada somut ve belirli bir teslim vardır. Fer’i zilyetlik faile geçmiştir. Diğer bir anlatımla mevsuf hırsızlıkta mal faile doğrudan doğruya teslim edilmiş veya bırakılmış olmaksızın ortaya, onun koruyuculuğuna bırakılmıştır. (DÖNMEZER, *Mala Karşı Cürümler*. Sh. 353)” denilmek suretiyle yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda görüşler ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır (CGK., 05.10.1999 t. ve 1999/6/227 E., 1999/226 K.)” (www.kazanci.com).*

<sup>77</sup> Eski dönemlerde *dolandırıcılığın*, dolaylı hırsızlık olarak yorumlandığı da bilinen bir gerçektir (MANZINI, C.9, 674; DE MARSICO Alfredo, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951, s.141). Herhalde eski dönem yaklaşımının bir sonucu olsa gerek, *dolandırıcılık suçunu* hırsızlık suçunun özel bir şekli (bkz. YAVUZ A. Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Basit Dolandırıcılık Suçu”, CHD., Y.1, S.1, Ekim 2006, s.346), hatta “aldatarak hırsızlık” olarak yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır (bkz. SELÇUK Sami, *Dolandırıcılık*, İstanbul, 1982, no.47).

<sup>78</sup> Üçüncü şahısların iyiniyetinin de korunduğu ifade olunmaktadır (DÖNMEZER, s.448).

yanında, ayrıca “irade ve karar özgürlüğü” de<sup>79</sup> korunmaktadır<sup>80</sup>. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için iradenin aldatılması gerektiğinden, bu suç ancak gerçek kişilere karşı işlenebilir<sup>81</sup>. Bilgisayar ve bilişim sistemlerinde irade bulunmadığından, diğer bir ifade ile bulunması mümkün olmadığından, bu sistemlere hukuka aykırı veri girmek suretiyle haksız kazanç elde edilmesi fiillerinden yani hukuka aykırı veri girilmek suretiyle bilgisayarların aldatılması eylemlerinde, bilgisayarın özgür iradesinin kandırılması söz konusu olamaz<sup>82</sup>; bu sebeple de dolandırıcılık suçu oluşamaz<sup>83</sup>: işte başta bu nedenle olmak üzere Yargıtay’ın 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K. sayılı kararına katılabilmek mümkün değildir<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> “Söz konusu suç tanımı ile, kişilerin sahip malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işleniş sırasındaki hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlâl edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlâl edilmektedir” (bkz. TCK 157’nci maddenin gerekçesi).

<sup>80</sup> MANZINI, C.9, s.667; ANTOLISEI, part. spec., C.I, s.293; MAGGIORE Giuseppe, Diritto penale, parte speciale, C.II, Delitti e contravvenzioni, 2. bası, Bologna, 1961, s.1007; SELÇUK, s.7; Aynı yazar, Dolandırıcılık, no.47; TOROSLU, s.175; YAVUZ, s.348. Tezcan-Erdem-Önok ise, sadece malvarlığının korunduğuna inanmaktadır (TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.599).

<sup>81</sup> “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hileli davranışın gerçek kişiye yöneltilerek aldatılması ve bu işlemler sonucunda onun veya başkasının zararına olarak, sanığın veya bir başkasının lehine yarar sağlanması gerekli olup (11.CD., 24.06.2009 t. ve 2009/6640 E., 2009/7968)” (www.kazanci.com).

<sup>82</sup> YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçlarında Önemli Sorun”, Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.4, Ekim-Kasım-Aralık, 2009, s.7.

<sup>83</sup> Selçuk da, dolandırıcılık suçunda mağdurun iradesini değerlendiren “hileli araç, ruh ve zekâ kullanılmaktadır” diyerek makinelere yapay olarak insan gibi kişilik vermenin mümkün olamayacağını açıklamaktadır (SELÇUK, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s.9).

<sup>84</sup> Yargıtay’ın, TCK’nın 244/4 üncü maddesindeki düzenlemenin ikincil nitelikte olduğu, eyleme uyan başka bir hüküm bulunmaması halinde uygulama bulabileceği şeklindeki devamda görülen kararına katılabilmek mümkün değildir (aynı yönde bkz. YILDIZ M. Emre, “İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay’ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.5, S.14, Aralık 2010, s.145-149; BAŞBÜYÜK İsa, “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.5, S.14, Aralık 2010, s.164 ve 177-179): “Sanık Volkan’ın; firari Saim ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Ş bank Ankara K. .. Şubesindeki hesabından 10.750 YTL’yi Ş ... bank-İstanbul Z Şubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla aldatılmayı, 5237 sayılı TCY’nin 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan “bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık” suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Şu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY’nin 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır (YCGK., 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K.)” (YKD, C.36, S.4, Nisan 2010, s.705-725).

Hemen ifade edelim ki, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesini nitelikli hal olarak belirleyen TCK'nın 158/1-f maddesi yanlış bir düzenlemedir<sup>85</sup>.

Az evvel de ifade olunduğu üzere, *hırsızlık* ve *dolandırıcılık* suçlarının maddi konusunu malvarlığı değerleri oluşturmaktadır; ancak hırsızlık suçu taşınır mallar aleyhine işlenebilirken, dolandırıcılık suçu hırsızlık suçu gibi, sadece taşınır mallara karşı değil, aynı zamanda taşınmaz mallara ve/veya alacak hakkı gibi her türlü hakka

<sup>85</sup> Eski TCK'nın 525/b-2'nci maddesinde yer alan “*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle haksız menfaat elde edilmesi suçu*”, Yeni Türk Ceza Kanunundaki birçok garabet yaklaşım gibi, başta “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesi olmak üzere ceza hukukunun birçok önemli prensibine aykırı olarak ele alınmış ve bunun sonucunda eski 525/b-2 maddesindeki düzenleme YTC 244/4'de tali, ikincil bir düzenleme haline getirilmiş ve bu suretle de bilgisayarlar/bilişim sistemlerine karşı dolandırıcılık suçu işlenebilirliği gibi bir yaklaşımın doğmasına sebebiyet verilmiş bulunmaktadır. Hâlbuki Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin de çeşitli kararlarında ortaya koyduğu üzere, *dolandırıcılık suçu*, ancak hileli davranışlarla bir kimsenin iradesinin aldatılmasıdır ve gerçek bir kimseye karşı karşıya gelinmeden bilgisayar gibi sistemlerin kullanılması suretiyle haksız çıkar sağlandığı durumlarda bilişim sistemine girilerek haksız çıkar sağlanması suçu gerçekleşmiş olacaktır: “*Dolandırıcılık suçu; hileli davranışlarla bir kişinin aldatılıp onun veya bir başkasının zararına, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması suretiyle oluşur. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin, gerçek bir kişiye yöneltilmiş olması, onun kandırılarak çıkar sağlanması gerekir. Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, hileli davranışlarla gerçek kişiler dolandırılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde “bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu” gerçekleşecektir. Somut olayda oluşu uygun kabule göre; Kayseri PTT Müdürlüğü Otomasyon Bölümünde bilgisayar teknisyeni olarak görev yapan sanık M.Ö.Ö. ile Kayseri'de bulunan özel bir dershanede öğretmen olan diğer sanık A.K.'nin fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2002 yılının Mayıs ve Eylül ayları arasında Sivas, İstanbul-Fatih, Beyazıt, Bağcılar, Zeytinburnu, Küçükçekmece, Sefaköy, Merter, Bayrampaşa, Aksaray, Mecidiyeköy, Avcılar ve Kağıthane, Ankara- Ulus, Kızılay, Ahmetler, Emek ve Keçiören PTT merkezlerinden kabul işlemi yapılan bir kısım para havaleleri tutarlarına, PTT on-line sistemi veri tabanına girilmek suretiyle rakam ilave edilerek ödeme merkezlerince, gerçekte havale edilenden 10 veya 100 kat fazla tutarda ödeme yapılmasını sağlayarak haksız menfaat temin eden sanıkların eylemlerinin tamamen bilişim ortamında gerçekleştirilmiş olması, gerçek kişiye karşı yöneltilen her hangi hileli bir davranışın bulunmaması nedeniyle 765 sayılı TCK.nun 525/b-2 maddesindeki ( 5237 sayılı TCK.nun 244/4 md ) bilişim suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması ...bozmayı gerektirir (11. CD., 12.10.2009 t. ve 2008/11060 E., 2009/11936 K.)”; “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği somut olayda ise, sanığın mağdur Murat Ar'ın Yapı Kredi Bankası Çemenzar şubesindeki hesabına ait internet şifresini kıvrarak, 21.11.2006 tarihinde hesapta bulunan 4.500 YTL'yi İskenderun'da bulunan Veli Çiftçi'den aldığı bilgisayar bedeli olarak havale etmesi, 22.11.2006 günü ise 3.700 YTL'yi İstanbul ili Beşiktaş ilçesinde bulunan Tuncay Aydoğdu'dan sipariş ettiği televizyon bedeli olarak aynı yöntemle havale etmesinden ibaret eyleminde, gerçek kişiye yönelen hileli bir hareket bulunmaması nedeniyle failin zincirleme şekilde 5237 Sayılı TCK.nun 244/4 maddesine uygun “bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı ... bozulmasına (11. CD., 10.03.2008 t. ve 2008/362 E., 2008/1377 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).*

yönelik<sup>86</sup> olarak da işlenebilir. Bu sebeple *hırsızlık suçu*, somut, dokunulabilir yani bir şekilde maddi varlığa sahip şeylere (*quae tangi possunt*) karşı işlenebilir. Hırsızlık suçu mülkiyete yönelik işlenebilirken dolandırıcılık suçu hakka yönelik işlenir<sup>87</sup>.

*Hırsızlık suçu* ile *dolandırıcılık suçu*, mağdurun rızası yani mağdurda oluşan rıza bakımından da birbirinden ayrılır. Hırsızlık suçu mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilirken, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla sakatlamak suretiyle elde edilen mağdurun rızası vardır; ancak bu rıza hukuken geçerli bir rıza değildir. Dolandırıcılık suçunda söz konusu olan yani elde edilen rıza mağdurun aldatılması suretiyle elde edilmiş bir rızadır, diğer bir ifade ile mağdur gerçeği bilse idi kabul etmeyeceği bir rızadır. Bu rıza fail tarafından mağdurun iradesi aldatılarak elde edilmiş bir rıza olduğundan (TCK md.157) hukuken geçerli bir rıza değildir.

Dolandırıcılıkta hile, mağdurun bilse idi vermeyeceği rızasını elde etmeye yöneliktir; fail hile ile elde ettiği rızadan faydalanarak haksız çıkarı elde etmektedir. Hâlbuki hırsızlıkta, başlangıçtan beri mağdurun rızası hiçbir şekilde bulunmamaktadır.

<sup>86</sup> “Evlî olan sanıkların, sanık Hayriye'nin SSK'dan emekli aylığı alan babasının 17.03.2001 tarihinde vefatından sonra yetim maaşı almak amacıyla danışıklı olarak boşanıp, birlikte aynı evde yaşamaya devam ederek 01.06.2002-10.04.2007 tarihleri arasında toplam 19.565 lira haksız çıkar sağladıklarının iddia olunması, sanıkların soruşturma sırasında sanık Hayriye'ye maaş bağlanması için boşandıklarını beyan ederek kovuşturma evresinde geri almaları karşısında, gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi bakımından boşanma dosyası getirtilerek incelenip içeriği ve boşanma nedeni ile, sanıkların boşandıktan sonra aynı evde birlikte yaşamaya devam edip etmediklerinin muhtarluk, zabıta ve komşularından sorulup araştırılıp, ikametgahın bir başka yere nakledilip nakledilmediğinin tespitinden sonra, toplanan tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme sonucu “arafların mahkeme ilamı ile boşanmalarında ve boşandıktan sonra sanık Hayriye'nin babasından kalan sigorta aylığını almasında dolandırıcılık suçunun unsuru olan hile ve aldattıcılıktan söz edilemeyeceğinden” bahisle yazılı şekilde beraatlerine hükmolunması, bozmayı gerektirir (11. CD., 22.12.2010 t. ve 2008/1657 E., 2010/14820 K.); “Sanığın boşandığı eşi ve müdahillerin babası olan Recep'in ölümü üzerine, daha önceki tarihli olarak düzenlediği sahte “talimat mektubu”nu ... Nenehatun Şubesi'ne ibraz ederek, müşterek hesaptan 3.833.685.784 lirası çektiğinin iddia edilmesi karşısında; eylemin sübutu halinde, 29.11.1990 tarihinde yürürlüğe giren TCK.nun 3679 sayılı Yasa ile değişik 504/3. maddesinde öngörülen banka aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmasının ve davaya bakmanın Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girdiği gözetilmeden duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, ... Bozmayı gerektirmiş (6. CD., 17.12.1996 t. ve 1996/13386 E., 1996/13197 K.); “Vergi mükellefi bulunan sanığın, vergi dairesine verdiği katma değer vergisi iadesi beyannamesinde gösterdiği 213 sayılı Kanununun 230. maddesinde yazılması zorunlu bilgiler arasında yer alan müşterinin adresi, düzenleme tarihi ile genel geçerlilik koşulu olan düzenleyenin imzasını taşımayan suçta konu faturanın, aynı kanununun 227. maddesinin 3. fıkrasının “bu kanuna göre kullanılan veya bu kanunun Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır” şeklindeki hükmü karşısında, bu kanun yönünden yok sayılması gerekmesine göre eylemin aynı kanununun 359/b-1 maddede ve fıkrasındaki suçta ihlal etmediği, TCK.nun 504. maddesinin 7. bendi kapsamında değerlendirilmesi yapılarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden suçun nitelemesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde uygulama yapılması (11.CD., 22.11.2001 t. ve 2001/7501 E., 2001/10734 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

<sup>87</sup> MANZINI, C.9, s.674.

Diğer taraftan rıza hile ile elde edildiğinden *dolandırıcılık suçunda* iradesi fesda uğratılacak bir mağdurun varlığı daima zorunludur<sup>88</sup>. Bundan dolayıdır ki, *dolandırıcılık suçunda*, dolandırılabilme yani mağdur olabilme ehliyeti aranır<sup>89</sup>. Hâlbuki *hırsızlık suçunu*, küçüklere ve akıl hastalarına karşı işleyebilmek mümkündür. Akıl hastaları ile idrak yeteneği bulunmayan küçüklerin aldanabilme yetenekleri bulunmadığından yani bunlara karşı yapılan hileler dolandırıcılık suçunun oluşumunda bir anlam ifade etmediğinden, İtalyan Yargıtay'ın da belirttiği üzere bu nevi hareketlerle maddi konunun elde edilmesi *dolandırıcılık* suçuna değil, *hırsızlık* suçuna vücut verir<sup>90</sup>. Deneyimsizlik, acemilik, saflık ise, küçüklük veya akıl hastalığı demek değildir. Kanunun 158/1-c maddesi dolandırıcılık suçunun “*kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle*” işlenmesini nitelikli hâl olarak düzenlediğinden Türk Ceza Kanunu da mağdurun yapılan hileyi algılayabilecek düzeyde bulunmasını aramaktadır; eğer mağdur, fail tarafından başvurulmuş davranışların hileli olduğunu algılayabilecek yeteneğe dahi sahip değilse, fiil dolandırıcılık değil, yerine göre hırsızlık suçu oluşabilir<sup>91</sup>. Bu sebeple herkes hırsızlık suçunun mağduru olabilirken herkes dolandırıcılık suçunun mağduru olamaz.

*Hırsızlık suçunun* maddi unsuru, başkasına ait taşınabilir bir malın bulunduğu yerden faydalanma/yararlanma amacıyla alınması iken (md. 141/1), *dolandırıcılık suçunun* maddi unsuru hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması sonucu onun veya başkasının zararına kendisine veya bir üçüncü şahsa yarar sağlanmasıdır.

Hırsızlık suçu da dolandırıcılık suçu gibi hile kullanılarak işlenebilir, bu durum Kanunumuzda, *hırsızlık suçunun, yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak* işlenmesinde olduğu üzere, nitelikli hal kabul edilmektedir (md. 142/2-f son cümle)<sup>92</sup>. Ancak burada fail tarafından gerçekleştirilen hilenin, mağdurun malı kendisine vermesine ilişkin değil, malın çalınmasına yönelik olması gerekir<sup>93</sup>.

*Hırsızlık suçu* ancak icrai bir hareketle işlenebilirken, *dolandırıcılık suçu* “susmak” gibi ihmal suretiyle icrai bir hareketle de işlenebilir<sup>94</sup>: bu gibi durumlarda failin susmakla bir *hukukî görevi* ihlâl etmesi gerekmektedir<sup>95</sup> (StGB md.263/1)<sup>96</sup>;

<sup>88</sup> Bundan dolayıdır ki de yukarıda belirttiğimiz Yargıtay CGK'nın 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K. sayılı kararı yanlıştır.

<sup>89</sup> SELÇUK, s.10.

<sup>90</sup> MANZINI, C.9, s. 714'te yer alan İtalyan Yargıtay'ı kararları.

<sup>91</sup> TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.601.

<sup>92</sup> İtalyan Ceza Kanunu hırsızlık suçunun hile yapmak suretiyle işlenmesini yaptırım altına almakta ve hırsızlık suçunun işlenmesinde hilenin araç olarak kullanılmasını ağırlatıcı hal kabul etmektedir (İt.CK. md.625/2).

<sup>93</sup> MANZINI, C.9, s.674.

<sup>94</sup> TOROSLU, s.179.

<sup>95</sup> MANTOVANI, s.161.

<sup>96</sup> Alman Ceza Kanunu'nun (15 Mayıs 1871 t.li) 263 üncü maddesinde bu hususta açık hüküm bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu madde 263/1: “*Yanlış olguları gerçek gibi göstermek veya gerçek olguları tahrif etmek veya gizlemek suretiyle, bir kişiyi hataya düşürerek veya hatayı sürdürerek,*

ancak failin susarak mağdurun zarara uğramasına sebebiyet vermesi yeterli olmaz<sup>97</sup>. Her iki suç da zarar suçudur; ancak, *hırsızlık suçu* neticesi harekete bitişik bir suç iken, *dolandırıcılık suçunda* netice hareketten ayrılır ve hareketin yapılması ile neticenin gerçekleşmesi arasında hem zaman hem de mekân farkı bulunabilir.

Hırsızlık suçunun tamamlanması için alınan maldan yararlanılması gerekmemektedir, mal üzerinde zilyedin tasarruf imkânının kaldırılması yeterlidir; buna karşın dolandırıcılık suçunda suçun tamamlanması için haksız yararın sağlanması gereklidir.

Dolandırıcılık suçu genel kastı değil<sup>98</sup>, hırsızlık suçunun manevi unsuru gibi *animus lucriyi* (zenginleşme, faydalanma kastını)<sup>99</sup> içeren özel kastı gerektirir<sup>100</sup>. Dolandırıcılık suçunda fail kendisi veya başkası lehine haksız bir menfaat sağlamak için hileli davranışları bilerek ve isteyerek kullanmalıdır.

#### f. Hırsızlık Suçunun Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçundan Ayrımı

Türk Ceza Kanunu'nun 160 ıncı maddesi "*kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi*

*kendisine veya üçüncü bir şahsa hukuka aykırı bir mal varlığı çıkarı sağlamak maksadıyla, başkasının mal varlığına zarar veren kişi ... cezalandırılır*" (madde metninin tercümesi için bkz. YENİSEY Feridun-PLAGEMANN Gottfried, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009).

<sup>97</sup> DÖNMEZER, s.456.

<sup>98</sup> Ancak doktrinde görüşlerine katılmadığımız bazı yazarlar (ANTOLISEI, part. spec., C.I, s.303; MANTOVANI, s.167; SELÇUK, s.17; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.616; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s.703) dolandırıcılık suçunun genel kastla işlenebileceğini ifade etmektedir. Hemen belirtelim ki, Kanunkoyucu suçun oluşması için fail tarafından gerçekleştirilen hilenin bizzat kendisi veya bir üçüncü şahıs lehine haksız bir menfaat temini için yapılmasını aradığından, diğer bir ifade ile kendisi veya bir başkası lehine haksız menfaat edinmeyi isteyen kasta sahip olması Kanun tarafından arandığından, işte bu istem *animus lucri* olarak ortaya çıkan özel kastı oluşturmaktadır. Zaten fail, faydalanma kastı ile hareket etmeyecek olursa, suç da dolandırıcılık teşkil etmeyecektir.

<sup>99</sup> Hiç tartışmasız *dolandırıcılık suçu* kastı gerektiren bir suçtur. Fail, kendisi veya başkası yararına haksız bir menfaat elde etmek için hileli davranışlarda bulunduğunu bilecek ve bunu isteyecektir. İşte failin burada haksız menfaat elde etmek istemesi "*animus lucri* faydalanma kastı" olarak ortaya çıkan özel kast çeşididir; zira fail haksız menfaati de bilerek istemektedir. Biz de, *Manzini* gibi (MANZINI, C.9, s.769) düşünmekte ve *dolandırıcılıkta kastın*, hileli hareketlerde bulunarak bir kimsenin hataya düşürülmesi, aldatılmasını ve bu suretle de haksız olduğu bilinen bir menfaatin kendisi veya bir başkasına kazandırılması olgusunu kapsamaması gerektiğine inanmaktayız. Bu da faydalanma kastı olarak ortaya çıkan özel kasttır. Aksi halde, yanlış olarak "olası kastı (md. 21/2) düzenleyen TCK sisteminde, dolandırıcılık suçunun, hiç katılmadığımız bir düşünce ile, olası kastla da işlenebileceğini kabul etmek gerekir (aksi görüş ÖNDER, s.385; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.616).

<sup>100</sup> MANZINI, C.9, s.769; DE MARSICO, s.148; SANTORO, C.V, s.449; DÖNMEZER, s.473; TOROSLU, s.185; SOYASLAN, s.421;

tasarrufta bulunan kişi, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklindedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 160’ncı maddesi ile gerçekte bir değil, biri “*kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf*” suçu, diğeri de “*hata sonucu ele geçmiş mal üzerinde tasarruf*” suçu olmak üzere iki ayrı suç aynı maddede düzenlenmektedir<sup>101</sup>.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun, 769 uncu maddesi, “(1) Kaybedilmiş bir şeyi bulan kimse, malın sahibine, sahibini bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmek veya araştırma yapmak ve gerektiğinde ilan etmek zorundadır. (2) Bulunan şey önemli ölçüde değerli ise, her halde kolluk kuvvetlerine veya muhtara bildirmek gerekir. (3) Oturulan bir evde veya işyerinde ya da kamu hizmeti görülen yerde bir şey bulan kimse, bunu o yer sahibine veya kiracıya ya da kamu hizmeti görülen yerde denetim ve gözetim ile görevli olanlara teslim etmek zorundadır” hükmüne, taşınır mülkiyetinin kaybedilmesini düzenleyen 778 inci maddesi de “taşınır mülkiyeti, malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybıyla sona ermez” hükmüne, 976’ncı maddesi de “fili hâkimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılamaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez” hükmüne haizdir.

İşte Medeni Kanun, kaybolmuş eşyanın ele geçmesini mülkiyetin kazanılması için yeterli görmemekte ve Türk Ceza Kanunu da kaybolmuş veya hata sonucu ele geçen eşya üzerinde tasarrufta bulunmayı suç haline getirmektedir. Ancak, kaybolduğu sanılan eşya malikin egemenlik alanı içinde ise, malik nerede olduğunu bilmese de bu nevi eşya kaybolmuş mal sayılmaz (4721 s. TMK md.796). Malın kaybolmuş kabul olunabilmesi için malikin denetiminden çıkmış olması ve nerede bulunduğu bilinmemesi gerekir<sup>102</sup>. Yine unutulmuş eşya da kaybolmuş eşyadan farklıdır; zira malikin aidiyet iradesi mal üzerinde devam etmektedir. Kaybolmuş eşya ise, unutulmuş eşyadan farklı olarak malik malın nerede olduğunu bilmemekte

<sup>101</sup> 765 sayılı TCK’nın 511 inci maddesinin 1 inci ve 2’nci bentlerinde ayrı ayrı düzenlenen biri “*kaybedilmiş eşyaya usulsüz temellük*” suçu ve diğeri de “*hata neticesi ele geçen malda mülkiyet iddia etmek*” suçu, 5237 sayılı Kanunda yer almakta olan birçok ciddi yanıltan bir diğeri olarak, Kanunun 160’ncı maddesi içinde tek bir fıkra içinde sanki ortada tek bir suçmuş gibi düzenlenmektedir.

<sup>102</sup> “*Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 10.06.1997 gün ve 132/151 sayılı kararında da açıklandığı üzere, suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 511. maddesinde öngörülen suçun oluşabilmesi için mal sahibinin, malının nere olduğunu bilmemesi, o şeyin mal sahibinin tasarruf alanı dışına çıkmış yani tasarruf imkanının kalmamış bulunması, en önemli unsur ise, suç işleyenin mal edindiği şeyin yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması gerektiği ve sahibi bilinen malın kaybolmuş mallardan sayılmayacağını da göz önüne alarak, sanığın, olay günü oyun oynadıkları kahvehane de arkadaşları olan mağdur Sezgin’in düşürdüğünü bildiği, içerisinde adı geçen mağdura ait sürücü belgesi ve 180 Euro döviz bulunan cüzdandaki paraları harcadığının iddia ve kabul olunması karşısında, eyleminin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdirinin, hükümden sonra, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Yasanın 10 ve 11. maddeleri gereğince üst derece asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması (11. CD., 22.01.2007 t. ve 2005/7502 E., 2007/66 K.)” (Karar metni için bkz. **BAKICI**, C.1, s.857).*



ve mal üzerinde denetim imkânı kalmamış bulunmaktadır<sup>103</sup>. Bu sebeple kaybolmuş eşya, zilyedinin nerede olduğunu bilmediği ve egemenlik alanı dışında bulunan taşınır maldır. Hata sonucu ele geçmiş eşya ise, failin malın eline geçmesi için herhangi bir katkısının bulunmadığı ve hata ya da tesadüf sonucu elde ettiği maldır<sup>104</sup>. Bu sebeple mağdurun malın eline geçmesinde bir katkısı var ise, artık hata ya da tesadüf sonucu ele geçmiş malda tasarruf suçu oluşamaz, bu durumda şartları oluşuyorsa dolandırıcılık suçu söz konusu olabilir<sup>105</sup>.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu, hırsızlık suçu gibi mal aleyhine işlenen suçlardandır. Her iki suçta da fail, eline geçen mal üzerinde malikmiş gibi tasarruf etme imkânı bulmaktadır. Hırsızlık suçunun maddi konusu olan mal, zilyedinin egemenliği altında bulunmaktadır, hâlbuki kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun konusunu oluşturan mal ise, zilyedinin tasarruf alanından yani egemenliğinden zaten çıkmış bulunan eşyadır. Hırsızlık suçunda malın mağdurun egemenlik alanından çıkmasına failin bir eylemi sebebiyet verirken, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda ise malın mağdurun egemenlik alanından çıkmasında

<sup>103</sup> BAKICI, C.I, s.840.

<sup>104</sup> “Dolandırıcılık suçundan unsur olan hileli hareketlerle kişinin aldatılıp, kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığa veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir. Somut olayda ise; sanığın 03.10.1997 tarihinde... İlçe Millî Eğitim Müdürlüğündeki daktilo memuru olarak göreve başladığı, Emekli sandığı Genel Müdürlüğünden yetim aylığı aldığındaki çalıştığı kurum tarafından 11.11.1997 tarihinde yazı ile Emekli Sandığına bildirildiği halde anılan kurumun ihmali sonucu hesabına yatırılan parayı almaya devam etmek biçimindeki sanığın eyleminde dolandırıcılık suçunun unsuru olan hileli hareket bulunmadığından, failinin 765 sayılı TCK.nun 511 (5237 sayılı TCK.nun 160) maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi (11 CD., 24.04.2007 t. ve 2005/8949 E., 2007/12773 K.)” (BAKICI, C.I, s.860).

<sup>105</sup> Tesadüf veya hata sonucu ele geçmiş malda malın ele geçiş biçiminde failin bir katkısının bulunmaması gerekir; eğer failin bir katkısı bulunuyorsa artık TCK'nın 160'ncü maddesindeki suç değil, katkısı mağdurun iradesini yanıltmaya yetecek oranda bir hile içeriyorsa dolandırıcılık suçu söz konusu olur. Bu sebeple Yargıtay'ın aşağıdaki kararında isabet bulunmadığı gibi, zaten fail, hileli hareketleri ile banka çalışanlarını yanıltmayı hedeflemekte ve bunu da başarmaktadır: “Sanığın bankamatiğe bir zarf içerisinde 200.00 TL para yatırmış gibi bankamatik kartı ile işlem yapması, banka görevlilerinin zarfı alıp kontrol ettiklerinde zarfta para bulunmadığını tespit edip bu durumu bilgisayar kayıtlarına işlerken hata ile para varmış gibi kayda geçirmeleri, hesaba para aktarılmış olduğunu gören sanığın bankamatik kartı ile bu parayı çekmesi, bir süre sonra aynı şekilde bankamatiğe 1.000.00 TL para yatırmış gibi işlem yapıp para çekmeye teşebbüs ettiği sırada banka görevlilerince yakalanması şeklinde gerçekleşen olayda; sanığın eylemi sonucu yatırılmış gibi işlem yapılan para otomatik olarak hesaba geçmeyip banka görevlilerinin zarf içerisinde para bulunup bulunmadığını ve varsa bu para miktarının işleme uygun olup olmadığını kontrol etmeleri sonucunda paranın hesaba geçip geçmeyeceğine karar verilmesi nedeniyle bilişim ve hileli hareketlerin aldatıcı özelliğinin bulunmayıp yeterli boyuta ulaşmadığından dolandırıcılık suçlarının oluşmayacağı, kontrol görevlilerinin yanlışlıkla onay tuşuna basması ve sanığın da çok kısa bir süre içerisinde hata sonucu yatırılan parayı çekmesi eyleminin, 765 sayılı TCK'nın 511. (5237 sayılı TCK'nın 160.) maddesindeki “hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf” suçunu oluşturacağına gözetilmeden (11.CD., 16.10.2009 t. ve 2007/3773 E., 2009/12167 K.)” (bkz. YKD, C.35, S.4, Nisan 2010, s.756).

failin bir çabası bulunmamaktadır. Hırsızlık suçu zilyetliğe karşı işlenen bir suç iken, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu mülkiyete karşı işlenen bir suçtur.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçuyla, hırsızlık suçunda olduğu üzere, kişilerin mülkiyet hakları dolayısıyla mağdurun zilyetliğinde bulunan maldan tasarruf edebilme olgusu korunmaktadır. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçuyla korunmakta olan hak dolandırıcılık suçu gibi aynı veya alacak haklarını da kapsamına almaz ve hırsızlık suçu gibi sadece taşınır malları kapsar.

Kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail, mağdurun kim olduğunu bilmemektedir, eğer mağdurun kim olduğunu biliyorsa ortada kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçu değil, şartları varsa hırsızlık suçu oluşur<sup>106</sup>. Mal hata sonucu ele geçmişse, fail, hırsızlık suçunda olduğu üzere mağdurun kim olduğunu bilebilir de.

Hırsızlık suçu ile kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu manevi unsur bakımından da birbirinden ayrılmaktadır. Fail herhangi bir şekilde güç kullanarak<sup>107</sup> mağdurun zilyetliğini engellememektedir, dolayısıyla da malı mağdurun tasarruf alanından çıkarıp kendi egemenlik alanına sokmamaktadır. Zira kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail malı sahibinin kaybetmiş olduğu kastını taşımaktadır<sup>108</sup>; diğer bir ifade ile fail malın sahibinin olduğunu bil-

<sup>106</sup> “Sanığın, önceden tanıdığı mağdura kamyonuyla kum taşıdığı sırada mağdurun cüzdanını araç içerisinde düşürdüğü, araçta temizlik yaptığı sırada mağdurun olduğunu bildiği cüzdanı bulup içerisindeki paraları alıp harcadığı, mağdurun cüzdanının akıbetini sorması üzerine ise görmediğini söylediğinin anlaşılması karşısında, eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, 765 sayılı TCK.nun 511. maddesinde düzenlenen kaybolmuş malda temellük etmek suçunu oluşturduğu kabul edilerek kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeni ile 765 sayılı TCK.nun 99. Maddesi gereğince düşürülmesine karar verilmesi (11.CD., 12.10.2006 t. ve 2005/159 E., 2006/8056 K.)” (metin için bkz. **BAKICI**, C.I, s.856).

<sup>107</sup> Burada ifade olunan güç terimi (*vis*) yağma suçundaki cebir, şiddet ve tehdit anlamındaki güç değil, malın ele geçirilmesi için sarf edilen enerji anlamındadır.

<sup>108</sup> “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.6.1963 gün 33/31 sayılı kararı ile daha sonra verdiği birçok kararında açıkladığı üzere bir eylemin, TCK'nun 511. maddesinde belirtilen nitelikte bir suç olduğunun kabul edilebilmesi için, mal sahibinin, malının nerede olduğunu bilmemesi, o şeyin mal sahibinin tasarruf alanı dışına çıkmış yani tasarruf imkânının kalmamış bulunması ve en önemli bir koşul ve unsur olarak da, suç işleyen mal edindiği şeyin yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması lâzımdır. Maddi olayda ise; katılanın ineği suç tarihinden 1 gün önce kaybolmuştur. Olay günü katılanın köyü civarındaki ormana avlanmak için gelen sanıklardan S ..., ağaçların arasında gördüğü hayvanı domuz zannederek av tüfeğiyle ateş edip öldürmüş, yanına gelen diğer sanık S ... ile birlikte vurulanın domuz olmayıp dana olduğunu gördüklerinde verdikleri karar gereği arka bacaklarını kesip bilahare yemek üzere arabaya koymuşlar ve Çar ilçesine gitmişlerdir. İlçede sanık S....., evinden satır ve masat alıp geldikten sonra, hayvanın butlarını parçalamak için uygun bir yer aradıkları sırada, durumlarından şüphelenen polisler tarafından suça konu etler ve suç aletleri ile yakalanmışlardır. Olay yeri olan Topallar mezarlığı mevkisinde yapılan aramada müştekinin hayvanından arta kalan işkembe, yarım gövde ve baş kısmı toprağa gömülü vaziyette bulunmuştur. Kesilen hayvandan arta kalan kısımlar katılana gösterilmiş, o da, bunları teşhis ederek kendi hayvanına ait olduğunu söylemiştir.

mekte veya bilebilecek durumda olmalı ve sahibinin mülkiyet hakkının devam ettiğini ve malı terk etmediğini bilmelidir<sup>109</sup>. Bu sebeple kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun manevi unsuru hırsızlık suçunun aksine genel kasttır. Kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail, eşyanın sahipsiz olmayıp kaybedilmiş olduğunu bilmeli ve bu durumu bilerek mal üzerinde tasarrufta bulunmayı istemelidir<sup>110</sup>. Hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda ise, fail eline geçen malın kendisine ait olmadığını, zilyetliğine geçen malın bir başkasının hatası sonucu elde ettiğini bilmeli ve başkasının malı olduğunu bilmesine rağmen mal üzerinde tasarruf ettiğini bilerek istemelidir<sup>111</sup>. Güveni kötüye kullan-

*Katılanın hayvanının, köyün yakınlarındaki bir otlakta diğer hayvanlarla veya tek başına bulunduğu sırada Topallar mezarlığı mevkesine yakın ormana girip vurulduktan sonra kesildiği yerin, köyün çok uzağında olmaması; malın sahibinin tasarruf alanından çıkmadığını göstermektedir. Esasen köy yaşantımızda, büyükbaş hayvanların köyün civarında zaman zaman otlamak üzere bırakıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hayvanların bırakıldıkları yerden bir süre uzaklaşıp köyün civarındaki arazi ve ormanlara girmeleri başıboş oldukları ve sahiplerinin de bunların nerede olduğunu bilmediğini göstermez. Nitekim, yapılan arama sonucu hayvanın arta kalan kısımları gömülü olmalarına rağmen bulunmuştur. Ayrıca; sanıkların savunmalarının aksine, hayvanı kestikten sonra kalan kısımlarını toprağa gömmeleri de, kendilerinin bulunmuş ve sabipsiz malda temellük etme kastı ile değil, "suç delil ve izlerini yok ederek" sahipli malı hırsızlamak kastı ile hareket ettiklerini ortaya koymaktadır (CGK., 10.06.1997 t. ve 6/132 E., 151 K.)" (karar için bkz. **KABAN Mater-AŞANER Halim-GÜVEN Özcan-YALVAÇ Gürsel**, Yargıtay Ceza Genel Kurumu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara, 2001, s.585-586)*

<sup>109</sup> "Suça konu köpeğin, arazide hayvan olatırken tanık Niyazi tarafından bulunarak köye getirilmesi sonrasında sanığın evine geldiği ve sanığın çocuğunun istemesi ve terk edilmiş olduğu zanıyla bu köpeği alıp beslediğinin anlaşılması karşısında yöresel koşullar dikkate alındığında suç kastının varlığından söz edilemeyeceği ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması (11 CD., 17.06.2002 t. ve 2002/5328 E., 2002/5860 K.); "Camiye giderken 180,000,000 lira bulan sanığın bu durumu müezzine söyleyip ilan etmesini istediği, birbirini izleyen iki Cuma namazından sonra hoparlörle anons edildiği, şikayetçinin kaybettiği paranın bir milyar olduğunu söylemesi üzerine bu miktarda para bulmadığını bildirdiği, ikinci kez müracaatında ise paranın 250-300 milyon lira olduğunu söyleyerek çelişkili beyanda bulunan şikayetçiye inanmayıp bulduğu parayı fakirlere dağıtan sanıkta suç kastının bulunmadığı ve yüklenen suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması (11 CD., 31.03.2003 t. ve 2002/13449 E., 2003/806 K.) (kararlar için bkz. **BAKICI**, C.I, s.849).

<sup>110</sup> "... Tutanaklarda yazılı şeylerin buldukları yerlerden, katılan idarenin rızası hilafına sanıklar tarafından ve faydalanmak amacıyla alındıkları sanıkların aşamalarda değişmeyen savunmaları ile dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

*Yine suç konu şeylerin, demirbaş düşümü yapılmışsa da, maddi değere haiz olduğu ve katılan idare tarafından zorunluluk nedeniyle, sonradan götürülmek üzere, geçici olarak yol kenarlarına bırakıldığı da anlaşılmaktadır. Bunların maliki tarafından kesin olarak ve daimi suretle terk edilmiş bulduklarından ( Res derelictae ) söz edilemez. Karayollarının şikâyet yolunu seçmesi ve davaya katılmasında bu kabulü doğrulamaktadır.*

*Kaldı ki suç konu şeylerin tür ve değerleri, sanıkların bu eşyasının terk edilmiş olup olmadığını kolaylıkla öğrenme olanağına sahip bulunmalarına rağmen bu yola başvurmayıp gizlice götürmüş olmaları müsnet suç kastını taşıdıklarının diğer önemli bir kanıtını oluşturmaktadır. Bu itibarla Yerel Mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA karar verilmelidir (CGK., 16.12.1997 t. ve 6/276 E., 308 K.)" (karar için bkz. **KABAN-AŞANER-GÜVEN-YALVAÇ**, s.583).*

<sup>111</sup> "Sanığın, yakından tarafından işyerinde unutulmuş çalışır durumdaki cep telefonunu faydalanmak ama-

ma suçunda ise, mal, faile malik veya zilyedi tarafından bir sözleşme gereği teslim olunmaktadır, hâlbuki kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda kaybolunan malın fail tarafından herhangi bir şekilde bulunması gerekmektedir<sup>112</sup>. “*Dolandırıcılık suçunda ise, unsur olan hileli hareketlerle kişinin aldatılıp, kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine bir işlemde bulunulmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığa veya başkalarının yararına haksız bir menfaatin sağlanması gerekir*”<sup>113</sup>. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda ise failin malı elde etmek yani malın zilyetliğini ele geçirmek konusunda aktif bir hareketi yoktur; ya kaybolmuş bir malı bulmaktadır ya da mal zilyedinin hatası sonucu failin eline geçmektedir<sup>114</sup>.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu, malın kaybolduğu anda veya malın hata sonucu ele geçtiği anda değil, failin bu nevi mal üzerinde tasarrufta bulunmaya başladığı anda gerçekleşir. Hırsızlık suçunda ise, suç mal mağdurun egemenlik alanından çıkıp failin mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunabilme olanağını elde ettiği anda gerçekleşir.

İki suç arasındaki diğer bir fark ise suçun kovuşturulması bakımındandır: Hırsızlık suçu resen soruşturulup kovuşturulabilen suçlardan iken, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun kovuşturulması şikâyete tabidir (md. 160)<sup>115</sup>.

*ciyla alıp götürdüğünün anlaşılması karşısında; eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde bulunmuş eşyada sahiplenme iddiası niteliğinde kabul edilerek vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmıştır* (6. CD., 30.05.2007 t. ve 2005/5998 E., 2007/6751 K.)” (karar için bkz. **BAKICI**, C.I, s.861).

<sup>112</sup> **DÖNMEZER**, s.530.

<sup>113</sup> 11. CD., 24.04.2007 t. ve 2005/8949 E., 2007/2773 K. (karar için bkz. **BAKICI**, C.I, s.860).

<sup>114</sup> “*Müdürlük idare tarafından, banka hesabına sehven gönderilen, hak ettiğinden fazla miktardaki parayı bilerek alıp temellük eden sanığın eyleminin TCK'nun 511/2-son maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden bu suç üzerinde durulmadan eylemde emniyeti suistimal suçunun unsurlarının bulunmadığından bahisle beraatine karar verilmesi* (11 CD., 27.09.2001 t. ve 8658 E., 8724 K.)”; “*Cep telefonu bayii olan şikâyetçinin bir adet cep telefonu sattığı sanığa bu telefona ait boş kutu yerine yanlışlıkla içinde aynı model telefon bulunan dolu bir telefon kutusu verdiği, durumu fark eden sanığın hata sonucu ele geçirdiği suça konu telefonu iade etmeyerek arkadaşına sattığını sanığın aşamalarındaki açık ikrar, şikâyetçi ve diğer sanık Tevfik'in beyanları ile tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında, sanığın unsurları itibariyle oluşan hata sonucu ele geçen malda mülkiyet iddia etmek suçundan mahkumiyeti yerine suçun manevi unsuru itibariyle oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi* (11 CD., 20.03.2006 t. ve 2004/2284 E., 2006/2027 K.)”; “*Müdürlük idare tarafından, banka hesabına sehven gönderilen, hak ettiğinden fazla miktardaki parayı bilerek alıp temellük eden sanığın eyleminin TCK'nun 511/2-son maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden bu suç üzerinde durulmadan eylemde emniyeti suistimal suçunun unsurlarının bulunmadığından bahisle beraatine karar verilmesi* (11 CD., 27.09.2001 t. ve 2001/8658 E., 2001/8724 K.)” (kararlar için bkz. **BAKICI**, C.I, s.848 ve 854).

<sup>115</sup> “*Sanığın eyleminin 765 sayılı TCK nun 511. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edildiğine göre; bu suçun kovuşturması ve yargılamasının şikâyet şartına bağlı olduğu gözetilerek karar tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 253 ve inceleme tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK.nun 223. Maddesi gereğince dava şartının gerçekleşmesini beklemek üzere fail ve fiilin öğrenil-*

### g. Hırsızlık Suçunun Karşılıksız Yararlanma Suçundan Ayrımı

“Karşılıksız yararlanma” başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu’nun 163 üncü maddesi “(1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” hükmünü içermektedir.

TCK’nın 163 üncü maddesindeki karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında iki ayrı ve birbirinden bağımsız eylem suç olarak düzenlenmektedir<sup>116</sup>. Bunlar: (1) *Hizmet otomatlarından karşılıksız yararlanma suçu* (md. 163/1); (2) Şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma suçu (md.163/2)<sup>117</sup>.

Türk Ceza Kanunu otomatlardan karşılıksız yararlanma eylemleri bakımından sadece hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanmayı suç haline getirmekte olup, mal veren otomatlardan karşılıksız yararlanma hâlini ayrı ve bağımsız bir suç olarak değerlendirmemektedir. Eğer fail, bazı yollara tevessül etmekle mal veren otomatlardan karşılığını ödemeksizin otomattaki malı elde edecek olursa, diğer şartların varlığı hâlinde hırsızlık suçu söz konusu olabilir<sup>118</sup>.

TCK’nın 163/1 inci maddesinde düzenlenen “*hizmet otomatlarından karşılıksız yararlanma suçu*” ile *hırsızlık suçu*, öncelikle suç konusu ve suçun maddi unsurları bakımından birbirinden ayrılır.

Hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunun konusunu taşıyabilir bir mal değil, otomatlar sayesinde faydalanılan herhangi bir hizmet oluşturur. Bununla metro, tren, otobüs, vapur gibi toplu taşıma sistemlerindeki, bedeli karşılığı uzağı veya bir noktayı gösteren dürbün, teleskop gibi manzara noktalarındaki, artık gündelik hayatın içine giren çeşitli etkinliklere bilet sağlayan kiokslardaki yahut bedeli karşılığı yararlandırılan tuvalet gibi hizmet alımlarına olanak veren otomatlar kast olunmaktadır<sup>119</sup>. Hırsızlık suçunun konusu ise taşınabilir bir maldır.

*mesinden başlayacak şikâyet süresi ya da zamanaşımı süresinin sonuna kadar durma kararı verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması* (7.CD., 20.10.2005 t. ve 2005/36918 E., 2005/19109 K.); “*Saniğe yüklenen TCK.nun 511. Maddesinde yazılı takibi şikâyete bağlı olan buluntu malda mülkiyet hakkı iddia etmek suçuyla ilgili şikâyetçinin, 18.05.2004 tarihli duruşmadaki ifadesinde şikâyetinden vazgeçtiği gözetilmeden 765 Sayılı TCK.nun 99. (5237 Sayılı TCK.nun 73/4) maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi* (11.CD., 19.09.2007 t. ve 2005/10841 E., 2007/5589 K.) (Kararlar için bkz. **BAKICI**, C.I, s.852 ve 861).

<sup>116</sup> Bazı yazarlar TCK’nın 163 üncü maddenin 2’nci fıkrası ile iki ayrı suçun düzenlendiğini düşünmektedir (**TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, s.637; **BAKICI**, C.I, s.884)

<sup>117</sup> Aynı yönde **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN**, s.395.

<sup>118</sup> **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, s.635; **BAKICI**, C.I, s.884.

<sup>119</sup> “*Madde metninde karşılıksız yararlanma suçu tanımlanmıştır. Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yarar-*

Diğer taraftan hırsızlık suçunun maddi unsuru almak eylemi iken, hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunun maddi unsuru herhangi bir suretle otomatın sağladığı hizmetin karşılıksız olarak yani hizmet bedelinin ödenmesizin elde edilmesi eylemidir.

Bize göre, 163/1 inci maddedeki suç da *animus lucri / zenginleşme - faydalanma kastı* şeklinde ortaya çıkan özel kastı gerektirir. Failin, otomatın sağladığı hizmeti, bedelini ödemeksizin elde ettiğini bilmesi yetmez, aynı zamanda fail, bu eylemini zenginleşme kastı şeklinde ortaya çıkan bir kastla işlemelidir. Bu sebeple zenginleşme kastı olmaksızın, cüzanını kaybettiği veya yeterli parası olmadığı için bir suretle otomatı yanılarak vapur, metro, tren vs. gibi ulaşım araçlarından bedelini ödemeksizin eve dönüş seyahatini sağlayan kimse örneğinde olduğu üzere, kişi de zenginleşme kastı bulunmadığı için hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu gerçekleşmez. Bu nedenle hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu da hırsızlık suçu gibi *animus lucri/ zenginleşme - faydalanma kastı* olarak ortaya çıkan özel kastla işlenebilen bir suç şeklidir.

Verilecek cezada indirim sebebi olarak *hırsızlık* suçunda özel bir zorunluluk hali (md. 147) düzenlenmekte iken, *hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu* bakımından böyle bir düzenleme sözkonusu olmayıp genel hukuka uygunluk halinden yararlanmak mümkündür.

Yine *hırsızlık* suçunda, failin gece gerçekleştirilmesi nitelikli hal iken, *hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu*nda gece vaktinin bir önemi bulunmaz.

Türk Ceza Kanunu'nun 163 üncü maddesinin 2'nci fıkrasında şifreli veya şifresiz *yayınlardan, yayınların zilyedinin veya sahibinin rızası hilafına yararlanmak* suç haline getirilmektedir. Böyle bir maddenin ceza kanununda yer almasındaki garabet bir yana, hükmün kaleme alınmasındaki yaklaşım da son derece hatalıdır; bundan dolayıdır ki, bazı yazarlar, belki de maddenin anlamsız gerekçesi sebebiyle<sup>120</sup>, hükmü “*telefon hizmetlerinden karşılıksız yararlanma suçu*” ve “*elektromanyetik*

*lanma suçunu oluşturmaktadır. Otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedeli ödemeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödemeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir” (bkz. 163 üncü maddenin gerekçesi).*

<sup>120</sup> “Keza başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödemeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü, ortada taşınabilir bir mal yoktur. Başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödemeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiili, karşılıksız yararlanmanın tipik örneğini oluşturmaktadır” (bkz. 163 üncü madde gerekçesi). Bu ifadeler yer veren ve hükümde telefon veya frekanslarının hukuk dışı kullanılmasının düzenlendiğini iddia eden gerekçenin devamında, telefon hatları ile frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların izinsiz kullanılmasını da cezalandırdığı iddia olunarak bir yerde “suçta ve

*dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma suçu*” diye ikiye ayırarak incelemektedir<sup>121</sup>. Hâlbuki madde telefon hatlarından karşılıksız yararlanmayı değil, bedeli karşılığı izlenebilecek bazı yayınlardan izinsiz, başka bir söylemle yayın bedeli ödenmeksizin faydalanmasını yaptırım altına almayı amaçlamaktadır. Bugün şifreli veya şifresiz yayınlar sadece elektromanyetik dalgalarla değil, kablo TV örneğinde olduğu üzere, telefon hatları yardımı ile veya internet yahut cep telefonları örneğinde olduğu üzere telefon frekanslarından da gerçekleşmektedir. Madde ikiye ayrılarak değerlendirilecek olunursa, günümüzde yoğun olarak telefon hatları ile frekanslarından gerçekleşen yayınlar korumasız kalmakta ve sadece klasik usulde elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınlar koruma altına alınabilmektedir<sup>122</sup>. Ancak burada kullanılan “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar*” tabiri, yayınların yapılış şekline ilişkindir ve yayınların gerçekleşebileceği üç mecrayı kapsamaktadır. Diğer taraftan, bir an için hükmün telefon hatları ile frekanslarının karşılıksız kullanımını yaptırım altına aldığı düşünülecek olunursa, suçun telefon hattı ile frekans sahibi veya zilyedinin rızası hilafına kullanılması halinde gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir ki, telefon kullanıcıları, telefon hatları ile frekanslarının sahibi olamayacakları aşıkârdır; ancak, bunlardan faydalanan kimse olabilirler. Diğer taraftan başkasına tahsis olunmuş telefon numarasından hukuka aykırı yararlanmayı *hırsızlık suçu* olarak değerlendiren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’na<sup>123</sup> aykırı

*cezada kanunilik*” ilkesiyle alay edilmektedir: “Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur. Bu durumlarda bir mal söz konusu olmadığı için hırsızlık suçundan söz edilemez” (bkz. 163 üncü madde gerekçesi).

<sup>121</sup> TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.637; SOYASLAN, s.380; BAKICI, C.I, s.884; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s.714

<sup>122</sup> BAKICI, C.I, s.884.

<sup>123</sup> “Türk Ceza Kanunu’nun 491. maddesinin 1. fıkrasında hırsızlık şöyle tarif edilmiştir: “Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa, altı aydan üç seneye kadar hapsolünür”. Bu tanım açısından içtihadı birleştirmenin konusu ( taşınabilir mal ), ve ( bulunduğu yerden alma ) kavramları yönünden özellik kazanmaktadır. Bu sözler değerlendirilirken kuşkusuz ( zilyetlik ) ve ( mamelek ) kavramlarının dikkate alınmaları zorunludur. İçtihadı birleştirmeye esas tutulan kararlarda sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinası ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyettir. Ceza Genel Kurulu’na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düşüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yorumla tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınmaz.

Görüşmeler sırasında Ceza Hukukunda kıyasen caiz olmadığı, toplumun değer yargılarına göre, yasadâ açıklık olmadığı halde bir eylemin suç sayılamayacağı ileri sürülmüşse de çoğunluk olayda kıyas yoluna başvurulmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere genişletici yorum yapıldığı; buna da cezada cevaz

bir şekilde hükmü karşılıksız yararlanma olarak değerlendirmesi durumunda, bu suç için öngörülen ceza hırsızlık fiiline ilişkin ceza ile karşılaştırıldığında nefaset-sizlik teşkil edecektir<sup>124</sup>. Zira bir bedel karşılığı seyredilebilecek bir yayının bedeli ödenmeksizin seyredilmesi ile oluşan zarar ile kullanıma bağlı olarak meydana gelen maddi, ekonomik zararın hiçbir şekilde karşılanamayacağı durumlardaki cezanın bir tutulması yanlış bir yana, hırsızlıkta 1 yıldan üç yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı ceza adli para cezasına çekilmiş olunacaktır.

Diğer taraftan “şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibi veya zilyedinin rızası hilafına faydalanmak suçu”, Anayasa’da düzenlenen “haberleşme hürriyetine (AY md.22)”, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine (AY md.26)”, “bilim ve sanat hürriyetine (AY md.27)”, yerine göre de “basın hürriyetine (AY md.26/3)”, “eğitim ve öğretim hakkına (AY md.42/1)”, “suç ve cezalara ilişkin esaslar (AY md.38)” ve “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin hükümler (AY md.13)” ile AİHS’nin 10 uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı olarak kaleme alındığından, Anayasa’ya da aykırı bir düzenlemedir.

163 üncü maddenin 2’nci fıkrası ile şifreli veya şifresiz yayının şeklinde gerçekleşen bir hizmetin yayın sahibinin yahut zilyedinin rızası hilafına<sup>125</sup> faydalanılması suçu hem suç konusu hem de suçun maddi ve manevi unsuru, yaptırım, suçun nitelikli halleri itibariyle hırsızlık suçundan ayrılır.

Hemen belirtelim ki hırsızlık suçunun konusu mülkiyete konu taşınabilir bir mal iken, şifreli veya şifresiz yayınlardan rıza hilafına faydalanılması suçunun konusu bedeli karşılığı elde edilebilecek bir hizmettir.

*bulunduğu; genişletici yorum yoluna başvurulurken toplumun değer yargılarından yararlanılabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere katılmamıştır.*

*Buradaki genişletici yorum TCK.nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemiç bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK.nun 491. maddesinin kapsamında olduğunu açıklığa kavuşturmaktan ibarettir.*

*Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına, 6.4.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi (YİBGK., 06.04.1990 t. ve 1989/2 E., 1990/3 K.)” (www.kazanci.com).*

<sup>124</sup> Ancak çeşitli müdahalelerle başkalarının telefon numaralarından yararlanma fiillerinde Yargıtay’ın yeni eğiliminin TCK’nın 163/2’nci maddesi kapsamında değerlendirmek şeklinde ortaya çıktığı gözlenmektedir: “Yakınana ait telefonu yakınının bilgisi dışında ve kabule göre de hattına saplama yaparak değişik tarihlerde kullanan sanığın eylemi, 5237 sayılı TCY’nin 163/2. maddesindeki suçu oluşturduğunun gözetilmemesi ... Bozmayı gerektirir (6.CD., 30.06.2009 t. ve 2008/21993 E., 2009/10834 K.)”; “Mağdurun onayı olmadan, telefon hattına bağlantı yaparak yararlanan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 163/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 141/1. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi ... Bozmayı gerektirir (6. CD., 28.05.2007 t. ve 2006/17827 E., 2007/6918 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

<sup>125</sup> Genelde burada kast olunan rıza hizmet bedeli için tespit edilen ekonomik meblağın ödenmemesi anlamı taşımaktadır.



Hırsızlık suçunun maddi unsuru taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması iken, 163/3 üncü maddenin maddi unsuru bir yayının elde edilmesi yani seyredilmesi, dinlenmesi, kaydedilmesi, içeriğine vakıf olunmasıdır.

Hırsızlık suçunun manevi unsuru zenginleşme kastı şeklinde ortaya çıkan özel kast iken 163/2'nci maddedeki suç failin yayın yapan kişi veya kuruluşun rızası hilafına yayından faydalandığını bilmesi ve bunu istemesinin yeterli olduğu genel kastla işlenebilir.

Hırsızlık suçu için bazı nitelikli haller öngörülmüş iken söz konusu ettiğimiz suç bakımından böyle bir durum mevzu bahis olmadığı gibi yaptırımını da hem seçenek cezayı içermekte hem de hırsızlık suçuna oranla daha hafiftir.

### KAYNAKÇA

**AKDAĞ Selami**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1976.

**ALŞAHİN M. Emin**, Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2010.

**ANTOLISEI Francesco**, Manuale di diritto penale, parte generale, 10. bası, Milano, 1987.

**ANTOLISEI Francesco**, Manuale di diritto penale, parte speciale, C.I, Milano, 1986.

**BAKICI Sedat**, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C.I, Ankara, 2008.

**BAŞBÜYÜK İsa**, "Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Y.5, S.14, Aralık 2010.

**BETTIOL Giuseppe-MANTOVANI Luciano Pettoello**, Diritto Penale, 12. bası, Padova, 1986.

**BRASIELLO Umberto**, "Stellionatius", Novissimo Digesta Italiano, C. XIII, Torino, 1971.

**BRICOLA Franco**, "Danneggiamento", Enciclopedia di diritto, C.XI, Milano, 1981.

**CARMONA Angelo**, Il fine di profitto nel delitto di furto, Milano, 1983.

**CARNELUTTI Francesco**, Questioni sul processo penale, Bologna, 1930.

**CENTEL Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, 2. Bası, İstanbul, 2011.

**DE MARSICO Alfredo**, Delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951.

**DEMİRBAŞ Timur**, "Yağma Suçları", 3. Yılında yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009.

**DÖNMEZER Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, İstanbul, 2001.

- DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 12. bası, 1997, İstanbul.
- DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 10. bası, İstanbul, 1994.
- DURSUN Selman**, “Emniyeti Suistimal Suçu”, İÜHFİM, C. LVII, S.1-2-3, 1999.
- EREM Faruk-TOROSLU Nevzat**, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2000.
- FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo**, Diritto penale, parte speciale, C. II, Delitti contro il patrimonio, 5. Bası, Bologna, 2007.
- GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat**, “Yağma Cürümleri”, Adalet Dergisi, S.9-10, 1974.
- HAFIZOĞULARI Zeki**, “Güveni Kötüye Kullanma Suçları”, Prof.Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C.2, Ankara, 2010.
- HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010.
- KABAN Mater-AŞANER Halim-GÜVEN Özcan-YALVAÇ Gürsel**, Yargıtay Ceza Genel Kurumu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara, 2001.
- KOCA Mahmut**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, S.32, Ağustos 2005.
- KOCA Mahmut**, Yağma Cürümleri, Ankara, 2003.
- KOCA Mahmut**, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002.
- KOCA Mahmut**, “Yağma Suçları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004.
- KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2002.
- MAGGIORE Giuseppe**, Diritto penale, parte generale, vol.II, Bologna, 1948.
- MAGGIORE Giuseppe**, Diritto penale, parte speciale, C.II, Delitti e contravenzioni, 2. bası, Bologna, 1961.
- MANTOVANI Ferrando**, Diritto Penale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989.
- MANTOVANI Ferrando**, “Danneggiamento”, Novissima Digesta Italiano, C. V, Torino, 1960.
- MANZINI Vincenzo**, Trattato di diritto penale italiano, C.I, 5. bası, Torino, 1985.
- MANZINI Vincenzo**, Trattato di diritto penale italiano, C.9, 5. bası, Torino, 1986.
- MANZINI Vincenzo**, Le varie specie del furto nella storia e nella sociologia, Torino, 1912.

- ÖNDER Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK Veli**, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Ankara, 2008.
- ÖZBEK Veli Özer-KANBUR Nihat-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar-TEPE İlker**, Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Ankara, 2010.
- PETROCELLI Biagio**, L'appropriazione indebita, Napoli, 1933.
- SANTORO Arturo**, Manuale di diritto penale, parte speciale, C.V, Torino, 1962.
- SCARDACCIONE Gilda**, "I reati contro la proprietà: Il furto", Il cambiamento delle forme di criminalità e di devianza, Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, C.10, Milano, 1988.
- SELÇUK Sami**, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986.
- SELÇUK Sami**, Dolandırıcılık, İstanbul, 1982
- SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2010.
- SOYASLAN Doğan**, "Malvarlığına Karşı Suçlar", 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009.
- ŞENSOY Naci**, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1963.
- TAHİROĞLU Bülent**, Roma Hukukunda Furtum, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1975.
- TEZCAN Durmuş-ERDEM M. Ruhan-ÖNOK Murat**, Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2010.
- TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 4. bası, Ankara, 2009.
- TURABİ Selami**, Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2008.
- TÜMERKAN Somay**, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987.
- UMUR Ziya**, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1975.
- YAVUZ A. Hakan**, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu", CHD., Y.1, S.1, Ekim 2006.
- YAZICIOĞLU R. Yılmaz**, "Hırsızlık Suçunun Tarihi Üzerine Bir Araştırma", Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2011.
- YAZICIOĞLU R. Yılmaz**, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.5, Aralık 2007.
- YAZICIOĞLU R. Yılmaz**, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Bilişim Suçlarında Önemli Sorun", Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.4, Ekim-Kasım-Aralık, 2009.
- YENİSEY Feridun-PLAGEMANN Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009.

**YILDIZ M. Emre**, “İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay’ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.5, S.14, Aralık 2010.

**WESSELS Johannes-HILLENKAMP Thomas**, “İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar”, (çev. TEPE İlker), *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, Ankara, 2009.



# SUÇ İŞLEMENİN AMACIYLA ÖRGÜT KURMA SUÇU

## *(The Crime of Establishing an Organization for the Purpose of Committing Crimes)*

A. Caner YENİDÜNYA\*  
Zafer İÇER\*\*

### ÖZET

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme ikinci fıkrada ise, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma fiilleri yaptırıma bağlanmıştır. Maddede, örgütün silahlı olması, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Dördüncü fıkrada, örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi, beşinci fıkrada ise, örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı ne şekilde sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Maddenin altıncı fıkrasında silahlı örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılması kabul edilmiştir. Yedinci fıkrada, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilek ve isteyerek yardım eden kişinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında, örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapma fiili yaptırıma bağlanmıştır. Bu fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ayrıca 221 nci maddede suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Örgüt kurma, örgüt yönetme, örgüte üye olma, silahlı örgüt, örgüte yardım, örgüt propagandası yapma, etkin pişmanlık.

### *Abstract*

The crime of establishing an organization for the purpose of committing crimes" is regulated by the 220 th article of the Turkish Criminal Law No.5237. While the first paragraph sanctions the acts of setting up an organization to commit a crime and managing this organization, the second paragraph sancti-

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

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

ons to be a member of this kind of organization. If this organization is an armed one, this necessitates the aggravation of the sentence. The fourth paragraph regulates the crimes committed within this kind of organization and the fifth paragraph regulates the responsibility of the leaders for these crimes. According to the sixth paragraph of the article, a person who commits a crime for the organization will also be sanctioned for being a member of the organization. The seventh paragraph regulates the responsibility of persons who knowingly and willfully lend assistance to the organization. Finally, the last paragraph of the article sanctions the act of propagandizing in a way that justifies, praises or encourages the acts of the organization that contains coercion, violence and threat. Committing this crime through media necessitates the aggravation of the sentence. The 221st article of the Turkish Criminal Law regulates the effective remorse.

**Keywords:** Setting up an organization, managing an organization, being a member of an organization, armed organization, lending assistance to an organization, to make propaganda for the organization, effective repentance.

## 1- Genel Bilgiler

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, TCK.'nun 220 nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; *“(1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.*

*(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.*

*(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.*

*(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*

*(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.*

*(7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.*

*(8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başurmaya teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi,*

*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”* denilmektedir.

Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme ikinci fıkrada ise, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma fiilleri yaptırıma bağlanmıştır. Örgütün silahlı olması, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsurdur (m.220/3).

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı, örgüt mensuplarının ayrıca cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tatbikatta tereddüde yol açabilmektedir. Yasada bu hususta özel bir düzenlemeye yer verilerek, bu tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir (m.220/4). Keza örgüt yöneticilerinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan şerik olarak mı yoksa fail olarak mı sorumlu tutulacakları konusundaki soruna yanıt olmak üzere, açık bir hükme yer verilmiş ve bu kişilerin fail olarak sorumlulukları yasal düzenlemeye bağlanmıştır (m.220/5).

Maddenin altıncı fıkrasında örgüte üye olmamakla birlikte silahlı örgüt adına suç işlemek, yedinci fıkrasında örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek ve sekizinci fıkrada örgütün propagandasını yapmak fiilleri yaptırım altına alınmıştır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümleri, Kanun'un 221 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda, örgüt suçunun unsurlarını, 220 nci maddede yaptırıma bağlanan her bir fiile değinmek suretiyle incelemeye çalışacak, ardından 221 inci maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün koşullarına temas edeceğiz.

## 2- Korunan Hukuki Değer

TCK.'nun 220 nci maddesi, bir seri suçu işlemek amacıyla bir araya gelen kişilerin cezalandırılması amacını taşımaktadır. Suç işlemek amacıyla kişilerin örgütsel bir yapılanma içerisine girmeleri, esas itibarıyla işlenmesi amaçlanan suçların bir hazırlığı niteliğindedir. Ancak, kişilerin bu tarz birliktelikleri, henüz amaçlanan suçlar işlenmemiş olsa bile, toplumsal barışı tehlikeye attığı gibi, suç işlenmesinin önlenmesine matuf kamu otoritesini de zedeleyici bir mahiyet arz etmektedir. Bu anlamda suçla korunan hukuki değer, kamu güvenliği ve kamu barışı olduğu ifade edilmelidir<sup>1</sup>.

Kişilerin işlemeyi amaçladıkları suçların sayısının belli olduğu hallerde, güç birliği yapmalarının iştiraki oluşturduğu, iştirak halinde hareket eden kimselerin bir araya gelmesinden kaynaklanan tehlikenin de süreli ve geçici bulunması nedeniyle kamu barışını ihlal etmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Ankara 2013, s.13; Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.V (Madde 205-256), Ankara 2010 (2012 yılı Değişiklikleri İşlenmiş Baskısı), s.6229.

<sup>2</sup> Dursun, İsmail, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 136.



### 3- Suçun Unsurları

#### A-Maddi Unsurlar

##### a- Fiil

TCK.'nun 220 nci maddesinde, “örgüt kurmak”, “yönetmek”, “örgüte üye olmak”, “örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemek”, “örgüt adına suç işlemek”, “örgüte yardım etmek”, “örgüt propagandası yapmak” fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Aşağıda sırasıyla bu fiilleri ayrı ayrı inceleyeceğiz.

##### aa- Örgüt kurmak (m.220/1)

TCK.'nun 220 nci maddesine göre, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar cezalandırılır. Örgüt kurmak, var olmayan bir örgütün oluşturulması, meydana getirilmesidir<sup>3</sup>.

Kuruluşun herhangi bir şekli yoktur, zımni ya da açık bir şekilde örgüt kurulmuş olabilir. Suçun oluşumu yönünden bizzatı örgütün kurulması yeterli olduğundan, bu suç, tehlike suçudur. Bununla birlikte, Yasada örgütün kurulması yönünden; “örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması” objektif şartı arandığından, somut tehlike suçudur<sup>4</sup>.

Maddenin düzenlemesine göre, suç işlemek amacıyla kurulan yapılanmanın bazı özellikleri haiz olması gerekir. Öncelikle; örgüt, süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü bulunan, başında bir lider olan ve en az üç kişiden oluşan suç işlemek için kurulmuş bir yapılanmadır<sup>5</sup>. Örgüt, bu özellikleri ile geliş güzel fiili bir birliktelik değil, suç işlemek amacı doğrultusunda dayanışma, organizasyon ve koordinasyonu içeren disiplinli bir yapıdır<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Dursun, s.121.

<sup>4</sup> Bu bakımdan her somut olayda, örgüt yapısının korunan hukuksal yarar açısından somut bir zarar tehlikesi meydana getirmeye uygun olup olmadığının irdelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. **Özek, Çetin**, Organize Suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 228.

<sup>5</sup> Dursun, s.124 vd.; **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, s.663.

<sup>6</sup> Dursun, s. 124, 126; **Coşkun, Atilla**, Örgütlü Suçlar ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, Açıklamalar, Gerekçeler, Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2002, s. 18; “Sanık Hüseyin Topaç hakkında dolandırıcılık ve cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçlarından 1.4.2003 tarihli iddianameyle dava açılmasından sonra bu suçlardan Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/351 esas sayılı dosyasında gıyabi tutuklu olarak aranmakta iken, 7.3.2004 tarihinde yapılan ihbarda “... ve ... (isimleri belirtilen) diğer bazı şahısların U. Motorlu Taşıtlar Limited Şirketini evrak üzerinde farklı şahıslar üzerine kurup, otomobil kampanyası düzenleyerek ikna edebildikleri vatandaşlardan usulsüz para topladıkları”nın belirtilmesi üzerine adı geçen şirkete gidildiğinde “U. Motorlu Taşıtlar İnş ve San. Tic. Ltd.” şirketinin 15.3.2004 tarihinde yasal olarak kurulduğu ve şirket ortaklarının sanık A. D. ile temyize gelmeyen sanık N. A. oldukları, diğer sanık A. C.'in de şirkette Personel şefi olduğu, bu şirket adına otomobil kampanyasının düzenlendiği, ancak herhangi bir müşteriyle görüşülmediği, satış yapılmadığı ve para alınmadığı anlaşılma, sanıkların, otomobil kampanyası düzenleyip herhangi bir teslimat yapılmaksızın müşterilerden usulsüz para toplamak amacıyla bir örgütlenme disiplini ve dayanışma içinde biraraya geldikleri-

Yargıtay kararlarında da; kişilerin aralarında önceden anlaşış iş bölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmemiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşip birleşmediklerinin tartışılarak hüküm verilmesi gerektiğine<sup>7</sup>, söz konusu suçu basit birleşmeden ayıran özelliklerin devamlılık, birden fazla suç için birleşme ve süreklilik olduğuna<sup>8</sup> işaret edilmektedir<sup>9</sup>.

ni gösterir mahkumiyetlerine yeter kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden, sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi” (*Yarg. 8. CD., 28.11.2007, 2006/10605, 2007/8313*); Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanığın temyize gelmeyen diğer sanıklar ile birlikte işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurduğuna dair kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı sanık Sabri Küçükbaş’ın ifadesinin doğrulanmadığı, bu nedenle atılı suçun oluşmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi” (*Yarg. 8. CD., 10.5.2010, 2008/3322, 2010/7143*); “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıklar Musa Kısmet, Ali Kısmet ve Sinan Kısmet’in, sanık Taci Kısmet liderliğinde bir araya gelip, önceden belirlenmemiş sayıda ve süreklilik içinde hileli davranışlarla dolandırdıkları mağdurlardan elde ettikleri malları piyasada satarak kendilerine haksız çıkar sağlamak amacıyla örgüt kurdukları ve sanıklar Ali Demirdağ, Turgut Atmaca, Şuayıp Uçmaz, Selim Uçmaz, Soner Çam, Mehmet Eryılmaz ve Abdulkadir Kartal’ın kurulan bu örgüte sonradan dahil oldukları, sanıkların örgütün faaliyeti çerçevesinde sahte çek ve senet kullanmak suretiyle mağdurlardan elde ettikleri haksız malların bir kısmını birebir pazarlama yoluyla, bir kısmını da örgütün bu amaç doğrultusunda kullandığı ve başında sanıklar Ali Kısmet ve Sinan Kısmet’in olduğu işletme aracılığı ile paraya çevirdikleri, elde edilen haksız malların muhafaza ve satımının yapıldığı işletmenin sahipleri sanıklar Ali Kısmet ve Sinan Kısmet’in mağdurlarla alış-veriş esnasında yüz yüze gelmedikleri, alış verişin “tokatçılar” olarak adlandırılan diğer sanıklar aracılığıyla yapıldığı, mağdur Recep Altunbaş’ın ve tanık Fahri Biçer’in anlatımlarından da bazı mağdurları silah kullanmak suretiyle tehdit edip yıldırdıkları, kendilerinden haksız menfaat elde edilecek olan mağdurlara yönelik işin organizasyonu, elde edilen malın örgütün hâkimiyet alanı içinde olan Akşehir İlçesi Adsız Kasabası’ndaki yere getirilmesi, muhafazası, paraya dönüştürülmesi noktasında tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ettikleri, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğunun anlaşılması karşısında” (*Yarg. 8. CD., 19.11.2007, 8693/7884*).

<sup>7</sup> *Yargıtay 8. CD.nin 10.7.2000 tarih ve 10810 E.,13581 K. sayılı ilamında bu yönde*; “...aralarında önceden anlaşış işbölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmemiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşip-birleşmedikleri başka bir deyişle cürüm işlemek için teşekkül oluşturup oluşturmadıkları tartışılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği” belirtilmiştir.

<sup>8</sup> *Yarg. 8. CD., 11.7.1997,9489 E.,11420 K.; Yarg. 8. CD., 26.11.2001,14218 E., 16512 K.*

<sup>9</sup> “5237 sayılı TCK’nin 220. maddesinde düzenlenen “Suç işlemek için örgüt kurmak” suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir. Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi, işlediği suçtan hem de örgüte üye olmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılır. Somut olaya bakıldığında; sanıkların örgüt oluşturmak için sayısal yeterlikte olduğu anlaşılmalıdır.”

TCK m. 220'de düzenlenen suçların oluşabilmesi için fiili birleşme yeterlidir. Ancak hukuka uygun şekilde kurulmuş olan veya hukuka uygun amaçlar çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşlar veya oluşumlar bünyesinde işlenmiş münferit suçları “suç örgütü” saymak mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde bir araya gelme, belirsiz birtakım suçları işlemek amacıyla yönelik bulunmadığından, sadece ilgili suçu işleyen kişi veya kişilerin münferit o suçla ilgili sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

Örgütün bir diğer önemli özelliği bu yapının “hiyerarşik” bir ilişki ortaya koymasındır<sup>10</sup>. Örgüt kurmadan söz edebilmek için, üyeler arasında soyut bir birleşme değil, gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması gerekir. Ancak örgüt içinde görev dağılımı yapılmış olması zorunlu değildir<sup>11</sup>. Yatay ilişkiler bir örgütün varlığını sonuçlayamaz. Keza kişiler arasındaki akrabalıktan<sup>12</sup>, iş yerindeki olağan çalışma pozisyonlarından kaynaklanan ilişkiler, örgüt suçundaki hiyerarşik yapılanma olarak görülmemelidir. Nitekim tatbikatta vakıf, dernek, şirket ve hatta kamu tüzel kişilerinin yöneticileri ile üyeleri yahut çalışanları arasındaki ilişkilerin örgütsel hiyerarşik yapıya benzetilerek, bu suç kapsamında mütalaa edildiği görülmektedir. Bu hususta, örneğin, bir belediye başkanının örgüt yöneticisi olduğu iddia edildiğinde, kamu hukuku tüzel kişisi olan belediyenin görev ve yetkileri kapsamında, belediyede çalışan kişilerle, belediye başkanı arasında kamu idaresinin işleyişinden kaynaklanan ast-üst ilişkisinin bulunmasının olağan olduğu, kamu hukukundan kaynaklanan bu özelliğin örgütün niteliklerinden hiyerarşik yapıyla bir ilgisinin bulunmadığı, örgütün bu tür yasal yapılanmaların dışında, kendisine özgü bir kuruluşunun, varlığının araştırılmasının gerektiği açıktır.

ise de, aralarında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık saptanmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan durum karşısında sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinin uygulanmasının koşulları bulunmadığı gözetilmeden 5237 sayılı TCK'nin 188/5. maddesinin uygulanması” (*Yarg. 10. CD., 19.10.2006, 9449/11838*); “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan ve yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli niteliği itibarıyla devamlılık gösteren ve bünyesinde hiyerarşik bir ilişki bulunan ve irtikap suçundan haklarında mahkumiyet hükmü kurulan sanıkların görevli oldukları yerde sistemli bir şekilde menfaat temin edip belirli kişilerde toplanmasını ve tespit edilebilen kişilere dağıtılmasını sağlayıp bu sistemi sürekli hale getirerek örgüt oluşturdukları ve sanıklar ..'ın da örgüte üye oldukları kabul edildiği nazara alınıp bu suretle de anılan sanıkların irtikap fiilini gerçekleştiren diğer sanıkların bu suçunun müşterek failleri oldukları gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılarak görevi kötüye kullanmaktan hüküm kurulması” (*Yarg. 5. CD., 05.03.2007, 12179/1710*).

<sup>10</sup> Özgenç, s.20.

<sup>11</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.533.

<sup>12</sup> “Sanıkların, çek senet tahsilatı yapmak üzere Halil Tan liderliğinde fonksiyonel işbirliği ve işbölümü içerecek şekilde örgütlendiklerine dair soyut iddialar dışında, her türlü kuşkuyla uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı, örgüt lideri Halil Tan'ın diğer sanıklar Selami Tan ve Muammer Tan ile abi-kardeş olduğu, sanık Fikri Gülüsev'in de bu sanıkların eniştesi olduğu, aralarında akrabalık bağından kaynaklanan birliktelik bulunduğu, atılı suçun yasal unsurları oluşmadığı gözetilmeden, beraatları yerine yazılı biçimde mahkumiyetlerine karar verilmesi” (*Yarg. 8. CD., 19.6.2008, 2007/1194, 2008/7820*).

Suç işlemek için örgüt kurma suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi, üye sayısının en az üç kişi olmasına bağlıdır<sup>13</sup>. Öte yandan, soyut olarak kişi sayısının üç kişiden fazla olması da örgütün varlığı için yeterli değildir. Suç tipine ilişkin diğer unsurlar mevcut değilse, bu ihtimalde iştirak ilişkisinden söz edilebilir ve iştirak hükümleri uyarınca cezai sorumluluk gündeme gelebilir<sup>14</sup>.

Örgütün sayısı belirsiz suç işleme ideali etrafında birleşme ile kurulması yeterli olup, amaçlanan suçların işlenmesi gerekmez. Ancak örgütsel yapı dâhilinde suç işlenmese bile, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin varlığı ve bu birleşmenin niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi aranır<sup>15</sup>.

Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranır. Aksi halde, elverişli bir örgütten söz edilemez<sup>16</sup>. Somut olayın özelliğine göre, işlenmesi amaçlanan yahut işlenen

<sup>13</sup> Soyaslan, s.532.

<sup>14</sup> “5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinde düzenlenen “suç işlemek için örgüt kurmak” suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için, üye sayısının en az üç kişi olması, suç işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gerekir. Örgütün yapısı sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığı için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir” (Yarg. 10.CD., 14.12.2006, 12357/14253). “Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir” (Yarg. 10.CD., 21.3.2007, 7103/3367).

<sup>15</sup> “5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinde tanımlanan “örgütün” varlığının kabul edilebilmesi için hiyerarşik ilişki içinde olan en az üç kişiden teşekkül etmesi, örgütün yapısının sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme ile işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket edip amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunulup, niteliği itibarıyla “devamlılık” göstermesi gerekir. Somut olayda ise Haber-İş sendikası D. şubesi başkan ve üyesi olan sanıkların grev döneminde Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin uygun şartlarda toplu sözleşme yapmasını sağlamak amacıyla birbirine yakın değişik zamanlarda şirketin altyapısını oluşturan saha dolapları ve menhol çukurlarında bulunan fiberoptik kablolarına zarar vermek şeklinde gerçekleşen eylemlerinde “hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradesinde devamlılık” saptanamamış olması karşısında yüklenen suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı nazara alınarak beratlerine karar verilmesi gerekirken, suça iştirak ilişkisine yanlış anlam katılarak yazılı şekilde sanıkların “suç işlemek için örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma” suçlarından mahkumiyetlerine hükmolunması” (Yarg. 8. CD., 9.11.2010, 2008/15381, 2010/12917).

<sup>16</sup> “Oluşa, müştekiler .. ile tanıklar ..'in anlatımları, sanıklar ..'nin oluşa uygun savunmaları ile tüm dosya içeriğine göre; sanıklar .. ile örgüte üye olma suçundan mahkum olup temyize gelmeyen diğer sanıklar ..'in, sanık .. liderliğinde bir araya gelerek Kahramanmaraş ve ilçelerinde yapılacak olan kamu kurumu ihalelerinden haksız çıkar sağlamak için, tehdit, baskı, cebir ve şiddet uygulamak suretiyle kendilerine rakip olarak ihaleye girecek olanları yıldırırmaya ve sindirmeye çalışmak amacıyla işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı içinde disiplinli biçimde silahlı olarak örgütlendik-

suçlardan hareket edilerek; failerin şahsi özellikleri, fail sayısı, bulundurulana ya da kullanılan araçların tür ve özellikleri, amaç suçun işleneceği yer, zaman gibi hususlar, elverişliliğin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır<sup>17</sup>. Bu bakımdan örgütün

leri ve amaçları doğrultusunda faaliyette buldukları; bu kapsamda, müşteki ..'in yapılacak olan ihaleye girmemesi konusunda tehdit edildiği, tehdidin etkili olmaması üzerine, müşteki ..'in sanık .. tarafından ilk önce yaranılmayacak şekilde kurşunlandığı, bunun da sonuç vermemesi üzerine müştekinin adı geçen sanık tarafından ayaklarından kurşunlanmak suretiyle yaralandığı, başka bir ihalede de, müşteki ..ve ortağı ..'nin ihaleye girmemeleri konusunda tehdit edildikleri ve müşteki ..'nin sanık .. tarafından ayaklarından kurşunlanmak suretiyle yaralandığı, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşıl-makla” (Yarg. 8. CD., 22.6.2009, 2008/11964, 2009/9543); “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıklar ..'in, sanık .. yönetiminde bir araya gelip, önceden belirlenmemiş sayıda ve süreklilik anlayışı içinde turistlerin yoğun olarak bulunduğu bölgelerde kapkaç, yankesicilik suretiyle hırsızlık ve yağma yapmak için suç işlemek amacıyla örgüt kurdukları, bu suçlardan elde edilen paraların muhafazası, örgüt üyelerinin konaklama ve beslenme gibi ihtiyaçların karşılanması hususunda tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket edip amaçları doğrultusunda faaliyette buldukları, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğunun anlaşılması karşısında, örgüt lideri konumunda bulunan sanık ..'in eyleminin 765 sayılı TCK.nun 313/2-4. madde ve fıkrası kapsamında bulunduğu gözetilmeyerek noksan ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (Yarg. 8. CD., 26.1.2010, 2007/12689, 2010/650); “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıklar İştat Çelebi, Hakan Yılmaz, Özgür Dönmez liderliğinde kurulan örgüt çatısı altında, tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ile disiplinli biçimde hareket ederek; sanıkların önceden tesbit ettikleri işyerlerinden geceyein birlikte bilgisayar, televizyon ve benzeri malzeme çaldıkları ve çalınan malzemeleri sanık İştat'ın Kızılay da bulunan iş yerine getirerek buradan örgüte üye olmayan diğer sanıklar aracılığı ile satarak işleri organize ettikleri, sanıklar Selahattin Kavakderesi, Özgür Boz, Aydoğan Cançeker, Mehmet Dönmez, Sedat Şahin, Ferhat Özsarı ve Yaver Arduç örgütün hiyerarşi yapısına dahil olmamakla birlikte, örgütün hırsızladıkları malzemeleri satarak, örgüte bilerek ve isteyerek yardım ettikleri, sanıklar Uğur Sevindim ve Barış Karakaya'nın örgüte üye olmamakla birlikte örgüt lideri sanık İştat ile birlikte örgüt adına hırsızlık suçu işledikleri, yapılan operasyonda sanık İştat Çelebinin Ankara Kızılay da bulunan işyeri ile sanıklara ait araçta ve sanıkların arkadaşlarının iş yerinde yapılan aramada, bir çok bilgisayar, monitör, fotokopi makinesi, LCD televizyon, Laptap bilgisayar ve hırsızlık suçlarında kullandıkları kar maskesi, levye, boru anahtar, murç bulunduğu, bu şekli ile örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşıl-makla” (Yarg. 8.CD., 4.2.2010, 2009/17971, 2010/1352); “Sahte kimlik ile oto kiralama adı altında açtıkları işyeri aracılığı ile araçlarını kiraladıkları müştekilere ait sahte nüfus cüzdanları çıkartıp bu araçların noterden satışlarını yaparak, dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarını işleyip haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla sanık İsmail Lafçı liderliğinde bir araya gelen ve yakalanmaları ile eylemleri son bulan sanıkların, araçların müştekilere kiralınması, sahte nüfus cüzdanlarının çıkartılması ve araçların noterden satımı noktasında tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı içinde hareket edip, amaçları doğrultusunda süreklilik gösterir biçimde faaliyette buldukları, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşıl-makla” (Yarg. 8. CD., 5.4.2010, 2009/17318, 2010/5231).

<sup>17</sup> Soyslan, s.535. “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanıklar .. liderliğinde kurulan örgüt çatısı altında, sanıklar ..'un bir araya gelerek, tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek, hayat kadını olarak geçimini temin eden mağdureleri baskı ve tehditle kendilerine tabi olarak çalışmaya zorladıkları, kendilerinden ayrılmak isteyen veya haklarında resmi mercilere şikâyetle bulunan mağdureleri, yine baskı ve tehdit kullanmak suretiyle yıldırıp ayrılmalarından ve şikâyetlerinden vazgeçirdikleri, mağdureleri müştekilere örgüt üyeleri aracılığı

varlığı için amaç suçların işlenmesi şart değilse de, henüz suç işlememiş örgütsel bir yapının ortaya konulabilmesi de, pek kolay değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 03.04.2007 tarih, 2006/10-253 E.-2007/80 K. sayılı ilamında da örgütün varlığından söz edebilmek için aranması gereken özellikler gösterilmiştir. Kararda; "5237 sayılı Yasanın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı bir şekilde amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir.

*Tanımdan da görüleceği üzere suç işlemek için örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için,*

a) Üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması gerekmektedir.

b) Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır<sup>18</sup>.

c) Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacaktır.

d) Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir.

e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir.." denilmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.02.2012 tarih, 2011/10-212 E., 2012/42 K. sayılı ilamında da; "...Sanıkların suç işleme amacıyla kurulmuş örgüt faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti suçu yönünden elverişli sayısal çoğunluk, araç ve

---

ile götürüp getirdikleri, işe çıkan mağdurelerin çıktıkları iş hakkında örgüt üyelerine bilgi verdiği, kimin ne kadar işe çıktığı ile ilgili kayıt tutulduğu, yine bu alanda kendilerine rakip olarak gördükleri kişileri ve evlerini kursunlayarak onları da yıldırıma, korkutmaya ve sindirmeye çalıştıkları, örgüte yönelik yapılan operasyon kapsamında yakalanan örgüt üyeleri ve evlerinde, ruhsatsız tabanca, pompalı tüfek, değişik miktarlarda mermi ele geçtiği gibi, bir kısım örgüt üyelerinin öncesinde ruhsatsız tabanca yakalattıkları ve haklarında 6136 sayılı Yasaya aykırılıktan işlem de yapıldığı ve bu şekli ile örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşılma" (Yarg. 8. CD., 3.12.2007, 9222/8495).

<sup>18</sup> Nitekim kanun koyucu TCK m. 220/7'de; "örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi" demek suretiyle örgüt içerisinde hiyerarşik bir yapı bulunmasının zorunlu olduğunu ortaya koymuş bulunmaktadır.

gerece sahip bulunduğu saptanmış ise de; her olayda yakalanan sanıkların farklı olması, B. T. dışındaki sanıkların yakalandıkları olay dışındaki diğer olaylarla bağlantılarının belirlenememesi, bir kısım sanıklar arasında hiyerarşik bir bağ olduğu ve suç işleme iradelerinin devamlılık arz ettiği hususlarının kuşkulu kalması karşısında; şüphenin sanık lehine yorumlanmasını gerektiren evrensel hukuk ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda, sanıkların üzerlerine atılı suç işlemek için örgüt kurma, yönetme, örgüte üye olma ve yardım etme suçlarından cezalandırılmalarını gerektirir her türlü kuşkudan uzak, kesin ve yeterli delil bulunmadığının ve yüklenen suçların sabit olmadığının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır” denilmek suretiyle, örgütün varlığı için gerekli şartların belirlenememesi halinde, örgüt suçundan mahkumiyet kararı vermenin mümkün olmadığı vurgulanmıştır.

### bb- Örgüt yönetmek (m.220/1)

Örgütü yönetmek, karar verme yetkisine sahip olmak, örgütün iş bölümünü, örgütün koordinasyonunu ve idaresini sağlamaya yönelik davranışlarda bulunmak anlamına gelir<sup>19</sup>.

Örgütün hiyerarşik yapısı kapsamında ve örgütün amaçları doğrultusunda, örgütün işleyişini sağlayan, örgüt üyelerine emir ve talimatlar veren, faaliyetleri yöneten ve yönlendiren kişiler örgüt yöneticisidir<sup>20</sup>. Kişinin yönetici olup olmadığı, somut olayın özelliklerine, örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde üstlendiği görevlere ve fiili duruma göre belirlenir.

Yönetmeden söz edilebilmesi için, örgütün kurulmuş olması gerekir. Kurulmamış bir örgütün yönetilmesinden de bahsedilemez.

Örgüt kurucusunun aynı zamanda örgüt yöneticisi olması gerektiği gibi, yönetici olarak görev yapan kişinin de mutlaka örgüt kurucusu olması gerekmez. Ancak her iki sıfat aynı kişide toplanmış da olabilir. Örneğin, örgüt kurucusu, örgütü kurduktan sonra örgüt yöneticisi olarak görev yapabilir.

Yönetme olarak değerlendirilebilecek davranışlar serdedildiği sürece, kişi yönetici konumunda olacağından, bu fiil kesintisiz bir mahiyet arz etmektedir<sup>21</sup>.

Öte yandan, örgüt yöneticisi konumunda olan kişileri, mutlaka örgütün üst kademelerinde yer alan ve örgütün tamamını yöneten kişiler olarak anlamamak gerekir. Büyük yapılanmaları içeren örgütlerde, farklı birim yöneticileri olabilir. Bu itibarla örgütün bir bölümünü yöneten, belirli bazı örgüt üyelerine emir ve talimat veren kişiler de, örgüt yöneticisi olarak kabul edilmelidir<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Dursun, s.192.

<sup>20</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6235.

<sup>21</sup> Özgenç, s21.

<sup>22</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6235.

### cc- Örgüte üye olmak (m.220/2)

TCK.'nun 220 nci maddesinin ikinci fıkrasında, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak yaptırım altına alınmıştır. Örgüte üye olmak, genel anlamıyla suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmak, var olan örgüte fiilen katılmaktır<sup>23</sup>.

Örgüt üyeliğinin gerçekleşmesi, örgüte devamlı katılmaya yönelik bir iradenin ortaya koyulmasıyla mümkün olabilir<sup>24</sup>. Örgüte üye olmak bakımından gerekli olan katılma ve bağlılık iradesinin en büyük özelliği, devamlılık olup, bu nedenle örgüte belli süreliğine üye olmak mümkün değildir<sup>25</sup>. Ayrıca bu iradenin iki taraflı olması gerekir. Diğer bir anlatımla örgüt üyesinin örgüte katılım iradesinden başka, hiyerarşik yapı dahilinde, örgüt kurucuları ya da örgüt yöneticilerinin de, o kişinin örgüte katılımına yönelik açık ya da zımni bir iradesi bulunmalıdır<sup>26</sup>.

Suçun oluşabilmesi, kişinin üye olacağı örgütün niteliği ve amacını bilmesini de gerektirir<sup>27</sup>. Bu manada üyelik suçunun oluştuğunun kabulü için asgari üç kişinin bazı suçları işlemek üzere bir araya geldiğini bilmek yeterli olmayıp, o kişiler arasındaki örgütsel yapılanmayı ortaya koyan ilişkilere de vakıf olunması zorunludur<sup>28</sup>.

Bir kimsenin örgüt üyesi olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken, kişinin hiyerarşik yapıya dahil olup olmadığı, kişinin örgüt yapısına dahil olma ve örgütün amaçlarını gerçekleştirme iradesinin bulunup bulunmadığı, böyle bir irade varsa bunun ne kadar zamandır mevcut olduğu gibi hususlar araştırılmalıdır<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ekim 2005, s. 265; **Evik, Vesile Sonay**, Silahlı Örgüt Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/1, s. 156; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.6235.

<sup>24</sup> **Sözüer, Adem**, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü” Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye’deki Boyutları in: Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele, Panel, İstanbul 2002, s. 59.

<sup>25</sup> **Evik, Vesile Sonay**, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta, İstanbul 2004, s. 301.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.6235, 6236. Aksi görüş için bkz. **Özgenç**, s.22. Yargıtay’ın içtihatları da, örgüt üyeliği için iki taraflı iradenin varlığına işaret etmektedir: “Yerleşik yargısal kararlarda belirlenen ilkelere göre, failin salt silahlı örgüte ilgi duyması, örgüte katılmak için zemin arayışına girmesi, bu amaçla kendisini örgüte ulaştırabilecek kişilerle temasa geçmeye çalışması ve örgüt mensuplarıyla görüşüp buluşmadan salt örgüte katılmak amacıyla başka bir bölgeye yolculuk yapması silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşumu için yeterli değildir...” (*Yarg. CGK., 10.06.2008, 2007/9-270 E., 2008/164 K.*)

<sup>27</sup> **Dönmezer, Sulhi**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 44.

<sup>28</sup> **Dursun**, s. 220,221.

<sup>29</sup> “Tornacılık işi yapan sanığın, aralarında önceden anlaşmış bölümlü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla kurulan suç örgütüne üye olarak suç işlediğine dair yeterli delil bulunmadığından, beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır” (*Yarg. 8. CD., 12.3.2009, 4959/3809*).



### dd- Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar (m.220/4,5)

Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan, örgüt üyeleri, o suçlara katkıları oranında (iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde) ayrıca cezalandırılırlar (m.220/4). İleride bu hususa ayrıca temas edeceğiz.

Örgüt yöneticileri de, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır (m.220/5).

İfade etmeliyiz ki, örgüt yöneticilerini, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan fail olarak cezalandırmak, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun düşmemektedir. Kanımızca, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yöneticinin sorumluluğu, işlenen suçta katkısına göre belirlenmelidir<sup>30</sup>. Bu itibarla yasal düzenlemenin yeniden ele alınması ve ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Örgüt yöneticisinin, örgüt üyeleri üzerindeki fiili hakimiyeti dolayısıyla, onları örgütün hiyerarşik yapısından kaynaklanan güçle bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanıyorsa “dolaylı fail”, bizzat suç işliyorsa “müstakil fail”, işlenen suç üzerinde diğer faille birlikte ortak hakimiyet kuruyorsa “müşterek fail”, örgüt üyelerini suçta yönlendiriyorsa “azmettiren/şerik”, suçun işlenmesine maddi yahut manevi olarak katkı sağlıyorsa “yardım eden/şerik” olarak sorumlu tutulması yerinde olurdu.

### ee- Örgüt adına suç işlemek (m.220/6)

TCK.’nun 220 nci maddesinin 6 ncı fıkrasında, örgüt üyesi olmayan kimselerin, örgüt adına suç işlemeleri durumunda, örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı, ancak bu cezanın yarısına kadar indirilebileceği düzenlenmiştir. Örgüt adına suç işleyen kimse- nin bu fıkra uyarınca cezalandırılabilmesi, işlenen bu suç olgusu sırasında, “örgüte üye olmamasına” bağlıdır<sup>31</sup>. Zaten kişi bu örgütün üyesi ise, örgüte üye bir kimsenin, örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemesi maddenin 4 üncü fıkrasında düzenlenmiştir.

Örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen kişinin, örgüt üyesi olarak cezalandırılması, kamu barışını bozan suçlarla etkin mücadele etmek gayesiyle açıklanabilir. Örgüt adına işlenen suçların, örgütsel faaliyetleri ileri götüreceği, örgütün amaçlarına hizmet edeceğinden kuşku bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki,

<sup>30</sup> Aynı yönde bkz. **Özgenç**, s.26.

<sup>31</sup> “..somut olay incelendiğinde; sanıkların silahlı terör örgütü PKK’nın amacı doğrultusunda ve yaptığı eylem çağrısı üzerine organize edilen 31.3.2006 tarihindeki korsan gösterilere katılarak, örgüte ait amblem ve işaretlerle Abdullah Öcalan’ın posterlerini taşıyan, barikat kurarak örgüt ve elebaşısı lehine slogan atan, güvenlik güçlerine taş ve molotof kokteyli atan, kamu mallarına zarar veren grup içinde yer alıp, bu suçlara doğrudan iştirak ettikleri ve bu suretle de örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işledikleri tüm dosya kapsamından anlaşılmalı, hem silahlı örgüt üyesi olmak suçundan hem de suç oluşturan fiilleri nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg. 9.CD., 8.3.2007, 233/1928).

örgüt üyesi olmayan bir kimseyi, aynı örgüt üyesi gibi cezalandırmak da ceza siyasetine uygun düşmeyebilir. Bu sebeple, bu durumdaki kişilerin örgüt üyesine nazaran daha az bir yaptırımla cezalandırılması kanımızca hem suç hem de ceza siyasetine uygun düşer. Böylece fiilin haksızlık içeriği de karşılanmış olur. Nitekim 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa ile 6'ncı fıkraya “*Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir*” hükmü eklenerek, bu yönde bir çözüm üretilmiştir<sup>32</sup>.

Keza hükmün kapsamı, 11 Nisan 2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 11 inci maddesiyle eklenen, “bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır” düzenlenmesi ile de daraltılmıştır. Böylece, 220 nci maddenin 3 üncü fıkrası kapsamında “silahlı örgüt” nitelenmesi yapılmayan bir örgüt adına, örgüte üye olmamakla birlikte, suç işlenmesi halinde, kişi sadece işlenen suçtan sorumlu tutulacaktır. İfade edelim ki, 11 Nisan 2013 tarih ve 6459 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesiyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 7 nci maddesine eklenen 4 üncü fıkra ile, terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına işlenen; “a) terör örgütünün propagandasını yapmak (TMK.m.7/2), b) terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermek, övmek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamaları basmak veya yayımlamak (TMK.m.6/2), c) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28/1 inci maddesinde düzenlenen kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak” suçları açısından, failer hakkında ayrıca 220/6 uyarınca ceza verilmez. Bu hükmü bir hukukçu olarak, suç politikası ilkeleri yönünden izah edebilmemiz mümkün değildir.

#### **ff- Örgüte yardım etmek (m.220/7)**

TCK. 220'nci maddenin 7'nci fıkrasında, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin 7'nci fıkrası, Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk halinde; “*Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır*” şeklinde iken, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı yasanın 85'inci maddesi ile TCK.m.220/7'ye; “*Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir*” cümlesi eklenmiştir.

220 nci maddenin yedinci fıkrası, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 314'üncü maddesinde yer alan örgüt mensuplarına bilerek ve isteyerek yardım ve yataklık etme suçuna karşılık gelecek şekilde düzenlenmiştir.

<sup>32</sup> Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde; “*..mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgütün hiyerarşik yapısına dahil olarak, bu örgütün amaçları doğrultusunda diğer üyelerle birlikte veya tek başına aktif olarak suç işleyen örgüt üyelerine verilecek ceza ile söz konusu hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgütün çağırısı üzerine bir eyleme katılana örgüt üyesi gibi ceza verilmesi, ceza adaleti yönünden uygun düşmemiştir*” denilmektedir. Bkz. 6352 sayılı Kanun gerekçesi, TBMM. Tutanak Dergisi (S.Sayısı:278).

Kanun koyucu, mevcut düzenlemeleri göz önünde bulundurarak, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgütün hiyerarşik yapısına dahil olarak, bu örgütün amaçları doğrultusunda diğer üyelerle birlikte veya tek başına aktif olarak suç işleyen örgüt üyelerine verilecek ceza ile söz konusu hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek isteyerek yardım edene örgüt üyesi gibi ceza verilmesini, ceza adaleti yönünden uygun görmemiş ve 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı yasanın 85 inci maddesi ile TCK.m.220/7'ye; “*Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir*” cümlesi eklenmiştir.

Dolayısıyla, öncelikle yapılan katkının, ceza hukuku anlamında bir yardım olup olmadığının belirlenmesi ve bu katkı yardım olarak nitelendiriliyor ise, ikinci aşamada somut olayda yardımın nitelik itibarıyla örgüte sağladığı katkı düzeyinin tespiti yoluyla, cezanın bireyselleştirilmesi söz konusu olabilecektir.

Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden herkes bu suçun faili olabilir. Ancak suçun oluşabilmesi için, kişinin örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmaması, diğer bir ifadeyle örgüt üyesi olmaması gerekir. Burada kanun koyucu, “hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte... yardım eden kişi” deyimıyla örgüt bünyesinde yer almayan şahısların yapmış olduğu katkıları kastetmiştir<sup>33</sup>. Örgüt hiyerarşisi içinde yer alan örgüt kurucusunun, örgüt yöneticisinin ya da örgüt üyesinin, örgüte yardım olarak adlandırılacak türden eylemleri, içinde buldukları statünün doğal sonucu ve gereği olarak görülmüş ve kanun koyucu tarafından ayrıca cezalandırılmamıştır.

Örgüt içindeki hiyerarşiyi örgüt kurucusu, örgüt yöneticisi ve örgüt üyesi oluşturmaktadır. TCK.'nın 220 nci maddesinde belirtilen anlamda bir örgüt oluşmadan, örgüt hiyerarşisinden söz etmek mümkün değildir. Yardım teşkil eden hareketleri yapan failin, örgüt hiyerarşisi içinde ya da dışında olup olmadığı örgüt hiyerarşisine bakılarak tespit edilecektir.

Örgüt üyeliği, bir devamlılık gerektirir. Örgüte üye olan kişi, örgüt ile organik bir bağlantıya geçmekte ve örgüt içindeki hiyerarşik yapı içerisinde yer almaktadır. Hiyerarşik yapıya dahil olmadan örgüte yardım eden şahsın ise, örgütle bir bağı söz konusu değildir. İcra ettiği yardım geçici olup, devamlılık arz etmez. Eğer, yapılan yardım belirli bir devamlılık arz ediyorsa, o durumda, yardımda bulunan kişinin örgüt üyesi olup olmadığı değerlendirme konusu yapılmalıdır.

Örgüte yardım, çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Örgüte silah temin edilmesi, yiyecek ve içecek verilmesi, yer tahsis edilmesi, örgütün yayın ve bildirimlerinin dağı-

<sup>33</sup> “Hükmün gerekçesinde sanığın suçu silahlı örgüt üyeliği olarak nitelenip kabul edildiği halde hüküm fıkrasında silahlı örgüte yardım suçundan, 5237 sayılı TCK.nun 314/3 ve 220/7.maddeleri yollamasıyla uygulama yapılmak suretiyle hükmün karıştırılması” (Yarg. 9.CD., 8.3.2007, 9168/1922).

ılması, mali destek verilmesi, lojistik imkan sağlanması vb. yardım olarak nitelendirilebilir<sup>34</sup>. Yardımın mutlaka maddi bir yardım olmasına ihtiyaç yoktur. Örgüte belirli bir konuda bilgi, belge verilmesi de yardım olarak nitelendirilebilir<sup>35</sup>.

Yargıtay, terör örgütüne yapılan maddi yardımları 220/7 kapsamında değerlendirirken, bunun dışında kalan yardımları 3713 sayılı TMK.m.7 kapsamında değerlendirmektedir: “3713 sayılı Yasanın suç tarihinde yürürlükte bulunan 7/2. maddesinde; ‘örgüt mensuplarına yardım edenlere veya şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca cezalandırılacağı’ belirtilmiş, 5237 sayılı TCY’nın 220/7. maddesinde ise; ‘örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır’ hükmüne yer verilmiş, terör örgütüne üye olmak ise aynı Yasanın 314/2. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesi ile 5237 sayılı TCY’nın 220/7. maddesinin unsurları benzerlik arz etmekte ve bir kısım fiiller her iki maddede de düzenlenmiş bulunmakta ise de, uygulamada benimsenen en ayırıcı ölçüt yardım fiillerinin maddi nitelikte bulunup bulunmamasıdır. Maddi nitelikteki yardım fiilleri suç tarihinde yürürlükte bulunan normlar dikkate alınmak suretiyle 5237 sayılı TCY’nın 220/7. maddesi kapsamında, maddi nitelikte olmayan fiiller ise 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir” (Yarg. CGK., 12.2.2008, 2007/9-230, 2008/23)<sup>36</sup>.

TCK.’nun 315 inci maddesinde düzenlenen silahlı örgüte yardım suçu ise, örgüte yardım suçunun özel bir şeklidir. Düzenlemeye göre, TCK.’nun 314 üncü maddesinde yer alan silahlı örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek bu örgütlere silah üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle temin etmek, silah nakletmek ve silah depolamak bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla silahlı örgütlere silah sağlanması durumunda, 220/7 nci madde hükümleri değil, 315 inci madde hükümleri uygulama alanı bulur<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> **Kavlak, Cihan**, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara 2011, s.376; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, s.8557.

<sup>35</sup> “Ele geçen örgütsel dokümanların içeriği ve tüm dosya kapsamına göre silahlı terör örgütüne özgeçmiş raporu vererek katılan, örgütün faaliyeti doğrultusuna ders alan, aidat veren ve çok sayıda örgütsel dokümanda adı geçen sanığın eylem ve faaliyetlerinin örgüt üyeliği boyutuna ulaştığı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşürülerek yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg. 9.CD., 3.4.2007, 8038/2816).

<sup>36</sup> “Şu halde; amacı Türkiye Cumhuriyetinin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını silahlı mücadele vererek devlet idaresinden ayırıp bu bölgede Marksist-Leninist ilkelere dayalı bir Kürt devleti kurmak olan PKK terör örgütü elebaşının yakalanması üzerine, örgüt tarafından Kürdistan Demokratik Konfederalizm önderi olarak kabul edilen Abdullah Öcalan’ı sahiplenme kampanyası çerçevesinde sanıkların örgütün ve amacının toplum içinde benimsenmesini sağlamaya yönelik olarak; Türkçe ve Kürtçe, “ben bir Kürdistanlı olarak, Kürdistan’da sayın Abdullah Öcalan’ı bir siyasal irade olarak görüyor ve kabul ediyorum” cümlelerini içeren dilekçeleri imzalamaktan ibaret eylemleri, nitelik ve yoğunlukları da dikkate alındığında maddi yardım niteliğinde görülmediğinden 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturur” (Yarg. CGK., 3.3.2009, 2008/9-184, 2009/43).

<sup>37</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, s.8556.

İnsani mülahazalarla yapılan yardımlar, örgüte yardım suçunu oluşturmaz. Yapılacak her türlü yardımın suç olarak değerlendirilmemesi gerekir<sup>38</sup>. Hasta ya da yaralı bir örgüt üyesinin, bir doktora tıbbi yardım veya müdahale için başvurması sonucunda doktorun tıbbi müdahalede bulunması veya aç kalan donma tehlikesiyle karşı karşıya kalan bir kişiye yardım yapılması, hukuka uygun sayılacağından suç olarak nitelendirilemeyecektir (ayrıca bkz. TCK.m.278, 279, 280).

Öte yandan, örgüt üyelerine, yöneticilerine yapılan şahsi yardımlar, örgüte yönelik olmadıkları, örgüte fayda sağlamadıkları müddetçe, örgüte yardım olarak nitelendirilemez. Yardım kollektif çete menfaatlerini ilgilendirmelidir. Yapılan yardımın niteliği itibariyle örgüte belirli bir katkı sağlanması, örgütün amaçlarına az ya da çok hizmet etmesi gerekir. Bu özellikte olmayan bireysel yardımlar, örgüte yardım olarak değerlendirilemez. Nitekim kanun koyucu da, 220 nci maddenin 7 nci fıkrasında örgüt yöneticilerine, örgüt üyelerine yardımdan söz etmemiş, örgüte yardımı suç saymıştır. Dolayısıyla, yapılan davranışın, örgüte yardım olup olmadığının değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Örgüte yardımın devamlılık arz etmesi gerekmez. Yardım bir kez de yapılmış olsa, diğer şartları da varsa örgüte yardım olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık, örgütün fikirlerini benimseyip örgütle organik bağ kurularak süreklilik ve çeşitlilik arz edecek şekilde faaliyet gösterilmesi halinde, artık örgüte yardımdan değil, örgüt üyeliğinden söz edilir<sup>39</sup>.

Hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, yardımının dışında ayrıca örgüt faaliyeti kapsamında bir suç işler ya da bir suça iştirak ederse, bu suç nedeniyle ayrıca cezalandırılacaktır. Kişinin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüt adına suç işlemesi halinde, bu suçun örgüt faaliyetleri yönünden “yardım” kapsamında değerlendirilmesi de mümkün olabilir.

<sup>38</sup> Dursun, s.240.

<sup>39</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, s.8557; “Dosyada bulunan sanığa ilişkin özgeçmiş raporu ve örgütsel dokümanların içeriği itibariyle örgütün fikirlerini benimseyip örgütle organik bağ kurarak süreklilik ve çeşitlilik arz edecek şekilde faaliyet gösteren sanığın eyleminin silahlı örgüt üyesi olmak suçunu oluşturduğu, suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK.nun 168/2 ve karar tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı TCK.nun 314/2. maddeleri kapsamında kaldığı, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg. 9.CD., 4.4.2007, 7655/2864); “Dosyada bulunan sanıklara ilişkin özgeçmiş raporları ve örgütsel dokümanların içeriği, bunları destekleyen Hüseyin ile İsmail’in aşamalıdaki beyanları itibariyle örgütün fikirlerini benimseyip örgütle organik bağ kurarak süreklilik ve çeşitlilik arz edecek şekilde faaliyet gösteren sanıkların eylemlerinin silahlı örgüt üyesi olmak suçunu oluşturduğu, hukuki durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg. 9.CD., 13.2.2007, 4647/998).

### gg- Örgüt propagandası yapmak (m.220/8)

Sözlükte, bir öğreti, düşünce, inanç vb.ni başkalarına tanıtmak, benimsetmek amacını taşıyan sözlü, yazılı ve diğer vasıtalarla gerçekleştirilen hareketler anlamına gelen propaganda<sup>40</sup>, geniş anlamda düşünce ve kanaatlerin açıklanmasını ifade etmektedir<sup>41</sup>.

Propaganda kavramı, dar açıdan ele alındığında düşüncenin soyut ve geniş nitelikteki açıklaması ile bunu başkalarına benimsetme amacı taşıyan anlamı arasında bir ayırım yapılmış ve propagandanın düşünceyi benimsetme anlamını taşıdığı ileri sürülmüştür<sup>42</sup>. Buna göre, propaganda, “kollektif inanç ve davranışları etkilemek, yönlendirmek için ya da bir düşünce sistemini, bir ideolojiyi birden fazla kişiye benimsetmek, kabul ettirmek, aşılacak amacı ile gerçekleştirilen faaliyeti, konuşmaları, sözleri, yazıları vb. ifade etmektedir”<sup>43</sup>. Kısaca propaganda, belirli bir düşüncenin, belirli bir dünya görüşünün bireylere benimsetilmesi, taraftar kazanılması amacıyla açıklanması, yayılmasıdır<sup>44</sup>.

Propaganda bir eylem olarak yaygın bir alanı işaret eder. Somut olayda değişik şekillerde tezahür edebilir. Örneğin tiyatro, sinema, radyo, resim, şarkı şeklinde olabileceği gibi, yazılı veya resimli afiş, kartpostal gönderme, duvarlara resim, pankart asma ya da yazı yazma, pankartlarla yürüme biçimlerinde olabilir, sözle yapılabilir. Böylece propaganda, serbest hareketli bir faaliyet olarak karşımıza çıkar<sup>45</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16.03.1999 tarih ve 1999/33-38 sayılı içtihadında; “*..propaganda kavramına gelince belli bir görüşün toplum içinde yayılmasını, fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak için, bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak her türlü maddi ve manevi araca başvurarak, telkin, teşvik ve etkide bulunmak olarak tanımlamak mümkündür*” denilmektedir<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Bkz. Meydan Larousse, Büyük Lugat ve Ansiklopedi, C.:10, İstanbul 1985, s.340.

<sup>41</sup> **Bayraktar, Köksal**, Suç İşlemeğe Tahrir Cürmü, İstanbul 1977, s.23. Doktrinde *Dönmezer* sosyolojik açıdan ele aldığı propagandanın bir nevi yapay manevra , strateji olduğunu, bu yolla kısmi seçilmiş bilgilerin, çok kere kaynağı da belirtilmeden muhataplara aktarıldığını, böylece belirli bir görüşün, tartışma ve objektiflik dışındaki yollarla, ikna suretiyle kişilere benimsetilmeye çalışıldığını, bunun şiddetten uzak bir etkileme usulü olduğunu, Marksist devrimcilerin de terörü, dava ve emellerine dikkati çekmek için bir nevi propaganda metodu olarak kullandıklarını.., yine propagandanın açıkça saptırmalarda bulunarak, belirli bilgileri seçerek yansıtmak olduğunu, amacın kişileri konu üzerinde mantıklı bir analize yönlendirmek değil, istenen menfaate uygun olarak derhal harekete geçirmek olduğunu, bu bakımdan propagandacının insan kişiliğine saygısı bulunmadığını, ifade etmiştir. Bkz. **Dönmezer, Sulhi**, Toplum Bilim, 11. Baskı, İstanbul 1994, s.374 vd.

<sup>42</sup> **Bayraktar**, s.23,24.

<sup>43</sup> **Cihan, Erol**, “Ceza Hukukunda Propaganda Kavramı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.:1, S.:1, İstanbul 1978, s.9.

<sup>44</sup> **Özek, Çetin**, Türkiyede Lâiklik. Gelişim ve Koruyucu Ceza Hükümleri, İstanbul 1962, s.392.

<sup>45</sup> **Cihan**, s.17.

<sup>46</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, C.V, s.6240.

Propaganda belirli bir düşünceyi kişilere benimsetmeye yönelik yapılan hareketler olunca, düşünce ve kanaatleri açıklama hürriyeti kapsamında olup olmadığı- nın her olayda değerlendirilmesi gerekir. Zira belirli bir kanaatini açıklayan kişide, karşısındakine bunu benimsetme amacının bulunması da kaçınılmazdır. Bununla birlikte, örneğin; suç işlemeye tahrik eden, halkı kanunlara uymamaya sevk eden, suçu ve suçluyu öven, halkı çeşitli ayırımlara dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik eden, kişileri, kitleleri birbirlerine karşı cebir, şiddet, tehdit içeren davranışlara yönlendiren, bu tarz davranışları meşru ve uyulması gereken fiiller olarak gösteren düşüncelerin kişilere benimsetilmeye çalışılmasının da propaganda hürriyeti kapsamında yer almayacağı aşikardır.

İnceleme konusu suç tipi bakımından, propaganda fiili incelenecek olursa, fıkranın ilk halinde; “örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi... cezalandırılır” denilmekteyken, 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun’un 11 inci maddesiyle, “örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan...” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklikle birlikte örgütün propagandasını yapmanın, bağlı hareketli bir suç haline geldiği söylenebilir. Buna göre, suçun oluşabilmesi için, propagandanın,

- a) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da,
- b) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini övecek veya,
- c) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek, şekilde yapılması gerekir. Suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Terörle Mücadele Kanunu’nda da “terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmak” yaptırım altına alınmıştır. Kanun’un 7 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Kanun’un 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında, bazı fiil ve davranışların da terör örgütünün propagandası kapsamında olduğu belirtilmiştir. Buna göre;

- a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması,
- b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, ör-

güte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi, halinde fail terörün propagandasını yapma suçu hükümlerine göre cezalandırılır.

Kanun'un 7 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında göre, terör örgütünün propagandasını yapma suçunun; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde, terörün propagandasını yapma suçuna ilişkin cezanın iki katına hükümlenir.

Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan bu değişikliği, ülkemizin kamu barışı, suç ve ceza siyaseti yönünden ve ayrıca Anayasa'nın 14, 26/2, İHAS 10/2 maddeleri kapsamında izah etmek mümkün değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun 220/8 inci maddesinde yapılan düzenleme esasen "terör örgütü" yönünden yapılan değişiklik ile bir yeknesaklık sağlamak amacıyla özgüdür. Ancak 220'de ifadesini bulan örgütün temel vasfı "cebir, şiddet veya tehdit uygulamak" olmadığından, bu örgütün propagandası yönünden, böyle bir koşulun aranması mantıksızdır. Çünkü örneğin, gümrük kaçakçılığı yapmak için kurulan örgüt, hırsızlık yapmak için kurulan örgüt, ihaleye fesat karıştırmak için kurulan örgütün, "cebir, tehdit" uygulamadığından, propagandasının yapılması, fıkra kapsamında değerlendirilemeyecektir.

### **b-Fail**

Bu suçun faili herkes olabilir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçu, çok failli bir suçtur. Failler, aynı amaç doğrultusunda birlikte hareket etmektedirler. Bu yönüyle suç tipi, çok failli suç türlerinden yakınsama suçu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>47</sup>.

Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgüte yardım etme suçunun faili de herkes olabilir. Ancak bu suçta, kişinin örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olması, diğer bir ifadeyle örgüt üyesi olmaması gerekir.

Örgüt propagandasının yapılması yönünden de fail herkes olabilir. Hatta bu kişinin, örgüt üyesi de olması mümkündür. Bu takdirde, örgüt üyesi olan kişi, ayrıca propaganda yapmaktan da sorumlu tutulur. Zira, örgütün propagandası her ne kadar 220 nci maddede yaptırıma bağlanmış olsa da, bağımsız bir suç tipidir.

<sup>47</sup> Özgenç, s.18; Kavlak, s.328.



### c-Mağdur

Kamu barışına karşı işlenen suçlar arasında yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkestir. Burada toplumu oluşturan bireylerin barış içerisinde, güvenlik içerisinde yaşama hakları güvence altına alınmıştır.

İfade etmeliyiz ki, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçu yönünden yürütülen yargılamalarda, belirli bir kişinin doğrudan mağdur olmasından söz edilemez. Dolayısıyla suçtan zarar gördüğü iddiasında bulunan kimselerin, bu suç yönünden davaya katılma ve kanun yoluna başvurma imkanının bulunmadığını ifade etmek gerekir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 13.05.2013 tarih, 2013/1 E., 2013/7264 K. sayılı kararında *“sanıklara atılı silahlı terör örgütü yöneticisi olma, silahlı terör örgütü üyesi olma, silahlı terör örgütüne yardım ve suç işleyeni saklama suçlarının niteliği itibarıyla ve bu suçlardan doğrudan doğruya zarar görmeyip, davaya katılma ve dolayısıyla hükmü temyiz etme hakkı bulunmayan katılanlar adına vekillerinin bütün sanıklar hakkında bu suçlardan kurulan beraat hükümlerine yönelik temyiz taleplerinin... CMUK 317. maddesi gereğince reddine”* denilmek suretiyle, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve örgüte üye olma suçları bakımından, bir kimsenin zarar görmesinin mümkün olmadığı ve bu suçta davaya katılma ve kanun yoluna başvurma hakkının bulunmadığına hükmetmiştir<sup>48</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.02.2013 tarih ve 2012/6-1490 E., 2013/59 K., sayılı içtihadında, “örgüt suçunun” nitelikli unsur olarak düzenlendiği bazı suç tipleri yönünden (örneğin, göçmen kaçakçılığı, yağma, hırsızlık) yapılan yargılamalara katılan mağdurların, hükmün, sanığın cezalandırılmasına etki eden örgüt suçuna ilişkin kısmını (bu suça ilişkin katılma imkanları olmadığından) temyiz edemesini yasal düzenlemelere uygun bulmayarak, yukarıda ifade ettiğimiz kurala istisnalar tanınabileceğini ifade etmiştir. Kararda; “...Görüldüğü gibi, kanun koyucu tarafından ceza kanunda düzenlenen bazı suçların suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde, örgüte yarar sağlamak amacıyla veya örgütün korkutucu gücünden yararlanılmak suretiyle işlenmesi, işlenen suçlar bakımından nitelikli hal kabul edilmiş

<sup>48</sup> “..Çıkar amaçlı örgüt kurma ve bu örgüte üye olma suçuna müdahale mümkün olmadığından, bu suça yönelik temyiz talebinin reddine” (Yarg. CGK., 27.11.2011, 2010/1-158, 2011/296); “..Cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak, bu teşekküle katılmak ve yardımda bulunmak suçlarından açılan kamu davalarında yüklenen suçlardan doğrudan doğruya zarar görmeyen şikayetçi tasarruf mevduatı sigorta fonu adına vekilinin davaya katılmasına karar verilmesi, hukuken geçersiz olup hükmü temyize hak vermeyeceği cihetle tasarruf mevduatı sigorta fonu vekilinin cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak, bu teşekküle katılmak ve yardımda bulunmak suçlarına yönelen vaki temyiz istemlerinin CMUY'nın 317. maddesi uyarınca ... reddine” (Yarg. 06.02.2007, 2006/11-31, 2007/20); “..Cürüm işlemek için teşekkül oluşturma ve teşekkül mensuplarına yardım suçlarından doğrudan doğruya zarar görmeyen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun, davaya katılmasına karar verilmesi, hükmü temyize hak kazandırmayacağından, anılan kurum vekilinin bu suçlara yönelik temyiz isteğinin CMUK'nun 317. maddesi uyarınca istem gibi REDDİNE” (Yarg. CGK., 09.10.2007, 2006/7-336, 2007/198).

ve daha ağır yaptırımlara bağlamış, özel kanunlarda da benzer düzenlemelere yer verilmiştir..... Uygulama ve öğretide, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt mensupları tarafından örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar nedeniyle zarar gören kişinin örgütün işlediği bu suçların mağduru olduğu, bu suçlar yönünden davaya katılmasının mümkün olduğu, tehlike suçu olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş örgüte üye olma suçları yönünden ise kamu davasına katılmasının mümkün olmadığı genellikle kabul edilmekte ise de; Yargıtay bazı kararlarında somut olayı değerlendirmek suretiyle suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından açılan kamu davalarına katılmanın mümkün olduğuna karar vermiştir. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.10.2008 gün ve 2309-11388; 06.12.2006 gün ve 3739-8981 sayılı kararları bu doğrultudadır. Öte yandan suç işlemek amacıyla kurulan örgüt mensuplarınınca işlenen yağma, tehdit, hırsızlık gibi suçlardan açılan davalara bu suçlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin katılabilecekleri hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu suçların daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini oluşturan, “suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde”, “suç örgütünün yararına” veya “örgütün korkutucu gücünden yararlanmak suretiyle” işlenmesi durumunda, bu suçları işlediği iddia olunan kişi veya kişiler hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma suçlarından açılan davalara katılmayı kabul etmemek hak, adalet ve nesafet kurallarına aykırılık oluşturacaktır. Nitekim bu suçlardan kamu davasına katılmanın kabul edilmemesi halinde, örgütün işlediği suçlardan kamu davasına katılmalarına karar verilenlerce hükmün aleyhe temyiz edilmesine rağmen suçun nitelikli halini oluşturan suç örgütünün varlığının somut olaylarda bulunup bulunmadığı hususunun Özel Dairece değerlendirilmesinin ve suç örgütünün varlığının kabulünün gerektirdiği hallerde de katılma kararı verilen suçlar yönünden hükmün aleyhe bozulması suretiyle daha fazla ceza verilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu şekilde bir kabul halinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş örgüte üye olma suçlarından kurulan hükümlerin inceleme dışı bırakılması suretiyle hukuken telafisi imkansız zararların da doğmasına neden olunacaktır. Buna göre, gerek suç işlemek amacıyla kurulan suç örgütü mensuplarınınca işlenen amaç suçlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin, gerekse somut tehlike suçu olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarında suç örgütünün sahip olduğu organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaçladığı suçlar ve örgütün korkutuculuğu göz önüne alındığında sanıklara yüklenen ve cezalandırılmaları istenen fiille haklı çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturmasına katılması konusundaki isteği dikkate alınmalı ve haklı görüldüklerinde zarar görenlerin davaya katılmalarına karar verilmelidir. Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Yerel mahkemece, mağdurlar Hüseyin Taşar ve Ramazan Karagöz’ün sanıkların işlemiş oldukları yağma ve dolandırıcılık suçlarından doğrudan doğruya zarar gördükleri kabul edilerek kamu davasına katılmalarına karar verilen somut olayda; mağdurların suç örgütünün organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaç edindikleri ve işledikleri suçlar ile örgütün korkutuculuğu nedeniyle

sanıkların cezalandırılmaları istenen fiilleri ile haklı çıkarlarının zedelendiği anlaşıldığından suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçlarından da davaya katılmalarına karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır...” denilmektedir<sup>49</sup>.

#### **d- Nitelikli Unsurlar**

TCK m.220/3'e göre, örgütün silahlı olması halinde örgüt kurma, yönetme ya da üye olma suçlarına verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılacaktır.

Silahın nitelikli unsur olarak kabul edilmesinin en önemli nedeni, amaç suçların işlenmesinde, silahın mağdurlar üzerinde oluşturacağı korku ve paniğin kolaylık sağlayacak olmasıdır.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi, örgüt hiyerarşisinde yer alan kişilerin, örgütün amaçlarının gerçekleştirilmesine yönelik silahlanması ya da silahın bu amaçlar doğrultusunda kullanılmasını gerektirir<sup>50</sup>.

Kişilerin münferit olarak silah taşıyor olmaları, doğrudan doğruya söz konusu nitelikli halin uygulanmasına imkan sağlamaz. Aksi halde, örneğin, yasalara uygun olarak ruhsatlı silah taşınmasının, kişiler aleyhine sonuç doğurması gibi sakıncalı bir durum ortaya çıkar.

Silah, TCK.'nun 6'ncı maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre silah deyiminden;

*“1. Ateşli silâhlar,*

*2. Patlayıcı maddeler,*

*3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,*

*4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,*

*5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler”* anlaşılır.

Belirtmeliyiz ki, TCK.'nun, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmının, dört ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurulması halinde, 220/3'ncü madde hükümleri değil, özel hüküm niteliğindeki bulunan 314 üncü madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Silahlı örgüt suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 314 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 3 üncü maddesinde, terör

<sup>49</sup> Karar yayınlanmamıştır.

<sup>50</sup> **Evik**, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, s. 291.

suçları arasında sayılmıştır. TMK.'nin 5'nci maddesinde ise, cezaların artırılması öngörülmüştür. Buna göre; "3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

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

TCK.m.314'ün 1 ve 2'nci fıkralarında, TCK.'nin "millete ve devlete karşı suçlar" kısmının dört ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurmak, yönetmek ve örgüte üye olmak suçu yaptırım altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlere (örgüte yardım ve yataklık, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek) atıf yapılmıştır. Dolayısıyla 314'üncü maddedeki suç yönünden, 220'nci maddelerinin ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan, cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'inci maddesinde belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.

Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir (TMK.m.1).

## B- Manevi Unsurlar

Örgüt kurma ve yönetme suçu ancak kasten işlenebilir. Fail, kendisi ile beraber en az iki kişinin daha suç işlemeye yönelik kurulan organizasyonun hiyerarşik yapısı içerisinde bulunduğunu, bu kişilerin kendisiyle birlikte aynı amaca yönelindiklerini, belirsiz sayıda suç işlemek üzere bir araya geldiğini<sup>51</sup> bilmeli ve irade<sup>52</sup> etmelidir.

<sup>51</sup> Dursun, s. 276.

<sup>52</sup> Evik, Vesile Sonay, Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları:32, İstanbul 2004, s. 386.

Kanunun bilme ve isteme şeklindeki doğrudan kast yanında fail ya da faillerin belli bir amaca yönelik olarak hareket etmesini aradığı hallerde, söz konusu amaç ya da saikin suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından, bir unsur haline geldiği, kabul edilir. Bu suçlarda amaç ya da saikin yokluğu, suçun unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden suç oluşmayacaktır<sup>53</sup>.

TCK m. 220'de kanun koyucu, örgüt suçunun oluşabilmesi için kişilerin kanunda suç sayılan fiilleri işlemek amacıyla bir araya gelmelerini aramıştır. Dolayısıyla, söz konusu amaçla hareket etmek, bu suç bakımından manevi unsurun oluşması için gereklidir<sup>54</sup>. Bu itibarla suç doğrudan kastla işlenebilir<sup>55</sup>. Bu amaç, örgütü kuran ve yönetenlerde bulunması gerektiği gibi, örgüt üyesi olanlarda da mevcut olmalıdır<sup>56</sup>. Nitekim örgüte üye olma suçunun manevi unsuru kasttır. Kişinin, örgüte üye olma suçundan sorumluluğuna gidilebilmesi için, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün bulunduğu<sup>57</sup>, örgütün bu amaç doğrultusunda faaliyet yürüttüğünü<sup>58</sup> ve hiyerarşik yapının bir parçası olarak örgütün amaçları doğrultusunda hareket ettiğini bilmesi gerekir. Kişinin bu unsurlardaki bilgisizliği kastı ortadan kaldırır (TCK.m.30/1). Örneğin meşru bir yapılanma olduğu düşüncesiyle örgüte katılan kişinin, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte üye olma iradesinin bulunduğu söylenemez<sup>59</sup>.

Örgüte üye olmamakla birlikte, örgüt adına suç işleyen kişinin, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için, öncelikle işlediği suçta kasten hareket etmiş olması gerekir. Suç taksirle işlenmişse, kişinin ayrıca örgüte üye olmaktan cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Öte yandan, kişi, işlediği suçun belirli bir örgütün amaçları dahilinde olduğunu ve bu fiili bu amaç doğrultusunda işlediğini bilmelidir.

Örgüte yardım etme suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun oluşması, kastın varlığına bağlıdır. Fail, yardım ettiği kişi ya da kişilerin, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün mensubu olduğunu, yapılan yardımın örgüt için faydalı olduğunu bilmelidir. Ayrıca, örgütün amacı ve kolektif faaliyetleri de bilinmeli, yardım bu bilinçle yapılmalıdır<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidiünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 359, 360.

<sup>54</sup> Soyaslan, s.537; Yaşar-Gökcan-Artuç, C.V, s.6244.

<sup>55</sup> Aynı yönde bkz. Özgenç, s.21.

<sup>56</sup> Sözüer, Adem, Organize Suçlulukla Mücadelede Ceza Hukuku Tedbirleri, Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması, İstanbul 2000, s. 101.

<sup>57</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, C.V, s.6244.

<sup>58</sup> Özgenç, s.21.

<sup>59</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, C.V, s.6245.

<sup>60</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, s.8556. "Sanık aşamalarda ki savunmalarında tutarlı bir şekilde yasadışı silahlı örgüt mensuplarına yardım etmediğini beyan etmiştir. Sanığın evinin bulunduğu yer, dosyada bulunan fotoğraflardan da anlaşılacağı üzere bir mezranın, ormanlık alana bakan kenar kısmı olup ıssız bir yerdir. Örgüt mensuplarının barındık-

Fail, örgüt üyesi olduğunu bilmediği, fakat bir suç işlediğini bildiği kişiye, yakalanmaması için imkan sağlarsa, 220/7'den değil, 283 üncü maddede yaptırım altına alınan suçluyu kayırma suçundan cezalandırılır.

Yardımanın, bizatihi bireysel insani bir katkı olduğunun bilinerek hareket edilmesi, ancak bunun gerçekte örgütsel faaliyete katkı sağlaması, örgütün amaçlarına hizmet etmesi halinde, failin bu hususlardaki bilgisizliği kastını ortadan kaldırır (m.30/1).

Örgüt propagandası yapma fiilinin manevi unsuru da kasttır. Bu suçun oluşumu için herhangi bir saikle hareket etmek gerekmez.

#### 4- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

##### A-Teşebbüs

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarında, esasen hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır. Örgütün, işlenmesi hedeflenen suçlar yönünden bir hazırlık mahiyeti taşıdığı belirtilebilir. Nitekim suç işlemek amacıyla kurulan örgüt dahilinde herhangi bir suç işlenmemiş olsa da, kişiler örgüt kurma, yönetme ya da örgüte üye olma suçundan cezalandırılır.

Diğer taraftan bu örgütü yönetme ve örgüte üye olma filleri mütemadi bir özellik göstermektedir. Suç işlemek amacıyla en az üç kişinin iradelerini birleştirmesi ve bu irade birliğinin devam etmesi halinde örgüt varlığını devam ettirir.

Tüm bu özellikleri dikkate alındığında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmelidir.

Örgüte üye olmayan kişinin, örgüt adına işlediği suçun teşebbüs aşamasında kalması, 220/6 kapsamında ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılmasını engellemez.

---

ları kamp alanı ise, sanığın evinden yaklaşık 1 km. uzaklıkta olup burada ele geçen malzemenin sanık tarafından temin edildiğine ilişkin dosyada herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Kolluk görevlilerinin düzenledikleri tutanaklarda sanık ve ailesinin Kürtçe olarak askerlerin geldiklerini bağırarak birilerini uyardıkları belirtilmişse de, gerek tanık Pamuk'un ifadesinin alınmasında tercümanlık yapan Ali'nin yalnızca Zazaca konuşabildiklerini, Kürtçe konuşmadıklarını bildirmesi gerekse söylendiği belirtilen sözlerin Zazacada herhangi bir anlamı bulunmadığına ilişkin bilirkişi görüşü nazara alındığında, artık bu tutanaklara da itibar edilebilmesi olanağı ortadan kalkmıştır. Biran için tutanak içeriklerinin doğru oldukları kabul edilse dahi sanığın evinin konumu dikkate alındığında, silahlı örgüt mensuplarından korkarak yardım etme olasılığı karşısında somut olayda yüklenen silahlı çete üyelerine yardım ve yataklık suçunun manevi unsurunun gerçekleştiğinden söz etmeye olanak yoktur" (*Yarg. CGK. 25.3.2003, 2003/9-32, 2003/52*); "Sanık Remzi Dursun'un beyanı üzerine, sanığın kömürlüğünde bulunan poşet içerisinde, yasa dışı bir örgüte ait malzemeler ele geçirilmiş ise de, sanığın yasa dışı örgüt üyesi olduğu ve pakette örgüte ait malzemeler olduğunu bilerek sakladığı, örgüte yardım ve yataklık ettiği hususunda savunmasının aksini gösterir cezalandırılmasına yeterli ve kesin kanıt bulunmamaktadır. Haklarında mahkumiyet hükmü kurulan diğer sanıkların beyanları da savunmayı doğrulamaktadır. Bu nedenle itirazın kabulüne karar verilmelidir" (*Yarg. CGK., 21.11.1994, 1994/9-200, 1994/299*).

Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmayan kişinin, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmeye teşebbüs etmesi halinde de, 220/7'ye göre, kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılması mümkündür. Ancak bu ihtimalde teşebbüs hükümlerinin tatbiki gerekir.

Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapma suçuna da teşebbüs mümkün olabilir. Propaganda yapma suçu, sırf hareket suçu niteliğindedir. Bu suç yönünden ceza normunda herhangi bir netice öngörülmemiştir. Bu kapsamda, fiil kısımlara bölünebildiği ölçüde, bu suça teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmelidir.

### **B-İştirak**

Örgüt kurma ve yönetme suçunda, üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. İştirak halinde işlenen suçlarda ise, iki veya daha fazla kişi bir suça fail ya da şerik olarak katılabilirler. Bu bakımdan, iştiraktan söz edebilmek için en az iki kişinin varlığı yeterlidir. Örgüt kurma ve yönetme suçunda, herhangi bir suçu işlemek amacıyla bir araya gelen kişiler cezalandırılmakta iken, iştirakte fail ya da şerik sıfatıyla kasten ve hukuka aykırı fiil işleyen kimseler (fiil en azından teşebbüs aşamasına vardığı takdirde) suça iştiraktan dolayı cezalandırılırlar.

Çok failli bir suç olan, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, suçuna iştirak mümkündür. Ancak iştirak eden kişiler, suçun oluşması için gereken en az üç kişinin dışında kalan kimselerdir<sup>61</sup>. Diğer taraftan, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme fiili, 220 nci maddenin 7 nci fıkrasında bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılacaktır. Bu ihtimalde, genel iştirak kuralları (m.39) uyarınca failin suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçuna yardım etmeden dolayı sorumluluğuna gidilmeyecektir.

Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmak suçuna da iştirak mümkündür.

### **C-İçtima**

Türk Ceza Kanunu'nda, bazı suç tiplerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Göçmen kaçakçılığı (m.79/3)<sup>62</sup>, organ veya doku ticareti (m.91/4) suçları, bu suç tiplerine örnek olarak gös-

<sup>61</sup> Dursun, s.301, 302.

<sup>62</sup> "Sanıkların işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurduklarına dair kesin kanıt bulunmadığı ve olay tari-

terilebilir. Bahsi geçen, bu tarz nitelikli hallerin tatbiki yönünden, kişilerin ayrıca 220 nci madde uyarınca da cezalandırılmaları, diğer bir ifadeyle örgüt kurma suçundan da hüküm kurulmuş olması gerekir<sup>63</sup>.

Örgüt suçu kapsamında işlenmesi düşünülen suçların zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür. Ancak örgüt kurma suçunun oluşması için belirsiz sayıda suçun işlenmesinin amaçlanması yeterlidir. Dolayısıyla amaçlanan suçlar zincirleme şekilde işlense de, bu durum örgüt kurma suçunun teklifi etkilemez.

TCK.m.220/4'e göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur<sup>64</sup>.

### 5- Cezayı Azaltan veya Kaldıran Bir Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

TCK.'nun 221 inci maddesinde, 220 nci maddede düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Maddede; *“(1) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*(2) Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*(3) Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*(4) Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden*

---

hinde göçmen kaçakçılığı için bir olaya mahsus sanıkların bir araya gelmeleri eylemlerinin de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu oluşturmadığı ve bu suçtan açılmış bir davada bulunmadığı gözetilmeden, suçun örgütlü olarak işlendiğinden bahisle cezanın arttırılmasına karar verilmesi” (Yarg. 8. CD., 10.11.2010, 2008/15342, 2010/13021).

<sup>63</sup> Bkz. Yarg. 8. CD., 19.2.2009, 12560/2405; “Sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan açılmış bir dava bulunup bulunmadığı araştırılıp, açılmış ise davaların birleştirilmesi, açılmış bir davanın olmaması halinde hakkında 5237 sayılı TCK.nun 220 nci maddesi uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan dava açılması sağlanarak ...” (Yarg. 8. CD. 2.4.2009, 19283/5248).

<sup>64</sup> “5237 sayılı TCK.nun 314/3.maddesinin atıfta bulunduğu 220/4. maddesi uyarınca bomba nakletmek eyleminin ayrı suç oluşturduğu ve bu nedenle 5237 sayılı TCK.nun 174. maddesi gereğince ayrıca ceza tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden suçun unsuru olarak kabul edilip yazılı şekilde hüküm tesisi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır” (Yarg. 9.CD., 5.4.2006, 394/2086).



*kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi hâlinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır.*

*(5) Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.*

*(6) Kişi hakkında, bu maddedeki etkin pişmanlık hükümleri birden fazla uygulanmaz” denilmektedir.*

### **A- Madde 221/1’de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri**

Madde 221/1’de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri, henüz örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önceki durumlarda uygulama alanı bulur. Madde 221/1’deki etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- a) Örgüt kurma ya da örgüt yönetme suçu işlenmiş olmalıdır.
- b) Örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmemiş olmalıdır.
- c) Örgüt kurma suçu ile ilgili henüz bir soruşturmaya başlanmamış olmalıdır.
- d) Örgüt kurucusu veya yöneticisinin, örgütü dağıtması veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlaması gerekir.
- e) Dağıtma veya bilgi verme fiili bizzat örgüt kurucusu ya da yöneticisi tarafından yapılmalıdır. Bu şartlar sağlandığı takdirde, örgüt kurucusu veya yöneticisi hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

### **B- Madde 221/2’de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri**

TCK.m.221/2’de suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olan kişilerle ilgili etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Örgüt üyesinin, etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olması ve ayrıca, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi gerekir. Bu koşulların gerçekleşmesi hâlinde, fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Bu koşullar gerçekleştikten sonra, kişi hakkında örgüt üyesi olmaktan dolayı soruşturma başlatılmış olmasının veya örgütün faaliyeti çerçevesinde başkaları tarafından suç işlenmiş olmasının, etkin pişmanlıktan yararlanma açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Madde 221/2’deki etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- a) Kişi, örgüt üyesi olmalıdır.
- b) Kişi, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olmalıdır<sup>65</sup>.
- c) Kişi gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmelidir.
- d) Örgütten ayrıldığına ilişkin bildirim bizzat örgüt üyesi tarafından yapılmalıdır. Bu şartlar sağlandığı takdirde, örgüt üyesi hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

### C- Madde 221/3'te düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri

TCK.m.221/3'te düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını

<sup>65</sup> “Örgüt üyesi olup örgütten kendiliğinden ayrılarak teslim olan ve pişman olduğunu beyan eden ve buna göre de konumu 5237 sayılı TCK.nun 221/2.maddesi kapsamında bulunan sanığın, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmesine iştirak edip etmediği İçişleri Bakanlığı’ndan da sorulup araştırılarak, 5237 sayılı TCK.nun 314. maddesinin 3.fıkrasının “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümleri bu suç açısından da aynen uygulanır” amir hükmü karşısında, örgüt kurma suçu kapsamında bulunan 5237 sayılı TCK.nun etkin pişmanlığa ilişkin 221.maddesinde 765 sayılı TCK.nun 170.maddesinin uygulanabilmesi için aranan silahlı örgüt tarafından amaç suçun işlenmemiş ya da amaç suçun işlenilmesine kalkışılmamış olması gerektiğine ilişkin bir koşul öngörülmediği de gözetilmek suretiyle, sanığın hukuki durumunun sonucuna göre tayin ve takdir edilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” (*Yarg. 9. CD., 19.12.2006, 5670/7410*); Örgüt üyesi olarak örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmesine iştirak etmeyip kendiliğinden özgür iradesiyle örgütten çekildiğini bildirerek ilgili makamlara teslim olduğu kabul edilen sanıklar hakkında etkin pişmanlıklarının sübutu halinde 5237 sayılı Yasanın 221. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerektiği gözetilmeksizin yasanın anlam ve amacına uygun düşmeyecek şekilde yazılı gerekçe ile bu konuda red kararı verilmesi” (*Yarg. 9. CD., 26.12.2005, 6339/9775*); “Silahlı örgüt mensubu olan sanığın, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden kendiliğinden örgütten ayrılarak ilgili makamlara teslim olduğunu öne sürmesi karşısında etkin pişmanlık hususunun konumuna uyan 5237 sayılı TCK.nun 221/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara katılıp katılmadığı yeterince tartışılıp değerlendirilmeden aynı yasanın 221/4. maddesindeki koşulların oluşmadığı gerekçesi ile bu konudaki talebin reddine karar verilmesi” (*Yarg. 9. CD., 27.03.2006, 350/1850*); “5237 sayılı TCK.nun 221. maddesinin başlığı «Etkin pişmanlık» olup, maddenin 2. fıkrasının uygulanması için örgütten kendiliğinden ayrıldığını ilgili makamlara bildirme yanında örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenmemesi gerekmektedir. Dosyamızda hükümlü C. savcılığındaki ifadesinde örgüte katılmasından dolayı pişman olmadığını beyan etmesi yanında, örgüt faaliyeti çerçevesinde savaştığı, bu nedenle de şartları oluşmadığı gözetilmeden, hakkında 5237 sayılı TCK. nun 221/2. maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi” (*Yarg. 9. CD., 21.11.2006, 4360/6350*); “Örgüt üyesi olup örgütten kendiliğinden ayrılarak teslim olan ve pişman olduğunu beyan eden sanığın örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edip etmediği araştırılarak, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı gerekçe ile etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” (*Yarg. 9. CD., 6.12.2006, 4923/7039*).

sağlamaya elverişli bilgi verdiği durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Verilen bilginin, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olup olmadığını takdir yetkisi mahkemeye aittir.

Madde 221/3'teki etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

a) Kişi, örgüt üyesi olmalıdır.

b) Örgüt üyesi, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanmış olmalıdır.

c) Örgüt üyesi, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermelidir.

d) Bu bildirim bizzat örgüt üyesi tarafından yapılmalıdır. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde örgüt üyesi hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

#### **D- Madde 221/4'te düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri**

221/4'te düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi hâlinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmamasını düzenlemektedir. Madde 221/4'teki etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

a) Kişi, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme, örgüte üye olma ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçunun faili olmalıdır.

b) Kişi, gönüllü olarak teslim olmalıdır<sup>66</sup>.

c) Kişi, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermelidir<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> 5237 sayılı TCK.nun etkin pişmanlığa ilişkin 221 .maddesinde silahlı örgüt tarafından amaç suçun işlenmemiş ya da amaç suçun işlenmesine kalkışılmamış olması gerektiğine ilişkin bir koşul bulunmadığı gözetilerek, örgütten kaçarak kendiliğinden teslim olan ve pişman olduğunu beyan eden sanığın örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edip etmediği İçişleri Bakanlığı ve ilgili kurumlardan araştırılarak samimi bir şekilde etkin pişmanlık gösterip göstermediği de tartışılıp değerlendirildikten sonra sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yasa maddesi hükmüne uygun düşmeyen gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg. 9. CD., 27.12.2006, 5698/7728).

<sup>67</sup> “Yakalanan sanığın 5237 sayılı TCK.nun 221/4.maddesinde öngörüldüğü şekilde örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili yeterli bilgi ve belge vermediği, bu nedenle de yasa da aranan şartların oluşmadığı gözetilmeden hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (Yarg. 9. CD., 14.5.2007,

d) Bilgi verme eylemi, bizzat bu suçların failleri tarafından yapılmalıdır. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde, bu suçların failleri hakkında, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır.

Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi hâlinde ise, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezadan üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılacaktır.

### **E- Ortak hükümler**

Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.

Madde gerekçesinde, öngörülen denetimli serbestlik tedbiriyle ilgili olarak; *“Etkin pişmanlıktan yararlanarak serbest bırakılan kişiler açısından güvenlik ve topluma uyum sorunu yaşandığı bilinmektedir. Bu nedenle, etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmelidir. Bu bir yıllık süre, kişinin serbest bırakıldığı andan itibaren işlemeye başlar. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması açısından, etkin pişmanlık nedeniyle kişi hakkında cezaya hükmolunmaması ile indirilmiş cezaya hükmolunması arasında bir fark gözetilmemiştir”* denilmiştir.

Son olarak ifade edelim ki, bir kimse hakkında, 221’inci maddedeki etkin pişmanlık hükümleri birden fazla uygulanamaz (m.221/6).

### **6- Soruşturma Kovuşturma Usulü**

TCK.’nun 220’nci maddesinde belirtilen suçların soruşturması ve kovuşturması re’sen yapılır. Bu suçlarda dolayı açılan kamu davalarına bakma görevi Asliye Ceza Mahkemelerine aittir.

Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür (bkz. TMK.m.10).

*7296/4161*); “5237 sayılı TCK.nun yürürlüğe girmesinden sonra yakalanan sanığın, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi verdiğini, örgüt adına faaliyet gösterenleri ve yardım edenleri yakalattığını beyan etmesi karşısında; aynı yasanın 221. maddesinde aranan şartları yerine getirip getirmediği ilgili makamlardan sorulup araştırıldıktan sonra sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi” (*Yarg. 9.CD., 27.11.2006, 4989/6595*); Güvenlik güçlerince yakalanan sanığın etkin pişmanlığa ilişkin 5237 sayılı TCK.nun 221/4. maddesinin aradığı anlamda pişmanlık duyarak yeterli bilgi vermediği, bu nedenle de anılan maddede sözü geçen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, bu madde uyarınca uygulama yapılarak cezasından indirim yapılması” (*Yarg. 9.CD., 23.3.2006, 201/1821*).

Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'nci maddesindeki amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, m.2).

Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili olarak; soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır.

Silahlı örgüt suçu hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, m.10).

**KİŞİLERİN HAYATINI VE SAĞLIĞINI TEHLİKEYE  
SOKACAK BİÇİMDE İLAÇ YAPMA VEYA SATMA SUÇU  
(TCK m. 187)**

***(Crime of Production or Sale of Medicine That Risk  
The Life and Health of People)  
(Art. 187)***

*Akademik hayata adım attığım ilk günden itibaren desteğini hiç  
bir zaman esirgemeyen ve doktora tez danışmanım olma şerefini  
bahşeden saygıdeğer Hocam Prof. Dr. F. Nur Centel'e sonsuz  
şükranlarımla...*

**Aysun ALTUNKAŞ\***

**ÖZET**

İnsanların sağlıklarını korumak ya da bozulan sağlıklarına yeniden kavuşmak için ilaç kullanmalarının tarihi, neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir. Ancak ilaçlar, insanların sağlıklarına yeniden kavuşmasına yardım ederken, bir taraftan da bilinen veya muhtemel yan etkileri nedeniyle insanların sağlıklarında bir takım olumsuz sonuçlara neden olabilmektedirler. Hatta kimi zaman insanların sağlıklarına yeniden kavuşmak amacıyla kullandıkları ilaçlar, onların hayatlarını kaybetmelerine dahi neden olabilmektedir. İlaçların, insanların sağlıklarının korunmasında büyük bir etkisi olduğu gibi, insanların sağlıklarının ve hatta yaşamlarının zarar görmesinde de büyük bir etkisi olabilmektedir. Bu nedenle ilaçların çok dikkatli bir şekilde üretilmesi ve satılması gerekmektedir. Bu doğrultuda TCK'nın 187. maddesinde kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada da, söz konusu suç klasik suç inceleme yöntemine göre ele alınarak, suçun kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** İlaç, Yan etki, Sağlık, Eczacı, İlaç firması.

***Abstract***

History of using drugs to protect or recruit health is as old as the human history. Although drugs help people to protect and recure their health, they

\* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana-bilim Dalı Öğretim Üyesi

may also cause some side effects even leading to cause death. Because of these positive and negative effects of drugs, they have to be produced and sold very carefully. Thus producing or selling drugs which are dangerous to life and health is regulated as a crime by the Article 187 of the Turkish Criminal Code. In this work, this crime is analysed by the following classical examination method and the content of crime is ascertained.

**Keywords:** Drug, Side effect, Health, Pharmacist, Drug company.

## I. Genel Olarak

İnsanlar sağlıklarını korumak veya bozulan sağlıklarına yeniden kavuşmak amacıyla ilaç kullanmışlar ve kullanmaya da devam etmektedirler. Bu da ilacın ve ilaç ihtiyacının neredeyse insanlık tarihi kadar eski olduğu sonucuna bizi götürmektedir<sup>1</sup>. Hatta günümüzde ilaç teknolojilerindeki gelişmeler ve üretilen çok sayıda yeni ilaç ile birlikte, hastalıkların tedavisinde en çok tercih edilen yöntemin ilaç tedavisi olduğu da belirtilmektedir<sup>2</sup>. Dolayısıyla ilacın insan için önemli bir ihtiyaç olduğu da söylenebilir<sup>3</sup>. Dünyada her yıl ölen 57 milyon insanın yaklaşık üçte birinin ölüm nedeninin, tedavi edilebilir hastalıklar karşısında yeterli ilaca erişememesi olması da bu ihtiyacın ne kadar önemli olduğunun bir göstergesidir<sup>4</sup>.

Bununla birlikte insanlar sağlıklarını korumak ya da bozulan sağlıklarına yeniden kavuşmak amacıyla ilaç kullanırlarken, kullandıkları ilaçların bir takım yan etkilerinin olduğunu da bilirler. Bugün yan etkisi veya en azından muhtemel yan etkisi olmayan ilaç olmadığından, insanlara ya da onların sağlıklarına zarar vermeden herhangi bir ilaç da yok demektir<sup>5</sup>. Dolayısıyla insanların bozulan sağlıklarına yeniden kavuşmak amacıyla kullandıkları ilaçlar, kimi zaman onların sağlıklarının daha da bozulmasına ve hatta zaman zaman ölümlerine neden olabilmektedir<sup>6</sup>. An-

<sup>1</sup> Hayrettin Eren, "İlaçların Onaylanması ve Piyasaya Sürülmesinden Dolayı Devletin Sorumluluğu", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 283. Bugün bildiğimiz anlamda ilacın tarihinin şifacılığa, yine onun kadar eski olan kocakarı iksirlerine ve Şamanizm'e dayandığı belirtilmektedir. İlaçlar ile ilgili en eski bilgilere M.Ö. 3000'li yıllarda yazılmış Sümer tabletlerinde rastlanırken; sonraları Mısır papirüsleri ile Çin, Hint, Arap ve Acem yazmalarında da bu konuda geniş bilgiler bulunmaktadır. Mükerrrem Betül/Yerer Aycan, "İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 3.

<sup>2</sup> Çağlar Özdemir, "İlaç Zararlarının Adli Tıp Boyutu", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 391.

<sup>3</sup> Eren, 283.

<sup>4</sup> Veyssel Başpınar, "İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 85 vd.

<sup>5</sup> Başpınar, 86.

<sup>6</sup> Mahmut Koca, "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk", İlaç Hukuku, Editör-

cak insanlar söz konusu ilacı kullanırlarken bu ilaçtan elde etmeyi umdukları fayda ile yan etkinin ortaya çıkması durumunda sağlıklarında meydana gelecek ya da gelebilecek zarar arasında bir karşılaştırma yapmak suretiyle ilacı kullanmak ya da kullanmamak yönünde karar vermektedirler.

İnsanların ilacın sağlıkları üzerinde ortaya çıkartabileceği yan etkileri ile kullandıkları ilaçtan elde etmeyi umdukları fayda arasında bir karşılaştırma yapabilmeleri için o ilacın yan etkileri hakkında tam bir bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. İlacın yan etkileri konusundaki bilgilerin öğrenilmesi de o ilacın piyasaya sürülmesinden önce ve hatta piyasaya sürülmesinden sonra da devam eden klinik ilaç araştırmaları ile mümkün olmaktadır. Ancak kimi zaman bu ilaç araştırmaları dahi ilacın yan etkilerinin öğrenilmesi konusunda yeterli olamamakta; ilaç piyasaya sürüldükten ve geniş çapta bir hasta grubu tarafından kullanıldıktan sonra ilacın iyileştirmesi umulan hastalıktan çok daha ağır hastalıklara neden olduğu görülebilmektedir<sup>7</sup>.

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda ilaçların üretilmesi de, satılması da çok büyük bir önem arz etmekte ve üreticisinden, söz konusu ilacı reçeteye yazan hekime ve hatta bu ilacı hastaya veren eczacıya kadar çok sayıda kişinin sorumluluğunun söz konusu olabileceği bir süreci içermektedir. Türk hukukunda da kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma fiilleri, kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenerek yaptırıma bağlanmıştır. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabının, topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmının, kamunun sağlığına karşı suçlar başlıklı üçüncü bölümünde 187. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre, "*Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir*". Bu hal, suçun basit şeklini oluşturmaktadır. 187. maddenin 2. fıkrasında ise suçun nitelikli hali yer almaktadır. Buna göre; "*Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır*".

---

ler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 321.

<sup>7</sup> Örneğin doğumdan kaçınmak amacıyla alınan sentetik bir hormon ilacı olan Diethylstilbestrol'un, bu ilacı kullanan annelerin kız çocuklarının bluğ çağına eriştikten sonra rahim kanserine yakalanmasına neden olduğu; yine 1957 yılında Fransa'da deri hastalıklarını tedavi etmek için piyasaya sürülen Stalinton'un 102 kişinin ölümüne, 115 kişinin de yaralanmasına ve sakat kalmasına neden olduğu tespit edilmiştir. Başpınar, 86 vd. İlaçlar konusunda Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'da yasal düzenlemelerin yapılmasının nedeni de, ilaç kullanımı sonucunda ortaya çıkan yaralanmalar veya ölüm neticelerinin engellenmesi ya da en azından asgari düzeye indirilmesine yöneliktir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1938 yılında Yiyecek, İlaç ve Kozmetik Kanunu'nun çıkarılmasının nedeni, 1937 yılında 100'den fazla insanın "sulfanilamid" kullanımı sonucunda böbrek yetmezliğinden ölmesidir. Aycan, 4.



## II. 765 ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunlarının Karşılaştırılması

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, "Ammenin Selameti Aleyhinde Cürümler" başlıklı yedinci babda, "Umumun Sıhhatine, Yenecek ve İçilecek Şeylere Müteallik Cürümler" başlıklı üçüncü fasılda 397. maddede düzenlenmişti. Bu hükme göre, *"Tıbbi maddeleri satmaya yetkili olup da bunları nevi ve miktar itibariyle hekim reçetelerinin münderecatına aykırı olarak yapan kimse altı aydan bir yıla kadar hapis ve onbin liradan ellibin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır"*.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısımda, "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü bölümde 187. maddede düzenlenmektedir. Bu hükme göre; *"(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. / (2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır"*.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde söz konusu suç, sadece tıbbi maddeleri satmaya yetkili kişiler tarafından işlenebilecek bir özgü suç olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ise kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan herkes suçun faili olabileceğinden, suçun kapsamı genişlemiştir. Yine bu düzenleme doğrultusunda ilacın üretilmesi veya satılmasının yetki dahilinde olması da aranmamaktadır. Söz konusu suçun resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi, 187. maddenin 2. fıkrası doğrultusunda suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde söz konusu suçun maddi unsurunu teşkil eden fiiller, tıbbi maddelerin hekim reçetesinin içeriğine aykırı olarak yapılmasıydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde getirilen düzenleme ile suçun kapsamı maddi unsur yönünden de genişletilmiştir. 187. maddenin gerekçesine göre, hekim tarafından düzenlenen reçetede yazılı ilaç yerine başka ilacın verilmesi suretiyle de kişilerin hayatı ve sağlığı tehlikeye sokulabileceğinden, bu nitelikteki fiiller de söz konusu suç kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak bu fiillerin yanında ortada bir hekim reçetesi bulunmasına rağmen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç satılması da söz konusu suç kapsamında değerlendirilecektir. Yine 187. maddede düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu kapsamına giren tek fiil, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte ilaçların satılması değildir, bu nitelikteki ilaçların yapılması da söz konusu suç oluşturacaktır. Suç, seçimlik hareketli suç olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde suç, hekim reçetesinin içeriğine aykırı ilaçların yapılması şeklinde bağlı hareketler ile işlenebilen tek hareketli bir suç iken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde suç, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapılması veya satılması şeklindeki hareketlerden birinin yapılması ile işlenebilecek seçimlik ve çok hareketli bir suç haline getirilmiştir.

Öte yandan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde suç, bir soyut tehlike suçu niteliğinde düzenlenmişti. Dolayısıyla suç, hekim reçetesinin içeriğine aykırı ilaçların yapılması ile tamamlanmış sayılmaktaydı. Bu ilaçların kişilerin hayatını veya sağlığını somut olayda tehlikeye sokmuş olması şeklinde somut bir tehlikenin doğması ya da bu ilaçları kullanan kişilerin hayatı veya sağlığı bakımından zararlı neticenin doğmuş olması aranmıyordu. Bu nedenle suçun oluşması bakımından hakim, hekim reçetesinin içeriğine aykırı olarak ilaçların yapıldığını tespit etmesi yeterliydi; bu ilaçların kişilerin hayatı veya sağlığı bakımından bir tehlike oluşturup oluşturmadığını tespit etmesine; illiyet bağının varlığını araştırmasına gerek bulunmamaktaydı. 5237 sayılı TCK'nın 187. maddesinde de ilaçların kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması aranmakla birlikte, somut olayda kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından (somut) bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamıştır. İlacın soyut olarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla suç, 5237 sayılı TCK'nın 187. maddesinde de soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

Bunun yanında 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında getirilen düzenlemeler karşılaştırıldığında, suç karşısında öngörülen yaptırımın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesi ile ağırlaştırıldığı söylenebilir. Zira 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde söz konusu suç karşılığında altı aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülürken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin 1. fıkrasında suçun basit şekli karşılığı olarak bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası; suçun bir hekim, eczacı ya da resmi bir izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde verilecek cezanın üçte bir oranında artırılması öngörülmüştür.

### **III. Suçun Maddi Konusu**

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun maddi konusu, ilaçtır<sup>8</sup>. Bu doğrultuda bu başlık altında öncelikle ilaç kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılacak, ardından kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun konusunu teşkil eden ilaçlar üzerinde durulacaktır.

<sup>8</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin gerekçesi, Niyazi Güney/Kenan Özdemir/Yusuf S. Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004, 511.

## 1. İlaç Kavramı

Sözlük anlamı itibariyle ilaç, insanlara ya da hayvanlara bir hastalığın tedavisi, önlenmesi veya teşhisi amacıyla verilen maddelerin genel adıdır. İlaçlar, ağrıları, acıları ya da başka rahatsızlık verici durumları gidermek, zihnin ve bedeninin normal dışı durumlarını düzeltmek veya denetim altında tutmak amacıyla kullanılırlar<sup>9</sup>.

İlaç, Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization / WHO) tarafından “fizyolojik sistemleri ve patolojik (hastalık yapıcı) durumları, kullananın yararına değiştirmek veya incelemek amacı ile kullanılan ürün” olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Dolayısıyla Dünya Sağlık Örgütü’nün hastalıkların ilaçla tedavisinden beklentisinin, esas olarak ilacın fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları insanın yararına olacak şekilde değiştirmesi olduğu tespitinde bulunulabilir<sup>11</sup>.

İlaç, Türk Sağlık Hukuku mevzuatı çerçevesinde “ispençiyari ve tıbbi müstahzar” veya “beşeri tıbbi ürün” olarak isimlendirilmektedir. İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzar Kanunu’nun<sup>12</sup> 1. maddesinde ispençiyari ve tıbbi müstahzar yani ilaç, “*kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinın ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tabette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertipler*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> <http://www.turkcebilgi.org/kimya/biyokimya/ilac-nedir-51224.html>, (Erişim Tarihi: 30.04.2012).

<sup>10</sup> <http://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/?page=komisyon&cat=10>, (Erişim Tarihi: 20.02.2013).

<sup>11</sup> Aycan, 1.

<sup>12</sup> 1262 Sayılı İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzar Kanunu, RG 26.05.1928, No: 898.

<sup>13</sup> İlaç, Alman İlaç Kanunu’nun 2. maddesinde, “*insan veya hayvan bedenlerinde kullanılmak suretiyle hastalıkları, sakatlıkları, bedensel zararları veya hastalığa bağlı ağrıları tedavi eden, azaltan, önleyen veya teşhis eden; vücudun yapısını, durumunu veya fonksiyonlarını veya ruhi durumunu tanıttıran; insan ve hayvan vücutları tarafından üretilen etkili maddeleri veya vücut sıvılarını telif eden; mikrop, parazit ve vücuda yabancı maddeleri önleyen, temizleyen veya zararsız hale getiren veya vücudun yapısını, durumunu veya fonksiyonlarını veya ruhi durumunu etkileyen maddeler ve maddelerden elde edilen bileşimler*” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin devamında da, gıda maddelerinin, kozmetik ürünlerin, tütünden üretilen ürünlerin, hayvanların temizlenmesine tahsis edilen veya vücut kokularının giderilmesine hizmet eden, eczanelerin dışında piyasaya sürülen ürünlerin, yem maddelerinin, insanlara nakledilecek organların, tıbbi ürünler ve tıbbi ürünlerin tamamlayıcı parçalarının ilaç sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Mehmet Demir, “İlaç Zararlarından Üreticinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009, 339 vd; Ergun Özsunay, “İlaçların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 46 vd. İlaç, İsviçre İlaç ve Tıbbi Ürünler Hakkında Kanun’un 4/a maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre ilaç, “*insan veya hayvan organizmaları üzerinde tıbbi etkileri belirli olan veya tavsiye edilen, özellikle hastalıkların, yaralanmaların ve engelliliğin teşhisine, önlenmesine veya tedavisine ilişkin, kimyasal veya biyolojik ürünler*” olarak tanımlanmış; bu tanım içerisinde kan ve kan ürünlerinin de ilaç kapsamında değerlendirildiği ayrıca belirtilmiştir. Başpınar, 101 vd. İlaç, İnsan Kullanımı İçin Tıbbi Ürünlerle İlgili 2001/83 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin 1. maddesinde de insan hastalıklarını tedavi etmek veya hastalıklardan korumak amacıyla kullanılan herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu ve

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında *Yönetmelik*'in<sup>14</sup> 4/c maddesine göre, beşeri tıbbi ürün, hastalığı tedavi etmek veya hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonudur. Klinik Araştırmalar Hakkında *Yönetmelik*'in<sup>15</sup> 4/p maddesine göre de ilaç/beşeri tıbbi ürün, hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla<sup>16</sup> insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonudur.

Türk Sağlık Hukuku mevzuatında getirilen bu tanımlar doğrultusunda, ilaç, hastalıklardan korunma, teşhis, tedavi veya vücudun herhangi bir fonksiyonunu değiştirmek üzere kullanılacak sentetik, bitkisel veya biyolojik kaynaklı etken madde, terkip ve/veya farmasötik müstahzarlar şeklinde tanımlanabilir<sup>17</sup>. Bu doğrultuda ilaç, bir kişinin hastalığını teşhis etmeye ya da onu iyileştirmeye veya bir ameliyatın yapılmasını kolaylaştırmaya yarayan her çeşit madde şeklinde de tanımlanabilir<sup>18</sup>. Yine immünolojik (bağışıklık) ürünlerin de bu kapsamda ilaç tanımına dahil edilmesi gerekmektedir<sup>19</sup>. Dolayısıyla ilaçlar, hayvansal, bitkisel, mineral kaynaklı, doğal ya da sentetik, ham ya da işlenmiş, dermokozmetik ya da fitoterapötik olabilir<sup>20</sup>.

insanların fizyolojik fonksiyonlarının geri kazandırılması, düzeltilmesi ve değiştirilmesi için kullanılan farmakolojik, imünolojik veya metabolizma ile ilgili maddeler olarak tanımlanmıştır. [http://www.ieis.org.tr/BILGINOTLARI/21\\_03\\_2008\\_AB.pdf](http://www.ieis.org.tr/BILGINOTLARI/21_03_2008_AB.pdf), (Erişim Tarihi: 26.02.2013).

<sup>14</sup> Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında *Yönetmelik*, RG 23.10.2003, No: 25268.

<sup>15</sup> Klinik Araştırmalar Hakkında *Yönetmelik*, RG 13.04.2013, No: 28617.

<sup>16</sup> Türk Sağlık Hukuku mevzuatında ilaca yönelik olarak getirilen tanımlar esas alındığında ilacın üretim ve kullanım amacı dikkate alınarak tanımlandığı görülmektedir. Ancak Alman Federal Mahkemesi, 2007 yılında verdiği bir kararda, bir ilacın sadece üretim ve kullanım amacına bakılarak değerlendirilemeyeceğine, içerdiği maddelere de bakılarak, bazen ara üretimlerin ilaç olarak kabul edilmesinin mümkün olduğuna, bazen de oluşturulan karışımın farmakolojik yapısı, ağrı kesici veya azaltıcı özelliği ile insan bedeninde kullanılmasının da o maddenin ilaç olarak kabul edilmesinde etkili olduğuna hükmetmiştir. Kararın ayrıntıları için bkz. Yener Ünver, "Sahte, Taklit İlaç ile Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı ve Kullandırılması", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009, 390.

<sup>17</sup> İlaç Sanayii Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Ankara 2001, 1.

<sup>18</sup> Sahir Erman / Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar* (TCK m.369-413), İstanbul 1995, 189; Özlem Yenerer Çakmut, "Taklit – Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK m.186-187)", *İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No: 2, Marmara Üniversitesi 01.06.2007*, 128 vd.; İsa Döner, "İlaç Sahtekarlığı Suçları (TCK m. 186 – TCK m. 187)", *İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri*, 363.

<sup>19</sup> Eren, 283.

<sup>20</sup> Nazlı Şencan, "Eczacının İlaç Üzerindeki Sorumluluk ve Zorunlulukları", *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Yener Ünver/ Ali Kemal Yıldız/ Onur Özcan, İstanbul 2008, 169; Erdem Büyükbıngöl, "İlacın Tanımı (İlaç – Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009, 292.

Bu doğrultuda bitkisel ilaçlar da söz konusu nitelikleri haiz olmaları kaydıyla ilaç kavramı kapsamında değerlendirilebilirler. Ayrıca yine bu doğrultuda maddenin katı, sıvı ya da gaz şeklinde olması, yerli ya da yabancı kaynaklı olması, Sağlık Bakanlığı tarafından üretimine izin verilmiş olup olmaması ya da eczanelerde bulunup bulunmaması, söz konusu maddenin ilaç sayılmasına engel olmaz<sup>21</sup>.

Öte yandan bazı yiyecek ve içecek maddelerinin, herhangi bir hastalıktan korunmak veya hastalığın iyileştirilmesi amacıyla kullanılabilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde, ilaca yönelik olarak getirilen ve yukarıda aktarılan tanım doğrultusunda söz konusu yiyecek ve içecek maddelerinin de ilaç kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>22</sup>.

Ancak öğretilerde ileri tedavi amaçlı ürünler (gen, somatik (bedensel) hücre tedavisi ürünleri), kozmetik ürünler<sup>23</sup>, nütrosötikler (gıda), homeopatikler, tecrübe sonucu insan sağlığına iyi geldiği kabul edilen geleneksel bitkisel tıbbi ürünlerin, tıbbi amaçlı kullanılsalar dahi ilaç kapsamında değerlendirilemeyeceği de savunulmaktadır<sup>24</sup>.

İlaç, hukuki statü itibarıyla orijinal, jenerik, taklit veya sahte olabilir. Uzun araştırma ve klinik çalışmalar sonucunda, belli bir hastalık üzerinde olumlu etki yaptığı kanıtlanmış, patentli bir molekül temeline dayanan ve daha önce de bir benzeri bulunmayan ilaçlar, orijinal ilaçlardır<sup>25</sup>. Orijinal ilaçlar, patent ve markayı

<sup>21</sup> Çakmut, 145; Döner, 382 vd.

<sup>22</sup> Çakmut, 145; Döner, 382. Gıda desteği adı altında piyasaya sürülen bu ürünlerin, ilaç formunda ve ambalajında piyasaya sürülmesine rağmen, ilaçlar gibi piyasaya sürülmesinden önce Sağlık Bakanlığı denetiminden geçirilmeyip, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırıldığı belirtilmektedir. Söz konusu uygulama da, bu ürünlerin kalite ve etkinlik analizlerinin yapılmaması nedeniyle eleştirilmekte ve aslında bu ürünlerin kapsül veya draje şeklindeki bir preperatta bulunması, bunda bir biyoetken maddenin bulunması ve miktarının normal gıdayla sağlanandan çok daha fazla olması halinde aslında ilaç olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Büyükbingöl, 284, 293 vd. Bu uygulama aynı zamanda aslında oldukça tehlikeli ve zararlı ilaçların "gıda" adı altında piyasaya sürülmesine imkan tanınması nedeniyle hem insanların hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli sonuçlara yol açabilecek olması; hem de haksız rekabete yol açabilecek olması gereğiyle de eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Ünver, 410.

<sup>23</sup> İnsan vücuduna sürülen, serpiyen veya sprey şeklinde uygulanan temizleme, güzelleştirme, çekiciliği artırma, nem ve sıcaklık dengesini sağlama veya görüntü değiştirme amaçlı maddeler olan kozmetik ürünlerin, ilaç etkinliği fonksiyonu ve hastalık giderici özellik taşıması gerektiği konusunda bkz. Aycan, 15; Büyükbingöl, 290.

<sup>24</sup> Eren, 283. Benzer şekilde kişilerin yaşamsal faaliyetlerinin ve fizyolojik olaylarının düzenli şekilde idame ettirilmesi için gerekli olan temel yapıtaşlarını içeren ve bu kaynakları dışarıdan sağlayan ürünler olarak isimlendirilen gıdaların ve kozmetik ürünlerinin ilaç sayılamayacağı, bunlar arasındaki sınırın net bir şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Başpınar, 102; Aycan, 16.

<sup>25</sup> Orijinal ilaçlar, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/v maddesinde, etkin madde veya maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış veya izin verilmiş ürün olarak tanımlanmıştır. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, RG 19.01.2005, No: 25705.

düzenleyen yasal hükümler çerçevesinde, patent hakkı kapsamında<sup>26</sup>, patent süresi içinde korunmaktadır. 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 72. maddesinde patent süreleri öngörülmüştür<sup>27</sup>. İşte bu patent süreleri geçtikten sonra, orijinal ilacı üreten firmadan izin almaksızın üretilen, orijinal ilaçlarla aynı etken maddeyi, aynı miktarda içeren ve orijinal ilaçla aynı farmasötik şekil ve formülasyonda olan ilaçlar, jenerik ilaçlardır<sup>28</sup>. Orijinal ilaçlar gibi jenerik ilaçların da, piyasaya sunulup satışa çıkartılabilmesi için Sağlık Bakanlığı'ndan ruhsat alınması gerekmektedir<sup>29</sup> 30. Sağlık Bakanlığı 2000 yılından beri jenerik ilaçlara

<sup>26</sup> Patent hakkı, patent sahibinin, patentin konusunu oluşturan buluşunu, belli bir süre rekabetten koruyarak, münhasıran üretmesini, kullanmasını, yararlanmasını veya satmasını sağlayan hak olarak tanımlanabilir. Serap Keskin, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara 2003, Seçkin Yayınevi, 20 vd. Patent hakkının kapsamı, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin, patentten doğan hakkın kapsamı başlıklı 73. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "patent sahibinin, üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak, a) patent konusu ürünün üretilmesini, satılmasını, kullanılmasını veya ithal edilmesini veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulmasını, b) patent konusu olan bir usulün kullanılmasını, c) kullanılmasının yasak olduğu bilinen veya bilinmesi gereken usul patentinin kullanılmasının üçüncü kişiler tarafından başkalarına teklif edilmesini ve d) patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satışa sunulmasını veya kullanılmasını veya ithal edilmesini veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçlar dışında herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulmasını, engelleme hakkı vardır". 24.06.1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG 27.06.1995, No: 22326.

<sup>27</sup> Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 72. maddesine göre, incelenerek verilen patentin süresi başvuru tarihinden itibaren hesaplanan ve uzatılmayan yirmi yıldır. İncelemesiz verilen patentin süresi ise yedi yıldır. İnceleme talebinin yedi yıllık süre içinde yapılması ile inceleme sonucunda patent verilmesine kesin olarak karar verilmesi halinde, patentin süresi, başvuru tarihinden itibaren hesaplanan yirmi yıla tamamlanır. 24.06.1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG 27.06.1995, No: 22326.

<sup>28</sup> Jenerik ilaçlar, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/y maddesinde, etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyodeşerliliği uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlanmış tıbbi ürün olarak tanımlanmıştır. Yine söz konusu tanıma göre, bir etkin maddenin farklı tuzları, esterleri, eterleri, izomerleri, enantiomerleri, izomer karışımları, kompleksleri veya türevleri güvenlik ve/veya etkinlik ile ilgili özellikleri açısından önemli ölçüde farklılık göstermediği sürece aynı etkin madde olarak değerlendirilecektir. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, RG 19.01.2005, No: 25705. Biyoyararlanım, ilacın etkin maddesinin, vücuttaki etki yerinde var olma hızı ve derecesidir. 100 miligramlık bir ilacın 80 miligramının etki edeceği yere ulaşması halinde, ilacın biyoyararlanımının % 80 olduğu kabul edilmektedir. Biyodeşerlilik ise bir jenerik ilacın, orijinal ilaçla aynı etkin maddeyi, aynı miktarda ve aynı farmasötik formda içermesi ve aynı yoldan uygulanır olmasıdır. Aycan, 9.

<sup>29</sup> İlaçların ruhsatlandırılması, 1262 sayılı İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzar Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bu Kanun kapsamına giren ispençiyarı ve tıbbi müstahzarlar, Kanun'un 1. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle ve hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababete müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyarı ve tıbbi müstahzar ismi verilir. Tabip reçetesiyle verilmesi mesrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tefhikan satılır". 08.02.1954 tarihinde 6243 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilen 5. maddeye göre de, "Türkiye'de ispençiyarı ve tıbbi mevut ve müstahzarat imaline ve bu maksatla laboratuvar ve fabrika

ruhsat vermek için, bunların orijinal ilaç ile biyo eşdeğerlik durumunun<sup>31</sup> ispatlanmış

*küşadına Türk tabip, eczacı ve kimyager ve ihtisaslarına taalluk eden maddeler için de veteriner ve diş tabibi bir mesul müdürün mesuliyeti altında hakiki ve hükmi şahıslar salahiyyettedir. / İspençiyari ve tıbbi mevat ve müstahzarların her türlü fenni şartları haiz ve kafi tesisatı muhtevi bir laboratuvar veya fabrikada imali mecburidir. İspençiyari ve tıbbi mevat ve müstahzarat laboratuvar ve fabrikaları Sağlık ve Sosyal Yardım Vekaletinin teftiş ve murakebesine tabidir". İlaçların ruhsatlandırılması için yapılan başvurularda ibraz edilmesi gereken belge ve bilgiler ile ruhsatlandırma şekli ise söz konusu Kanun'un 6 vd. düzenlenmiştir. 6. maddeye göre, "5. maddede zikredilen şartlar dahilinde yapılacak müstahzarların müsaadesini almak için istida ile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine müracaat olunur. Bu istida ile beraber müstahzarlardan beş numune ve cinsi ve miktarı sarih olarak tayin edilmiş olmak şartıyla müstahzarı terkip eden maddeleri bildirir tasdikli bir formül ve müstahzarın ambalajına mahsus kab ve saire tarifname numune ve suretleri gönderilir ve müstahzarın toptan ve perakende satış fiyatları da bildirilir". 6. maddeye göre yapılan başvurunun neticesinde, Kanun'un 7. maddesinde aranan şartların karşılanması halinde, ilaca ruhsat verilmesi öngörülmüştür. 7. maddeye göre, "6. maddede yazılı istida ve numuneler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince tetkik ve tabli edildikçe aşağıda yazılı şartların mevcudiyeti halinde izin verilmesine mütaallik muamele yapılır: A) Müsaade talep eden kimsenin bu kanunla tayin edilmiş olan salahiyyeti haiz olması; B) Tevdi edilen formülün müstahzar halinde ticarete arz edilmesinde fayda bulunması; C) Kullanılmasında sıhhi mahzur bulunmaması; D) Sanata muvafık yapılması ve uzun müddet muhafazası halinde bozulmaya müsait olmaması; E) Tabli ve tetkik neticesinde formülüne uygun ve bildirilen tedavi vasıflarını haiz olması; F) Fiyatının muvafık ve isminin uygun bulunması. / Müstahzarın tabip reçetesiyle veya reçeteye lüzum olmadan serbestçe satılması hususu vekaletçe tayin ve ruhsatnamede zikredilir. Bu kanun mucibince yapılmasına izin verilen müstahzarların isimleri Resmî Gazete ile ilan edilir...". Yurtdışından ithal edilen ilaçların ruhsatlandırılması ise söz konusu Kanun'un 8. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "Ecnebi memleketlerden getirilen istihzarlar için ... dahili müstahzarlar gibi müsaade istihsali zımında istida ile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine müracaat edilir. / Verilen istida ile beraber müstahzarın imal mahalli, Türkiye konsolosluklarınca tasdikli formülleri, tarifnameleri ve mahreci olan memlekette serbest veya reçete ile satılmasına dair müsaade mevcutsa bu müsaadenin tasdikli bir sureti ve beş numune vekaletçe tevdi edilir...". Kanun'un 12. maddesinde de, ruhsatname alındıktan sonra, ancak ilacın piyasaya sürülmesinden önce yapılması gerekenler düzenlenmiştir. Buna göre; "Müstahzarların dış ambalaj kısımları üzerinde ve ambalaj içindeki tarifnamelerde açık ve Türkçe olarak ruhsat sahibinin ve yapıldığı laboratuvarın adı ve adresi, ruhsat numarası ve ilacın nasıl kullanılacağı ve fiyatı yazılı olacak ve terkinde müessir ve zehirli maddeler varsa cins ve miktarları ve vekaletçe lüzum gösterilen hallerde yapıldığı tarih ve göze çaracak surette kayıt ve işaret edilecektir. Yalnız tabip reçetesiyle satılmasına müsaade edildiği takdirde bu busus dahi açık olarak yazılacaktır".*

<sup>30</sup> Türkiye'de ilaçların ruhsat veya izin başvuruları, Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından değerlendirilmektedir. İnceleme sürecinde başvuru konusu orijinal ilaç, güvenlik, etkinlik ve biyoyararlanım açısından incelenmektedir. Başvuru kapsamında beyan edilen dosya içeriği, varsa EMEA (European Medicines Agency) ve FDA (American Food and Drug Administration) onaylı prospektüslerdeki bilgilerle kıyaslanmakta; ilacın fiyatının da belirlenmesinin ardından yasal prosedürler de tamamlanarak ilacın piyasaya sürülmesine izin verilmektedir. Jenerik ilaçlar bakımından ise daha kısa bir izin prosedürü takip edilerek, ilaca orijinal ilaçla biyo eşdeğerliliği kanıtlandıktan ve fiyatı tespit edildikten sonra izin veya ruhsat verilmektedir. Cumhuriyet Hatipoğlu, İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında AR-GE/İzin Sürecindeki İlaçlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 92, Ankara 2008, 8.

<sup>31</sup> Biyo eşdeğerlik, aynı veya benzer farmasötik şekle sahip jenerik ilaç ile orijinal ilacın eşdeğer etkilerle sahip olmasıdır. İlaçların disintegrasyon ve dissolüsyon testleri ile genellikle 24 sağlıklı gönüllü üzerinde maksimum plazma konsantrasyonuna ulaşma zamanları, maksimum plazma konsantrasyonları ve ilaçların plazma konsantrasyonu – zaman eğrisi altında kalan alanları karşılaştırılarak, biyo eşdeğerliliği gösterilmeye çalışılır. Öner Süzer, "Biyo eşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar", [http://www.ctf.edu.tr/farma/onersuzer/pdf/biyoedesgerlik\\_seminer.pdf](http://www.ctf.edu.tr/farma/onersuzer/pdf/biyoedesgerlik_seminer.pdf), (Erişim Tarihi: 10.12.2012).

olmasını aramaktadır<sup>32</sup>. Bununla birlikte taklit ilaç, orijinal ilacın patent yani koruma süresi dolmadan piyasaya sürülen ve orijinal ilaçla aynı etkiye sahip olan ilaçlardır. Görüldüğü gibi, taklit ilaç da jenerik ilaç gibi, orijinal ilaç ile biyoeşdeğerliğe sahiptir. Ancak taklit ilaç, orijinal ilacın patent süresi dolmadan piyasaya sürüldüğü gibi, orijinal ilaçla biyoeşdeğerliği de Sağlık Bakanlığı denetiminden geçmemektedir. Dolayısıyla jenerik ilaç, ruhsatlandırılmış ve hukuka uygun iken; taklit ilaç, hukuka aykırıdır. Öte yandan etiketinde yazılı olandan farklı maddeler veya farklı miktarlar içeren ya da aktif bileşenleri içeriğinde barındırmayan yahut sahte etiket yapıştirilmiş ürünler ise sahte ilaçlardır. Sahte ilaçlarda hiçbir hastalığa karşı etkili olmayan talaş, mısır unu, kahve ve su benzeri maddeler kullanılmakta ve bu ilaçlar, hastalarda mevcut hastalıkları tedavi etmediklerinden ya da hastalığın gelişimini durdurmadıklarından veya sağlıklı bireyleri hastalıklardan korumadıklarından, insan hayatı ve sağlığı için tehlike arz etmektedirler<sup>33</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda ilaçlar, hukuki anlamda orijinal, jenerik, taklit ve sahte ilaç şeklinde sınıflandırılmakla birlikte, Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'in 4/c maddesinde getirilen ve yukarıda aktarılan tanım doğrultusunda hastalıkta korunma, teşhis, tedavi veya vücudun herhangi bir fonksiyonunu düzenlemek, düzeltmek, değiştirmek veya vücudun genel sağlık durumunu korumak amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunun ilaç sayılması için, söz konusu Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı'ndan ruhsat alması gerekmekte midir? Çalışma içerisinde belirtildiği üzere, Sağlık Bakanlığı denetiminden geçerek ruhsat alan madde veya maddeler kombinasyonu, orijinal ve jenerik ilaçlardır. Taklit ve sahte ilaçların ise Bakanlık denetiminden geçmesi ve dolayısıyla ruhsatlandırılması söz konusu olmamaktadır. Ancak bu durum, taklit ve sahte ilaçların TCK'nın 187. maddesi anlamında ilaç sayılmasına engel teşkil etmez. Zira 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 19. maddesine göre, "*Ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu suretle imal edilen müstahzarları bilerek satan, satılığa arzeden veya sattıranlar müstahzar imaline salahiyyet sahibi oldukları takdirde 50*

<sup>32</sup> Sağlık Bakanlığı'nın jenerik ilaçların ruhsatlandırılmasında göz önünde bulundurduğu, biyoeşdeğerlik çalışmaları, uluslararası alanda akredite olmuş kuruluşlar tarafından, İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu (Good Clinical Practice / GCP) ve İyi Laboratuvar Uygulamaları Kılavuzu (Good Laboratory Practice / GLP)'nda kabul görmüş kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Süzer, "Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar", [http://www.ctf.edu.tr/farma/onersuzer/pdf/biooesdegerlik\\_seminer.pdf](http://www.ctf.edu.tr/farma/onersuzer/pdf/biooesdegerlik_seminer.pdf), (Erişim Tarihi: 10.12.2012).

<sup>33</sup> Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) tespitlerine göre dünyadaki ilaçların % 7'si sahtedir ve bu sahte ilaçlar, yılda 30 milyar dolardan fazla bir pazar oluşturmaktadır. Sahte ilaçların oranı, gelişmekte olan ülkelerde % 50'lere ulaşırken, bu oran Afrika'da % 80'lere kadar çıkmaktadır. Ferda Göçener, "Dünya Sağlık Örgütü, Sahte İlaçlar ve İnternet", [http://www.havanhaber.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=182:duyuya-salk-oerguetue-sahte-ilaclar-ve-internet&catid=38:eczacinin-gundemi&Itemid=97](http://www.havanhaber.org/index.php?option=com_content&view=article&id=182:duyuya-salk-oerguetue-sahte-ilaclar-ve-internet&catid=38:eczacinin-gundemi&Itemid=97), (Erişim Tarihi: 10.12.2012); "DSÖ: Yoksul Ülkelerdeki İlaçların % 20'i Sahte", <http://www.medikalakademi.com.tr/index.php/medyadan/2243-dso-sahte-ilac>, (Erişim Tarihi: 10.12.2012).



*liradan 200 liraya kadar ve müstahzar imaline salabiyet sahibi olmadıkları takdirde 200 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu müstahzarlar kendilerine atfedilen tedavi vasıflarını haiz olmadığı veya bu vasıfları azaltacak veya kaybedecek şekilde veya saf olmıyan maddelerden imal edildiği anlaşıldığı takdirde 18. maddede yazılı ceza tatbik olunur. Memleket dışında yapılmış müstahzarları ruhsatsız olarak ticaret kasdiyle ithal etmek veya bunları bilerek satmak veya satılığa arz etmek veya sattırmak kaçakçılıktır. Bu fıkırada yazılı suçları işleyenler hakkında 1918 sayılı kanun hükümleri tatbik olunur*". Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, madde veya maddeler kombinasyonu, Bakanlık denetiminden geçip ruhsatlandırılmamış olmakla birlikte, kanun koyucu tarafından tıbbi müstahzar dolayısıyla ilaç sayılmaya devam etmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu madde veya madde kombinasyonunun, ilaç sayılabilmesi için, Sağlık Bakanlığı ruhsatnamesinin varlığının, ilaç kavramının kapsamının belirlenmesinde bir şekil şartı olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Dolayısıyla Sağlık Bakanlığı denetiminden geçmeyen ve ruhsatlandırılmayan taklit ve sahte ilaçlar da, İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun düzenlemesi doğrultusunda ilaç yani ispençiyari ve tıbbi müstahzar sayılmaktadır.

İlaçlar hukuki anlamda orijinal, jenerik, taklit ve sahte ilaç olarak sınıflandırılmakla birlikte, Bakanlık denetiminden geçmeksizin piyasaya sürülen yani ruhsatlandırılmayan ilaçlar, Amerika Birleşik Devletleri'nde doğrudan taklit veya sahte ilaç olarak isimlendirilmemekte; bu tür ilaçlara "off-label" ilaç<sup>34</sup> denilmektedir. Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde hekimler tarafından reçetelere yazılan ilaçların beşte birinin, Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (Food and Drug Administration / FDA) onayından geçmeyen bu off-label ilaçlar olduğu belirtilmektedir. Bu tür ilaçlar genellikle yine FDA tarafından hastalık olarak onaylanmayan hastalıkların tedavisinde kullanılmakta ve hem hastalık, hem de bu hastalığın tedavisinde kullanılan ilaç, FDA tarafından onaylanmadığından bu ilacı kullanan kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından ciddi tehlike oluşturduğu belirtilmektedir<sup>35</sup>.

## 2. Suçun Maddi Konusunu Teşkil Eden İlaçlar

İlaç kavramı başlığı altında yapılan açıklamalar ve ilacın tanımı doğrultusunda, hayvan ve hatta bitkilerin iyileştirilmesi ve korunması için kullanılan madde ve maddeler kombinasyonlarının da, ilaç olarak değerlendirilmesi mümkündür.

<sup>34</sup> "Off-label" ilaçlar, sadece FDA denetiminden geçmeksizin piyasaya sürülen ilaçlar karşılığı kullanılan bir kavram değildir. FDA denetiminden geçerek onay aldıktan sonra piyasaya sürülen bir ilacın, prospektüsünde belirtilen hastalık dışında bir hastalığın tedavisinde kullanılması halinde, yani "endikasyon dışı kullanım" halinde de ilaç, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Endikasyon dışı ilaç kullanımı kavramının tanımı, kapsamı ve koşulları için bknz. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Kılavuzu, [http://www.ieg.gov.tr/Default.aspx?sayfa=iegm\\_mevzuat&thelawtype=6&thelawId=142](http://www.ieg.gov.tr/Default.aspx?sayfa=iegm_mevzuat&thelawtype=6&thelawId=142) , (Erişim Tarihi: 03.12.2012).

<sup>35</sup> İsmail Tokalak, Dünyada Gıda ve İlaç Terörü, Gülerboy Ltd. Yayıncılık, 1. Basım, İstanbul 2010, 227.

Ancak TCK'nın 187. maddesi anlamında bir ilacın suçun konusunu teşkil etmesi için, insanların hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması yani insan kullanımını için üretilmiş olması gerekmektedir<sup>36</sup>.

Yine bu açıklamalar doğrultusunda, TCK'nın 187. maddesi anlamında, kişilerin hayatını veya sağlığını tehlikeye sokacak biçimde yapılması veya satılması suç haline getirilen ilaçların, sadece Sağlık Bakanlığı denetiminden geçmeyen ve ruhsatlandırılmayan sahte ilaçlar olduğu düşünülebilir. Sahte ilaçlar, hastalarda mevcut hastalığı tedavi edici ya da hastalığın gelişimini durdurucu veya sağlıklı bireyleri hastalıklardan koruyucu bir içeriğe veya etkileşime sahip değildirler. Oysa ilaçlar, en geniş şekliyle, bireyleri hastalıklardan korumaya ya da hastalığa yakalanmış bir kimsenin hastalığını tedavi etmeye veya hastalığın gelişimini durdurmaya yönelik ürünlerdir. Bu tanım doğrultusunda sahte ilaçların, ilaç kavramı kapsamında değerlendirilmesi, çok da yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Bununla birlikte sahte ilaç kavramı da, tıpkı orijinal, jenerik ve taklit ilaç kavramları gibi o ürünün içeriğinden çok, hukuki konumunu belirlemeye yönelik olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla sahte ilaçlar, hastalığı iyileştirici ya da hafifletici veya önleyici bir etkiye sahip olmalarına rağmen TCK'nın 187. maddesi anlamında suçun konusunu teşkil eden ilaç olarak değerlendirilebilecektir. Bu ilaçları yapan veya satanlar da sahte ilacın bu durumunu bildiklerinden, bunların yapılması veya satılması, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu kapsamında değerlendirilecektir.

Sahte ilaçların, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun konusunu teşkil edebileceği tespitinden sonra orijinal, jenerik ve taklit ilaçların, bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu üzerinde de durulmalıdır. Söz konusu ilaçlar, ilaç kavramı başlığı altında da açıklandığı üzere, hastalığı tedavi edici veya gelişimini durdurucu ya da hastalıklardan koruyucu bir içeriğe veya etkileşime sahip olduklarından, bunların kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokmak amacıyla yapılması ya da satılmasının söz konusu olmayacağı; bu nedenle de bu ilaçların bu suçun konusunu teşkil etmeyeceği düşünülebilir. Hatta aksi yönde yapılacak değerlendirmelerin, bir hastalığı tedavi etmek veya gelişimini durdurmak ya da sağlıklı bireyleri korumak amacıyla üretilen ilaçları suç konusu haline getireceği, bunun da maddenin konuluş amacına aykırı olacağı ve bilimsel gelişimi engelleyici bir nitelik arz edeceği dahi söylenebilir. Ancak orijinal veya jenerik ilaçlar hastalıkların tedavisi, teşhisi veya önlenmesi amacıyla ve Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırıldıktan sonra piyasaya sürülmesine rağmen, bu ilaçların da kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli sonuçlara yol açması mümkündür<sup>37</sup>. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde her yıl orta-

<sup>36</sup> Ünver, 389; Cahid Doğan, "İlaç Kullanımından Ortaya Çıkan Zararlardan Cezai Sorumluluk", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009, 446.

<sup>37</sup> Örneğin Dünyada çok yaygın şekilde kullanılan ve en güvenlilerden olduğu kabul edilen ilaçlardan

lama 100 bin kişinin, reçeteli ilaçların kullanımı sonucunda hayatını kaybettiği belirtilmektedir<sup>38</sup>. Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde, reçete ile alınıp kullanılan ilaçların, illegal yoldan satılan ilaçlar, esrar, eroin gibi uyuşturucular ve kokain gibi uyarıcıların toplamından kaynaklanan ölümlerin üç katı daha fazla sayıda insanın ölümüne neden olduğu, 2008 yılında Florida Medikal Araştırma Komisyonu'nun (Florida Medical Examiners Commission) yaptığı araştırma sonucunda tespit edilmiştir<sup>39</sup>.

Bu doğrultuda ilaç, hukuken sahte ilaç değil; orijinal ya da jenerik ilaç konumunda olmasına rağmen prospektüsünde belirtilen hastalıkları iyileştirmiyorsa ya da bu ilacı kullanan kişilerde iyileştirdiğini iddia ettiği hastalığa bizzat neden oluyorsa bu halde ilaç, orijinal ya da jenerik olmasına rağmen, kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri'nde Pfizer firması tarafından piyasaya sürülmüş bulunan Neurontin ilacının, manik depresyon hastaları üzerindeki etkisi 1998 yılında Bipolar (manik depresyon) Araştırma Programı tarafından incelenmiş ve bilimsel araştırma sonuçlarına göre iyileştirici etkisinin, plasebo<sup>40</sup> ka-

---

bir tanesi olan Aspirin'in prospektüsünde şu uyarılar yer almaktadır: "Aspirin bazen hazımsızlık, baş dönmesi, kusmaya neden olabilir. Nefes alma zorluğu, deride kaşıntı, şişkinlik, yumru, burun akması, dudakta, ağızda, yüzde şişme gibi alerjik reaksiyonlar, nadir olarak karaciğerde problem, eğer böbreklerinizde bir problem varsa eklemlerinizde şişme göreceksiniz. Daha evvel mide ülseri geçirenler, karaciğer ve böbrek hastalığı olanların, kanında pıhtılaşma sorunu ve hemofili hastası olanların, hamile hanımların, süt annelerinin Aspirin alması tavsiye edilmez". Tokalak, 228 vd. Alman Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre de her yıl yüzlerce kişi, Aspirin'in neden olduğu iç kanamalar yüzünden hayatını kaybetmektedir. M. Fadıl Yıldırım, "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 20. Bu konudaki bir diğer örnek de, GlaxoSmithKline tarafından geliştirilmiş olan ve İngiltere'de Seroxat; Amerika Birleşik Devletleri'nde ise Paxil adıyla piyasaya sürülen antidepresan ilaçtır. 1993 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde satışa sunulan ilacın, 2009 yılına gelindiğinde özellikle onsekiz yaş altı çocuklarda intihar eğilimini artırdığı, kullananlarda başışıklık geliştirdiği ve sakat doğumlara neden olduğu tespit edilmiştir. Jef Feeley / Margaret Cronin Fisk, "Glaxo Said to Have Paid \$ 1 Billion in Paxil Suits", Bloomberg News, 14.12.2009, www.bloomberg.com; aktaran; Tokalak, 257; Ray Moynihan/ Alan Cassels, Satılık Hastalıklar, Hayykitap, 2. Baskı, İstanbul 2006, 142. Benzer şekilde Bayer firmasının "statin" ile bağlantılı ilacı olan Baycol, 2001 yılında bu ilacı kullanan 31 hastanın ölmesi nedeniyle piyasadan çekilmiştir. Tokalak, 288. Yine Baxter firmasının ürettiği kan sulandırıcı Heparin ilacından, Ocak 2007'den itibaren 81 hastanın hayatını kaybetmesi nedeniyle, ilaç piyasadan çekilmiştir. Tokalak, 328.

<sup>38</sup> Tokalak, 23, 202, 210. Bir başka rapora göre de, her yıl en az 770 bin kişinin ilaçların yan etkileri sonucunda zarar gördüğü belirtilmektedir. Yine Alman Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre her yıl yaklaşık 1.500 kişi romatizma ilaçları yüzünden hayatını kaybetmektedir. Yıldırım, 20.

<sup>39</sup> Tokalak, 202.

<sup>40</sup> Plasebo, ilaç görünümünde olup, fiziksel, kimyasal ya da farmakolojik bir etkisi olmayan ancak kullanan kişiye böyle bir etkisinin olduğu söylenen maddelerdir. Plasebolar tıpta en yaygın olarak yeni ilaç ya da tıbbi yöntemlerin etkinlik araştırmalarında kullanılmaktadır. "Plasebo nedir ve nasıl işe yarar?", <http://www.sadecebilim.com/index.php/plasebo-nedir-ve-nasil-ise-yarar/>, (Erişim Tarihi: 27.12.2012).

dar bile olmadığı tespit edilmiştir. Yine söz konusu ilaç ve benzer antidepresanların cinsel problemlerden ilaç bağımlılığına, reaksiyonlardan gençler arasında intihar eğiliminin artmasına kadar geniş bir yelpazeye yayılmış yan etkilerinin<sup>41</sup> olduğu görülmüştür. Oysa bu tür ilaçlar pazarlanırken, genç bir insandaki depresyona müdahale edilmediği takdirde sonucunun intihar olabileceği hususu üzerinde fazlasıyla durulmuştu<sup>42</sup>. Benzeri bir durum, menepozun tedavisi olarak piyasaya sürülen “hormon replasman tedavisi”nde de yaşandı. Menepozdan sonra kadınları beklediği söylenen alzheimer, kalp krizi, kolon kanseri, katarakt, diş kaybı, gece ter basması, vajinal kuruluk, kemik kırılmaları gibi sağlık sorunlarından bazılarını bu sorunları tedavi edeceği iddia edilen “uzun süreli hormon replasman tedavisinin” kendisinin sebep olduğu görüldü. Hormon replasman tedavisinin uzun vadeli kullanılmasıyla ilgili devlet desteğinde yapılan geniş çaplı araştırma, bu tedavinin kalp krizi, inme, kan pıhtılaşması ve meme kanseri riskini artırdığını ortaya koydu. Yine yapılan çalışmalarda, ilaçların, daha yaşlı kadınlar arasında beş yıl içerisinde “muhtemel bunama riski”ni % 1’den % 2’ye yükselterek, iki katına çıkardığı; dolayısıyla alzheimeri önlemek yerine artırdığı görüldü<sup>43</sup>. Bir başka örnek de “irritabl bağırsak sendromu” (IBS) hastalığına sahip kadınların tedavisinde kullanılması FDA tarafından onaylanan Lotronex ilacıdır. Bu ilacın kullanılmasından sonra hastalardan gelen şikayetler üzerine hazırlanan “Olumsuz Gelişme Raporları”nda<sup>44</sup>, ağır kabızlık ve “iskemik kolit”<sup>45</sup> olmak üzere iki yan etkinin ortaya çıktığı tespit edildi. İlacın

<sup>41</sup> İlaçların, istenilen tedaviye yönelik esas etkilerinin yanında veya bunların yerine, çeşitli faktörlerin etkisiyle insan organizması üzerinde ortaya çıkan istenmeyen etkilere, yan etki denilmektedir. İlacın yan etkileri itibarıyla kişinin hayati organlarını etkileyerek, hayati tehlike geçirmesine, uzuv veya organ kaybına ya da kişinin hayatını kaybetmesine neden olan etkileri, ağır yan etkiler olarak isimlendirilmektedir. Bununla birlikte bazı yan etkiler ise bu kadar ağır sonuç doğurmamakla birlikte, ilacın kullanımının bırakılmasına veya karşı ilaç tedavisi veya hastanede uygulanacak bir tedavi mecburiyeti ortaya çıkarmaktadır. Bazı hallerde ise yan etkinin giderilmesi amacıyla kullanılan ilacın bırakılması dahil, başka bir ilaç veya hastane tedavisi gerekli görülmemektedir. Bunlara ise ilacın hafif yan etkileri denilmektedir. Yine ilaçların yan etkilerinin ortaya çıkış zaman ve şekilleri de farklılık göstermektedir. Buna göre; yan etkiler ilaç kullanılırken ortaya çıkabileceği gibi, ilaç kullanıldıktan ve üzerinden kısa ya da uzun bir zaman dilimi geçtikten sonra da ortaya çıkabilir. Başpınar, 87 vd. İlacın yan etkileri bakımından yapılan genel yan etkiler, özel yan etkiler, alerjik reaksiyonlar, dayanıksızlık reaksiyonları ve idiosenkrazi ayırımı ve ayrıntıları için bkzn. Aydın Erenmemişoğlu, “İlacın Yan Etkileri ve Kabul Edilebilir Yan Etki”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözgen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 135 vd.

<sup>42</sup> Tokalak, 267; Moynihan / Cassels, 43. 2004 yılında Pfizer firması, söz konusu ilacın neden olduğu ölümler ve hastalıklardan dolayı açılan davalar sonucunda 430 milyon dolar tazminat ödemiştir. Tokalak, 271.

<sup>43</sup> Moynihan / Cassels, 59, 60 vd., 67, 72.

<sup>44</sup> Bu raporlar, bir ilacı kullanan kişilerin karşılaştıkları komplikasyonları tanımlar ve hekimler ve ilaç şirketi çalışanları tarafından hazırlanır. Moynihan / Cassels, 164.

<sup>45</sup> Ağır kabızlık vakıalarında, ilacı kullanan kişilerin dışkılarının vücutlarının içinde katılaşması sonucunda bağırsak duvarları delinerek vücut içinde ölümcül olabilecek iltihaplar oluşur. İskemik kolitte ise durum, bağırsaklarda yaşanan bir kalp krizine benzer ve bağırsak duvarında kan akışının durmasına neden olur. Moynihan / Cassels, 164.

piyasaya sürülmesinden altı ay kadar sonra 2000 yılının Sonbahar aylarında, ilacın bu yan etkilerinden ölümlerin meydana geldiğine dair raporlar gelmeye başladı; ardından yani ilaç, piyasaya sürüldükten yaklaşık bir yıl sonra firmanın kendisi tarafından gönüllü olarak piyasadan çekildi<sup>46</sup>.

Hatta özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalar ve en son dünya çapında yaşanan bir krize dönüşen “domuz gribi” vakıası, ilaç şirketlerinin kimi zaman Dünya Sağlık Örgütü (WHO) gibi uluslararası süljeleri de arkalarına alarak, yeni hastalıklar yarattıklarını ve ardından o hastalığı tedavi ettiğini iddia ettikleri ilaçları piyasaya sürdüklerini de göstermiştir. “Bir hastalığın markalaştırılması” olarak isimlendirilen süreç, bir reklam veya halkla ilişkiler uzmanının gözetiminde, az bilinen bir hastalığa dikkat çekilmesi; eski bir hastalığın yeniden tanımlanarak o hastalığa yeni isim verilmesi ya da yepyeni bir hastalığın türetilmesi şeklinde ilaç şirketleri tarafından yürütülen bir süreçtir. “Eretil işlev bozukluğu”, “yetişkin dikkat eksikliği sendromu” ve “regl öncesi disforik bozukluk” gibi isimler verilen bu hastalıkların, reklam ve halkla ilişkiler piyasası ile ilaç üreticilerinin ortak çalışmasının sonucu olarak “türetilmiş hastalıklar” olduğu uzmanlar tarafından belirtilmektedir<sup>47</sup>. Yine ilaç şirketleri tarafından yürütülen bu çalışmalar sonucunda şirketlerin milyarlarca dolarlık kazanç elde etmeleri amaçlanmaktadır<sup>48</sup>.

Öte yandan suçun konusunu oluşturan ilaçlar, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte olan ilaçlardır. Dolayısıyla yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda hukuki statüsü ne olursa olsun bir ilacın, suçun konusunu teşkil edebilmesi için kişilerin hem sağlığı, hem de hayatı bakımından tehlike yaratabilecek nitelikte olması aranmaktadır. Kişilerin hayatını tehlikeye sokabilecek ilaçların, nitelikleri gereği o ilacı kullanan kişilerin sağlığını da tehlikeye sokabileceği ortadadır. Ancak kişilerin sağlığı bakımından tehlike yaratabilecek nitelikte olan her ilaç, doğrudan o kişinin hayatını tehlikeye sokacak nitelikte olmayabilir. Bu halde yani ilacın kişilerin sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte olmasına rağmen, kişilerin hayatları bakımından tehlike yaratacak nitelikte olmaması halinde söz konusu ilacın madde kapsamında değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır. Çünkü kanun koyucu, söz konusu ilaç ile kişilerin hem hayatının, hem de sağlığı-

<sup>46</sup> Moynihan / Cassels, 165, 167 vd.

<sup>47</sup> Bu hastalıklardan bir tanesi olan “dikkat eksikliği sendromu” konusunda uzmanlar, hastalığın tanımının belirsiz olduğunu, teşhisi sağlayacak güvenilir tıbbi test bulunmadığını ve biyolojik olarak belirlenen güçlü kanıtlar olmadığını söyleyerek, bu durumun zihinsel bir hastalık olarak kabul edilmesine karşı çıkmaktadırlar. Benzer şekilde “regl öncesi disforik bozukluk” (PMDD) olarak isimlendirilen hastalık, Amerika Birleşik Devletleri'nde FDA tarafından kabul edilmiş ve Prozac ve benzer antidepresanların hastalığın tedavisinde kullanılması onaylanmakla birlikte, dünyanın diğer yerlerinde ve Dünya Sağlık Örgütü'nün Uluslararası Hastalık Kategorileri'nde ayrı bir hastalık olarak listelenmemiştir. Uzmanlar da bu hastalık bakımından getirilen tanımın çok muğlak olduğunu, geçerli bir teşhisinin olmadığını ve her kadının kendi deneyiminden hastalıkla ilgili bir şeyler bulabileceğini söyleyerek eleştirmektedirler. Moynihan / Cassels, 78, 83 vd., 112, 118, 121.

<sup>48</sup> Moynihan / Cassels, 11, 12, 46.

nın tehlikeye maruz kalmasını birlikte aramış ve bu yöndeki iradesini madde metninde “ve” bağlacını kullanarak ortaya koymuştur. Ancak bu düzenleme, kişilerin sadece sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte ilaçların yapılması veya satılması fiillerinin cezasız kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla madde metninde değişikliğe gidilerek, “ve” bağlacının “veya” bağlacına dönüştürülmesi gerekmektedir.

#### **IV. Suçla Korunan Hukuki Değer**

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, Türk Ceza Kanunu'nun Toplum Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısmı'nın Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Başlıklı Üçüncü Bölüm'ünde düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu suçla korunan hukuki değer, kamunun sağlığıdır. Devletlerin, toplumlarını oluşturan bireylerin yaşam ve sağlık haklarını koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın da 17. maddesinde, herkesin, yaşama ve maddi ve manevi varlığını geliştirme; 56. maddesinde de herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Yine 56. maddenin 3. fıkrasında, devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla Anayasa'nın 56. maddesinde getirilen bu düzenleme ile devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür<sup>49</sup>.

Söz konusu suç kapsamına giren ilaçların yapılması veya satılması ile bu ilaçlar, bireylerin ve kamunun kullanımına hazır hale getirilmektedir. Bu ilaçların kullanılması halinde de, bu ilaçları kullanan kişilerin sağlıklarını kaybetme riski ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu ilaçların satışa sunulması ile birlikte önceden tespiti mümkün olmayan belirsiz sayıda kişilerin bu ilaçlara ulaşarak hayatlarını kaybetme ve sağlıklarının bozulması tehlikesi söz konusu olmaktadır. Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçlarının, kamunun sağlığına karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmesinin nedeni de mağdurlarının belirsiz olmasıdır<sup>50</sup>.

Öte yandan burada toplum bu nitelikteki fiillerin işlendiğinden ve bu fiillerden kaynaklanan ya da kaynaklanabilecek olan tehlikelerden daha önceden haberdar olmadığından, bu fiillerden korunmak amacıyla önceden önlem alamamakta ya da aldığı önlemler çok sınırlı kalmaktadır. Yine bu fiiller ile bu fiilleri gerçekleştiren kişilerin aşırı kazanç elde etme imkânının bulunması ve teknolojide yaşanan geliş-

<sup>49</sup> Çakmut, 144.

<sup>50</sup> Erman/Özek, 174; Hamide Zafer, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 188)”, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No: 2, Marmara Üniversitesi, 01.06.2007, 105; Çakmut, 144; Döner, 381.

meler ile fiillerin işlenmesinin kolaylaşması, kanun koyucunun toplumu korumak amacıyla bu nitelikteki fiilleri TCK'nın 187. maddesinde suç olarak düzenlemesi sonucunu doğurmuştur<sup>51</sup>.

## V. Suçun Faili

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunda, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan "kimse"den söz edilmektedir. Dolayısıyla suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmadığından, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretme veya satma suçunun faili herkes olabilir<sup>52</sup>. Ancak failin, tabip veya eczacı ya da resmi izne dayalı olarak bir meslek ve sanatı icra eden kişi olması, kanun koyucu tarafından cezayı ağırlaştıran bir neden olarak kabul edilmiştir (TCK m.187/2). Dolayısıyla TCK'nın 187. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda söz konusu suç, görünüşte (gerçek olmayan) bir özgü suçtur<sup>53</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen suç kapsamında, resmi izne dayalı olarak bir meslek ve sanatı icra eden kişiler, hekim, diş hekimleri ve eczacılardır<sup>54</sup>. Dolayısıyla 187. madde metninde suçun hekim veya eczacılar tarafından işlenmesi halinde cezanın artırılacağına düzenlenmesi, bu kişiler aynı zamanda resmi izne dayalı olarak bir meslek veya sanatı icra eden kişiler olduklarından, bir tekrar niteliğindedir<sup>55</sup>.

Öte yandan suçun konusu başlığı altında, Sağlık Bakanlığı denetiminden geçerek ruhsat aldıktan sonra piyasaya sürülen orijinal ve jenerik ilaçların da bu suçun konusunu teşkil edebileceği hususu tespit edilmişti. Bu doğrultuda bu ilaçların kul-

<sup>51</sup> Döner, 381 vd.

<sup>52</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 397. maddesinde düzenlenmekteydi. Söz konusu düzenlemeye göre, tıbbi maddeleri satmaya yetkili olup da, bunları nevi ve miktar itibarıyla hekim reçetelerinin münderecatına aykırı olarak yapan kimse, altı aydan bir yıla kadar hapis ve onbin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılıyordu. Dolayısıyla 765 sayılı TCK'nın 397. maddesinde düzenlenen reçeteye aykırı ilaç yapma suçu, sadece tıbbi maddeleri satmaya yetkili kişiler tarafından işlenebilen özgü suç niteliğindedir.

<sup>53</sup> Herkes tarafından işlenebilen bir suçun, belirli özelliklere sahip bir kimse tarafından işlenmesinin suçu nitelikli hale getirdiği durumlarda, bu tip suçlara görünüşte (gerçek olmayan) özgü suç denildiği konusunda bkzn. Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Ders Kitabı, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul 2011, 136.

<sup>54</sup> Erman/Özek, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, 195. Resmi izne dayalı olarak bir meslek ve sanatı icra eden kişiler olan hemşireler, ebeler, sağlık personelleri ve diş teknisyenlerinin neden bu kapsamda değerlendirilmediği konusu üzerinde ilerleyen bölümlerde suçu ağırlaştıran nedenler başlığı altında durulacaktır.

<sup>55</sup> Karşı görüş için bkzn. Ünver, 402.

lanımı sonucunda kişilerin hayatı ve sağlığının zarar görmesi halinde, ilaç üreticisinin meydana gelen bu zararlardan tazminat sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusu üzerinde de durulmalıdır. Bu konuda, öğreti ve uygulamada görüş farklılığı bulunmaktadır. İlacın, Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmış olmasının, ilaç üreticisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ileri sürüldüğü gibi, Sağlık Bakanlığı'nın ruhsatlandırma prosedürü esnasında yaptığı ayrıntılı incelemeler sonucunda verilen ruhsatın, ilacı artık hukuka uygun hale getirdiği ve bu ruhsata esas teşkil eden belge ve içeriğe uygun üretilen ilacın kullanımından kaynaklanan zararlarda, ilaç üreticisinin sorumlu tutulamayacağı da belirtilmektedir. Amerikan Hukuku uygulamasında da, FDA tarafından onaylanmış, düzgün, doğru şekilde bileşimi hazırlanmış, paketlenmiş ve dağıtılmış ilaçların, hukuken eksik sayılmayacağı; dolayısıyla bu ilaçların kullanılmasından kaynaklanan zararlardan ilaç üreticisinin sorumlu tutulamayacağına hükmedilmiştir.<sup>56</sup>

İlaç kullanımından kaynaklanan zararlardan sorumluluk konusunda öğretilerde görüş farklılığı bulunmakla birlikte, ilaç üreticilerinin kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçundan sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusu üzerinde de durulmalıdır. İlaç üreticisinin piyasaya sürdüğü ilacın, kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olduğunun anlaşılması ya da ilacın Sağlık Bakanlığı'nın ilgili prosedüründen geçerek ruhsatlandırılmasından önce piyasaya sürüldüğünün veya ruhsat aldığı şekil veya dozajın dışında pazarlandığının tespit edilmesi mümkündür.<sup>57</sup> Ancak söz konusu suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi konusunda, TCK'nın 187. maddesinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu halde söz konusu ilaç firmasının yöneticilerinin kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçundan sorumluluğuna gidilecektir. Ancak tüzel kişi olarak ilaç fir-

<sup>56</sup> Schaerrer v. Stewart's Plaza Pharm, Inc., 2003; aktaran; Hakan Hakeri, "İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sepozyumu, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Yener Ünver/ Ali Kemal Yıldız/ Onur Özcan, İstanbul 2008, 144. Amerika Birleşik Devletleri'nde FDA, sadece ilaç ve gıdaya değil, medikal aletlere de piyasaya sürülmesinden önce onay vermektedir. İlaçlar bakımından FDA onayının bulunması, ilaç üreticisinin sorumluluğunu kaldırırken; 2009 yılında kabul edilen Medikal Aletler Güvenlik Kanunu ( Medical Device Safety Act, 2009 HR 1346) ile FDA'nın onayı olsun ya da olmasın medikal alet üreten firmaların mahkemeye verilmesine imkan tanımıştır. Jacob Goldstein, "Supremes Set Different Rules for Suing Device, Drug Makers", The Wall Street Journal, 04.03.2009, www.wsj.com/health; aktaran, Tokalak, 205.

<sup>57</sup> Örneğin 2005 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde, Pfizer firmasının Bextra isimli ilacı, 2001 yılında kireçlenme veya eklem iltihabı ve kadınların regl dönemi ağrıları için FDA tarafından onaylanmıştı. Ancak söz konusu ilaç, akut ağrıların giderilmesi için onaylanmamıştı. Bununla birlikte, Bextra'nın yüksek dozda kullanılmasının tehlikeli olmasına, genel ağrı kesici olarak onaylanmamasına ve ilaç böbrek, deri ve kalp hastalığını tetikleme riski taşımasına rağmen, Pfizer'ın satış elemanlarına bu ilacın genel ağrı kesici olduğunu bildirdiği ve onaylanmış dozun üzerinde hastalara verilmesini tavsiye ettiği tespit edilmişti. Tokalak, 226.



ması hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirine başvurulabilmesi söz konusu olamayacaktır<sup>58</sup>.

## VI. Suçun Mağduru

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun mağduru, söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nın 187. maddesinde "kişiler" ifadesi kullanıldığından herkes olabilir. Ancak bu suçun işlenmesi ile belli bir veya birkaç kişinin değil, önceden belirlenmesi mümkün olmayan kişilerin hayatı ve sağlığı tehlikeye atıldığından ve bu suç, kamunun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğinden, kamu da bu suçun mağduru olarak kabul edilebilir.

## VII. Suçun Unsurları

### 1. Maddi Unsur

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun maddi unsuru, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretmek veya satmaktır. Söz konusu suç, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilacın üretilmesi veya satılması ile gerçekleşecek, seçimlik hareketli bir suçtur. Bununla birlikte, kanun koyucu, 187. maddenin başlığında, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma kavramını kullanırken, madde metninde kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretme kavramını kullanmıştır. Dolayısıyla TCK'nın 187. maddesinde, kavram birliği sağlanamamıştır. Ancak bu durum, maddenin amacı ve kapsamı bakımından bir farklılık da yaratmamaktadır. Çünkü söz konusu düzenleme ile ifade edilmek istenen, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilacın yapılması, yaratılması, meydana getirilmesi yani üretilmesidir<sup>59</sup>. Bu doğrultuda, 187. maddenin başlığı ile metninde farklı kavramların kullanılması, maddenin yorumu açısından herhangi bir fark meydana getirecek nitelikte değildir.

İlaçlar kural olarak ilaç firmaları tarafından üretilmekle yani yapılmakla birlikte, istisnaen "eczanede ilaç üretilebilmesi" de mümkündür. Ancak eczanede ilaç üretilmesi ile kast edilen, ayrıntıları üzerinde aşağıda durulacak olan eczacının hekimin imza ve mührünü içeren reçeteye uygun olarak ilaç hazırlaması değildir. Bu kavram ile kast edilen, ilaç üretiminin eczacılar tarafından, mesleki birlik ya da kuruluşlarınca hazırlanan farmaskopik / ilaç formüllerindeki yöntemler izlenerek gerçekleştirilmesi ve bu şekilde üretilen ilacın tescil edilip, ruhsatlandırıldıktan sonra piyasaya sürülmesidir. Ancak bu halde de ilaç eczacılar tarafından üretilmekle

<sup>58</sup> Suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin olarak maddede düzenleme yapılması gerektiği konusunda bkz. Ünver, 401; Doğan, 447.

<sup>59</sup> Çakmut, 145 vd.; Döner, 383.

birlikte, üretim ilaç firmalarınıninkine benzer şekilde fabrikasyon, konstrüksiyon ve otomasyon etkinlikler sonucunda gerçekleştirilmektedir<sup>60</sup>. Bu halde de eczacılar tarafından gerçekleştirilen ilaç yapımının, madde kapsamında değerlendirilebileceğine şüphe yoktur.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun diğer seçimsel hareketi olan satma ise ilacın, üçüncü kişilere belirli bir bedel veya ivaz karşılığında verilmesidir<sup>61</sup>. Bu nedenle failin ilacı belli bir bedel veya ivaz karşılığında vermediği, bedelsiz veya ivazsız olarak verdiği ya da bağışladığı hallerde suçun tipiklik unsuru karşılanmadığından suçun oluşmadığı kabul edilmelidir<sup>62</sup>.

İlaçlar piyasaya sürülürken, bir tüketim süresi de öngörülmekte ve bu süre son kullanım tarihi adı altında ilaç üzerinde belirtilmektedir. Son kullanım tarihinden sonra ilaçların, bu ilacı kullanan kişilerin hayatı ve sağlığı açısından tehlike oluşturması mümkündür. İşte ilacın bu son kullanım tarihi geçtikten sonra satılması durumunda da, satım fiilinin TCK'nın 187. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>63</sup>.

İlacın hekim reçetesine dayalı olarak satılması veya eczanelerde hazırlanması halinde, reçetede öngörülenden fazla miktarda ilacın verilmesi veya hekim reçetesinde yazandan başka ilacın verilmesi ya da ilacın hekim reçetesinin içeriğine aykırı olarak hazırlanması halinde<sup>64</sup>, fazla ya da değişik verilen veya hekim reçetesine aykırı olarak hazırlanan ilaç, bu ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması kaydıyla madde kapsamında, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma olarak değerlendirilebilecek midir? 187. maddenin gerekçesine göre; hekim tarafından düzenlenen reçetede yazılı ilaç yerine başka ilaç vermek suretiyle de kişilerin hayatı ve sağlığı tehlikeye sokulabilir ve dolayısıyla bu suç işlenmiş olabilir<sup>65</sup>. Ancak bu halde ilaç niteliği itibarıyla kişilerin hayatını ve

<sup>60</sup> Demir, 346.

<sup>61</sup> Çakmut, 146; Döner, 383 vd.

<sup>62</sup> Ünver, 403 vd. Bu halde fiilin kasten veya taksirle yaralama suçları kapsamında değerlendirilebileceği konusunda bkz. Ünver, 403 vd.

<sup>63</sup> Ünver, 403.

<sup>64</sup> Eczacının, ilacı hekim reçetesine uygun olarak hazırlama yükümlülüğünün idari anlamdaki yasal dayanağını 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 25. maddesinin 1. fıkrası oluşturmaktadır. Buna göre; "Eczaneye imal edilmek üzere bırakılan reçetelerin tadel veya taşıyıcı edilmeden yapılması meşrut olup ilaçların ve reçetelerin (Fiyatları üzerinde yazılmak suretiyle) alıcıya verilmesi Sağlık ve Sosyal Yardım Vekaletince tesbit ve ilan olunacak esaslara göre yapılır. Eczanelerde hazırlanan reçetelerin ilaçlarında görülecek hata ve saireden doğrudan doğruya eczanenin mesul müdürü sorumludur". 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, RG 24.12.1953, No: 8591.

<sup>65</sup> Gerekçe için bkz. Güney/Özdemir/Balo, 511. Bu yönde ayrıca bkz. İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Madde 1-187), I, Ankara 2007, 1225. Bu konuda kayıtlara geçen ilk olay 1850 yılında yaşanmıştır. Buna göre; Küçükpazar mahallesinden Emine Hanım adındaki kadına, hekimin yazdığı reçetenin yanlış yapılması sonucunda yüksek dozda zehir içeren

sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte bir ilaç olmamasına rağmen; eczacı tarafından hekim reçetesinde yazılı ilaç yerine verilmek suretiyle o ilacı somut olayda kullanan kişinin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli bir sonucun doğmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla bu ve benzeri olaylarda aslında niteliği itibarıyla kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olmayan bir ilacın, hekim reçetesine aykırı olarak hazırlanması ya da hekim reçetesinde yazılı ilaç yerine verilerek somut olayda tek bir kişinin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli bir sonucun doğmasına neden olunması durumunda, fiilin TCK m. 187 kapsamında değerlendirilmemesi; diğer koşullarının da karşılanması kaydıyla TCK m. 85 veya TCK m. 89 kapsamında değerlendirilmesi çok daha yerinde olacaktır. Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma suçunun, TCK'nın 187. maddesinde, kamunun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi de maddenin bu şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir.

Bununla birlikte ilacın eczacı tarafından hekim reçetesine uygun olarak hazırlanması ancak hazırlanan ilacın yine de kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlike doğuracak nitelikte olması da mümkündür. Hekimin reçete hazırlarken muhtemel karşı endikasyonları göz önünde bulundurmadığı<sup>66</sup> veya ilacın maksimum dozuna dikkat etmediği hallerde<sup>67</sup>, taksirle hareket ettiği kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Dolayısıyla bu hallerde, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu kasten işlenebilecek bir suç olarak düzenlendiğinden, hekimin bu suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak hekimin kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olacağını bilerek ve isteyerek ya da bunu göze alarak,

---

bir ilaç verilmiş ve kadın ilacı içtikten yarım saat sonra hayatını kaybetmiştir. Nuran Yıldırım, "Mekteb-i Tibbiye-i Şâhâne Dışında Askeri Eczacılık Öğretimi", Yeni Tıp Tarihi Araştırmaları, Sayı 4, 1998, 43; aktaran; Mehmet Altun, Tahlilhaneden İlaç Sanayii'ne Bir Asırlık Birliktelik İ.E. Ulagay İlaç Sanayii Türk A. Ş. 100 Yaşında, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2003, 250.

<sup>66</sup> Hekimin hastasına dilediği ilacı önermekte serbest olmakla birlikte, bir ilacı önerirken o ilacın kullanım alanını, yan etkilerini, kullanım şeklini ve hastanın kullandığı diğer ilaçlarla etkileşimini çok iyi takdir etmesi gerekmektedir. Bunun hekim açısından bir yükümlülük olduğu konusunda bkz. Yıldırım, 21; Halil Akkanat, "İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta – Hekim – Üretici İlişkileri", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 77.

<sup>67</sup> Bir kerede verilen ilaç miktarı olan dozun, azami miktarın üzerinde belirlenmesi halinde ilaçtan beklenen yararın ortadan kalkıp, aksine ilacın kişiye zararlı olacağı konusunda bkz. Aycan, 2.

<sup>68</sup> Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, 236. Ancak hekimin etken maddelerin prodozi ve prodilerinin belirlenmiş azami değerlerinin üzerine çıktığı hallerde, eczacının, ilacı hastanın kendisine ya da yakınına vermeden önce hekimin uyarı yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir. Hakeri, Tıp Hukuku, 235 vd. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 25. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda da bu gibi hallerde eczacılar, içeriğinde hata olduğunu düşündükleri reçetelerle, kodekste yazılı miktardan fazla eczayı ihtiva eden, altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imzalanmamış olan reçeteleri ilgili hekimle görüşmeden hazırlamamalıdır. 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, RG 24.12.1953, No: 8591.

karşı endikasyon yaratacak maddeleri ilaç içerisinde birlikte kullanması ya da ilacın içeriğini oluşturan kimyasalların oranını yüksek belirlemesi halinde, hekimin taksir değil kast seviyesinde bir kusurunun olduğu kabul edilmeli ve bu halde hekimin fiilinin suç kapsamında değerlendirilebileceği söylenmelidir<sup>69</sup>.

Öte yandan bu başlık altında ilaç araştırmaları konusu üzerinde de durulmalıdır. İlaç araştırmaları bakımından Faz IV ilaç araştırmaları, ilacın piyasaya sunulmasından sonra ilacın az rastlanan yan etkilerini ve emniyetini belirlemek amacıyla yapılmaktadır. Başka şekilde ifade etmek gerekirse ilaç satılmakta ve onu kullanan hastalardan ilacın yan etkileri ve emniyeti konusunda geri dönüş alınmaktadır<sup>70</sup>. İşte bu araştırmalar sırasında ilacın, kişilerin hayatı ve sağlığı için tehlikeli olduğunun tespit edilmesi halinde, bu ilacın satılmasının TCK'nın 187. maddesi kapsamında kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç satma suçu olarak değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>71</sup>. Bu durum yine söz konusu ilacı üretenler açısından da kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma teşkil edeceğinden, bu kişilerin TCK'nın 187. maddesinden sorumluluklarına gidilebilecektir.

Bununla birlikte internet üzerinden gerçekleştirilen ilaç satışları da, kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç satma suçu kapsamında değerlendirilecektir. Bugün irritabl (düzensiz) bağırsak fonksiyonu, cinsel işlev bozuklukları, şizofreni ve bipolar depresyon gibi hastalıkların ilaçlarının yanında özellikle zayıflama ilaçlarına<sup>72</sup> ve hatta AIDS ilaçlarına dahi internet üzerinden kolaylıkla ulaşılabilmektedir<sup>73</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde FDA, 22 Aralık 2008 tarihin-

<sup>69</sup> İlacın içeriğinin hekim tarafından belirlenmesine rağmen, ilacın doğrudan eczacı tarafından hazırlandığı bu halde hekimin, söz konusu suçtan dolayı fail olarak mı sorumlu tutulacağı; yoksa hekimin azmettiren; eczacının ise fail olarak mı sorumlu tutulacağı ya da hem hekim hem de eczacının müşterek fail olarak mı sorumlu tutulacağı konusu üzerinde ilerleyen bölümde iştirak başlığı altında durulacaktır.

<sup>70</sup> Faz IV ilaç araştırmalarının ayrıntıları ve hukuki niteliği konusunda bknz. Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90), Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012.

<sup>71</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde piyasaya sürülen her beş ilaçtan bir tanesinin yan etkilerinden dolayı, bu ilacı kullanan kişileri daha çok hasta ettiği ya da kullanan kişilerin ölümüne neden olduğu için piyasadaki çekildiği belirtilmektedir. C. Kalb, "When Drugs Do Harm", Newsweek, 27.04.1998, Robert I. Bender, "Prescription Drugs are the 4th Leading Cause of Death", 29.09.2008, www.hollywoodtoday.net; aktaran; Tokalak, 201, 203.

<sup>72</sup> Örneğin zayıflama ilaçlarının ağzı kuruluğu, kabızlık, tansiyon, nabız yükselmesi gibi yan etkilerinin olduğu ve hatta kalp krizlerine neden olarak ani ölümlere yol açabildiği belirtilmektedir. Büyükbingöl, 286, 296.

<sup>73</sup> Göçener, "Dünya Sağlık Örgütü, sahte ilaçlar ve internet", (Erişim Tarihi: 10.12.2012). İnternet üzerinden yapılan satışların, eczacıların temel görevi olan hastayı bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği, reçetelerin kontrol edilmesinin zorluğu, teslimat sırasında ambalajda meydana gelmesi muhtemel zararlar ve sanal eczanelerin kontrol edilmesinin mümkün olmaması gibi nedenlerle kamu sağlığına zararlı olduğu gerekçesiyle Alman Eczacılar Birliği tarafından Frankfurt am Main Eyalet Mahkemesi'nde açılan dava üzerine söz konusu Mahkeme'nin başvurusuyla "Avrupa Mahkemesi"nde tartışılmıştır. Bu davanın ayrıntıları hakkında bknz. Yusuf Büyükkay,

de yirmiiki adet zayıflama ilacı hakkında yayınladığı uyarıda, bu ilaçların prospektüslerinde bulunmayan ve kullananların sağlığını tehlikeye düşürecek maddelerin bulunduğunu belirtti<sup>74</sup>. Dolayısıyla bu içerikte bir ilacın satışının internet üzerinden yapılması da, TCK'nın 187. maddesi doğrultusunda kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç satma suçu kapsamında değerlendirilecektir.

TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunda da, kanun koyucu kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilacın yapılması veya satılması şeklinde hareketleri ceza sorumluluğunun doğması için yeterli görmüş, bu hareketin sonucunda dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesini ya da somut bir tehlike doğmasını aramamıştır. Dolayısıyla kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, bir soyut tehlike suçudur<sup>75</sup>. Bu nedenle hakim, önüne gelen olayda, üretilen veya satılan ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığını araştırarak, ilacın bu nitelikte olduğunu tespit ederse bu ilacın üretilmesi veya satılması, failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli görülecektir. Bu doğrultuda, bu ilacın üretilmesi veya satılması ile kişilerin hayatı ve sağlığı açısından somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmayacaktır. Soyut tehlike suçlarında, hareketin somut olayda belirli bir kişi veya şey açısından tehlike doğurması suç tanımında gösterilmediğinden, hakimnin nedensellik bağının tespiti şeklinde bir sorunu da bulunmamaktadır<sup>76</sup>. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği gibi, somut olayda üretilen veya satılan ilacın, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığı hakim tarafından araştırılacaktır. Aksi halde korunan hak ve menfaat açısından tehlike yaratmaya uygun olmayan hareketler cezalandırılır ki, bu da ceza hukukunun prensipleri ile bağdaşmaz<sup>77</sup>.

## 2. Manevi Unsur

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşup oluşmadığının tespiti noktasında failin saiki göz önünde bulundurulmadığından, failin suçu haksız rekabette bulunmak, rakip firma ya da kişilerin satışına engel olmak amacıyla yapmış olmasının da bir önemi yoktur<sup>78</sup>. Failin, bilerek ve isteyerek kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapması veya satması, suçun oluşması bakımından gerekli ve yeterlidir.

"İlaçların İnternet Üzerinde Satışına İlişkin Avrupa Mahkemesinin Kararı (11 Aralık 2003)", İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 237 vd.

<sup>74</sup> Tokalak, 233 vd.

<sup>75</sup> Karşı görüş için bkzn. Ünver, 402 vd.

<sup>76</sup> Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım, 7. Bası, İstanbul 2011, 256, 257. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 176 vd.; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2012, 231.

<sup>77</sup> Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 177 vd.; Centel / Zafer / Çakmut, 257.

Erman/Özek, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, 183; Çakmut, 147; Döner, 384.

Bu doğrultuda failin söz konusu suçtan sorumluluğuna gidilebilmesi için yaptığı veya sattığı ilacın, kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlike doğurabilecek nitelikte olduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Taklit ve sahte ilacı üreten veya satan kişiler bakımından, kastlarının bu hususu kapsadığı açıktır. Orijinal ve jenerik ilaç üreten veya satan kişiler bakımından ise bu ilaçlar kişilerin hastalıklarının tedavi edilmesi ya da sağlıklarının korunması amacıyla çıkarıldıklarından, bu ilacı yapan ya da satan kişilerin, ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olduğunu bilmesi ve istemesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle de orijinal ya da jenerik ilaç yapan veya satan kişilerin bu suçtan sorumlulukları gündeme gelmeyecektir. Ancak yukarıda suçun maddi konusunu teşkil eden ilaçlar başlığı altında da açıklanmaya çalışıldığı üzere, orijinal ve jenerik ilaçların da kimi zaman kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olması ve bu niteliği bilinmesine rağmen üretilmesi veya satılması mümkündür. İşte bu hallere özgü olmak üzere söz konusu orijinal veya jenerik ilacı üreten veya satan kişilerin kastı, ilacın bu niteliğini kapsadığından TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen suçtan sorumluluklarına gidilebilmesi mümkündür.

### **3. Hukuka Aykırılık Unsuru**

Suçun oluşması bakımından kanunilik, maddi ve manevi unsurların yanında varlığı aranan bir diğer unsur da hukuka aykırılık unsurudur. Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak failin hukuka uygun olması sonucunu doğuran hukuka uygunluk nedenleri TCK'nın 24 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hukuka uygunluk nedenlerinin tamamının, koşullarının karşılanması kaydıyla, kural olarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçları bakımından da uygulama alanı bulması mümkündür.

Öte yandan failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşmesi de mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nda, öğretinin kabul ettiği anlamda hukuka uygunluk nedenleri, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmektedir. Bu nedenle failin düştüğü bu hatanın sonuçları bakımından göz önünde bulundurulması gereken düzenleme de, TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrası olmalıdır<sup>79</sup>. TCK'nın 30. maddesinin gerekçesinde de, madde metninde 3. fıkrada geçen "hukuka uygunluk nedenleri" yerine, "ceza sorumlulu-

<sup>79</sup> Hukuka uygunluk nedenlerindeki hatanın, yorum yoluyla suçun tanımı kavramı genişletilerek, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara ilişkin hata hükümlerine yani TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrası hükmü uygulanmak yoluyla çözülebileceği de öğretide savunulmaktadır. Bu görüşe göre hata, suçun kast unsurunu ortadan kaldırdığından, fail ancak taksir seviyesinde bir kusuru varsa ve suçun taksirli hali kanunda düzenlenmişse cezalandırılacaktır. Aksi halde hukuka uygunluk nedenlerinde düştüğü hata, onun kastını ortadan kaldırdığından cezalandırılmayacaktır. Bu görüş için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2011, 405 vd.; Koca/Üzülmez, 253; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2011, 557 vd. . Bu görüşe getirilen eleştiriler hakkında bkz. Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 298, 299.

ğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresinin konulduğu belirtilmektedir<sup>80</sup>. Buna göre; “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”. Bu hüküm doğrultusunda failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düştüğü hatadan yararlanabilmesi için bu hatasının “kaçınılmaz” olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz nitelikte olması ile kast edilen, failin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiği konusunda hataya düşmüş olmasıdır. Bu halde fail, hatasından yararlanacak ve hukuka uygunluk nedenlerinin koşulları gerçekleşmiş sayılacağından, suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden fail hakkında CMK’nın 223. maddesinin 2. fıkrasının d bendi doğrultusunda beraat kararı verilecektir<sup>81</sup>.

Failin düştüğü hatanın kaçınılabılır nitelikte olması halinde failin nasıl cezalandırılacağı konusunda ise TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrasında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin 30. maddenin gerekçesinde bir açıklama bulunmaktadır. Buna göre hatanın kaçınılabılır olması durumunda, fail işlediği suçtan sorumlu tutulacak, fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır<sup>82</sup>. Dolayısıyla failin kastından dolayı söz konusu suçtan sorumluluğu belirlenirken, hata unsuru, TCK’nın 61. maddesi doğrultusunda cezanın belirlenmesinde alt sınıra yaklaşılması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleştiği hususunda düşülen kaçınılabılır hata hali, kusurluluğu azaltan bir neden olarak değerlendirilmeye müsattir<sup>83</sup>.

## VIII. Suç ve Cezaya Etki Eden Nedenler

### 1. Suçu Ağırılaştırıcı Nedenler (Suçun Nitelikli Halleri)

Türk Ceza Kanunu’nun 187. maddesinin 2. fıkrasında kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun, tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında<sup>84</sup> işlenmesi halinde verilecek cezanın üçte bir oranında artırılması öngörülmüştür. Dolayısıyla kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapılması veya satılması fiillerinin, bir hekim ya da eczacı tarafından gerçekleştirilmesi ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi, söz konusu suçun nitelikli halini teşkil etmektedir. Resmi izne dayalı olarak bir meslek ve sanatı icra eden kişiler olarak karşımıza hekimler, diş hekimleri, ebeler, hemşireler, eczacılar, sağlık personelleri ve diş teknisyenleri

<sup>80</sup> Güney/Özdemir/Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, 123.

<sup>81</sup> Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 299.

<sup>82</sup> Güney/Özdemir/Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, 123.

<sup>83</sup> Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 299.

<sup>84</sup> Burada “meslek” ve “sanat” kavramları arasında “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılması- nın çok daha yerinde olacağı konusunda bkz. Ünver, 402.

çılmaktadır. Ancak bu kişilerden hemşire, ebe, sağlık personeli ve dış teknisyenlerinin hastaya ilaç yazması ya da satması hukuken mümkün olmadığından, sadece hekimler, diş hekimleri ve eczacıların, TCK'nın 187. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suçun nitelikli hale gelmesi sonucunu doğuran kişiler arasında kabul edilmesi mümkündür.

Kimlerin hekim olabileceği ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde hekimlik yapabileceği, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un<sup>85</sup> 1 ve 2. maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde hekimlik yapabilmek ve her ne surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Cumhuriyeti üniversitelerinden birinin tıp fakültesinden diploma almış<sup>86</sup> ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı bulunmak şarttır (m. 1). Söz konusu Kanun'un 2. maddesine göre de diplomanın geçerli olması için 369 sayılı Kanun uyarınca mecburi hizmetin yapılmış ve diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmiş olması gerekmektedir. Ancak söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından bu hekimlerin uzman olması aranmamıştır. Dolayısıyla kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapan veya satan asistan<sup>87</sup> veya pratisyen hekim<sup>88</sup> bakımından da TCK'nın 187. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçu ağırlaştırıcı neden uygulama alanı bulabilecektir.

Kimlerin diş hekimi olabileceği ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde diş hekimliği yapabileceği, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 30. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde diş hekimliği yapabilmek için Türk vatandaşı olmak ve Türkiye'deki üniversitelerin birinin diş hekimliği fakültesinden diploma almış olmak ge-

<sup>85</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, RG 14.04.1928, No: 863.

<sup>86</sup> Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde hekimlik yapabilmek için Türkiye Cumhuriyeti üniversitelerinden birinin tıp fakültesinden diploma alınmış olması aranmakla birlikte, yabancı ülkelerin tıp fakültelerinden mezun olan Türk hekimlerin, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde hekimlik yapmalarına belli koşulların varlığı halinde izin verilmektedir. Bu koşullar, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmektedir.

<sup>87</sup> Kimlerin asistan hekim olarak değerlendirilebileceği konusunda Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 13. maddesinde düzenleme getirilmiştir. Buna göre; *"Asistan, kurumlarındaki kadro ve ünvanları ne olursa olsun, tıp veya diş hekimliği uzmanlık ana veya yan dallarından birinde uzman olarak yetiştirilmek amacıyla bu Tüzük ve özel mevzuat hükümleri çerçevesinde öğrenim, eğitim, araştırma ve uygulama yapmak üzere atanan tıp doktoru veya diş hekimidir"*. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü, RG 19.06.2002, No: 24790.

<sup>88</sup> Hekimlerin, tıp fakültesi'nden mezun olduktan, fakat Tıpta Uzmanlık Sınavı'nı (TUS) geçmeden önce içinde buldukları birinci basamak statü, pratisyen hekimlik olarak tanımlanabilir. Dünya'daki sistemler göz önüne alındığında, hekimler tıp fakültelerinden mezun olduktan sonra pratisyen hekim olarak çalışmaya başlamadan önce yine bir mesleki eğitim geçirmektedirler. Ancak ülkemizde hekimlerin, tıp fakültelerinden mezun olmaları, herhangi bir ayrı mesleki eğitim koşulu aranmaksızın, pratisyen hekim statüsüne geçmeleri bakımından yeterli kabul edilmektedir. [http://www.doktoronline.net/mid/articles/id/280/Doktor\\_nedir\\_doktor\\_nedemektir.htm](http://www.doktoronline.net/mid/articles/id/280/Doktor_nedir_doktor_nedemektir.htm) , (Erişim Tarihi: 03.05.2012).



rekmedir. Yabancı ülkelerdeki dış hekimliği fakültelerinden mezun olan Türk dış hekimlerinin, Türkiye'de mesleklerini yapabilmeleri hususu ise aynı Kanun'un 31. maddesinde, yabancı ülkelerin tıp fakültelerinden mezun olan Türk hekimlerin durumlarına benzer şekilde düzenlenmiştir. Dış hekimlerinin de, dış hastalıklarının tedavisinde hastalarına ilaç verebildikleri ve resmi izne dayalı olarak bir meslek ve sanatı icra edebildikleri dikkate alındığında, dış hekimlerinin de söz konusu suçun faili olabilmesi mümkündür.

Kimlerin eczacı olabilecekleri ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde eczacılık yapabileceği, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un<sup>89</sup> 2. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde eczacılık yapabilmek için, a) Türk vatandaşı, b) Türkiye'deki eczacılık okul veya fakültelerinden diplomalı olup da bu Kanun'un 3. maddesi gereğince ilmi hüviyetini ispat etmiş veya sınavını kazanmış, c) diplomaları Sağlık Bakanlığı'nca onaylanmış olmak ve d) bu Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen eczacılık yapmaya engel teşkil eden durumlardan birinin bulunmaması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için bu sıfatların hukuka uygun bir şekilde kazanılmış ve fiilin gerçekleştirildiği sırada da mevcut olması gerekir. Bu sıfatlar herhangi bir nedenle fiilin gerçekleştirilmesinden önce kaybedilmişse, söz konusu ağırlaştırıcı nedenin fail hakkında uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak söz konusu sıfatlar, fiil işlendikten sonra kaybedilmişse 187. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ağırlaştırıcı neden fail hakkında uygulama alanı bulacaktır<sup>90</sup>.

## 2. Suçu Hafifleten Nedenler

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu bakımından Türk Ceza Kanunu'nda özel bir hafifletici neden öngörülmemiştir.

## IX. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, suçun maddi unsuru başlığı altında da aktarıldığı üzere soyut tehlike suçu niteliğindedir. Dolayısıyla bu suçlar bakımından netice, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapılması veya satılması ile meydana gelmiş kabul edilecektir. Bu doğrultuda kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu üye-

<sup>89</sup> 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, RG 24.12.1953, No: 8591.

<sup>90</sup> Döner, 385.

rinde de durulmalıdır. Eğer kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikteki ilaçların yapılması veya satılması hareketleri bölünebilir nitelikte ise ve bu hareketlerin icrasına başlanmış olmasına rağmen söz konusu hareketler, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış ise suçun icra hareketlerinin yarıda kalması nedeniyle kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmelidir<sup>91</sup>.

Öte yandan kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilacın üretilmesi veya satılması suçun seçimlik hareketlerini oluşturduğundan, failin ilacı satmak amacıyla üretmesine ve üretimi tamamlamasına rağmen henüz satmadan yakalanması durumunda, TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen suça teşebbüsten değil, suçun seçimlik hareketlerinden üretme hareketi tamamlandığından tamamlanmış suçtan sorumlu tutulması gerekmektedir<sup>92</sup>.

Teşebbüs başlığı altında üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, suçun mağduru olarak kamunun kabul edilmiş olması nedeniyle söz konusu ilacı sadece bir kişi kullanmış ya da henüz hiç kimse kullanmamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı mı, yoksa tamamlandığı mı kabul edilecektir? Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, kanun koyucu tarafından bir soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden, suçun konusunu teşkil eden ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması suçun tamamlanması açısından yeterlidir. Bu ilacın somut olayda fiilen kullanılıp bir ya da birden fazla kişinin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli bir durumun ortaya çıkması aranmayacaktır. Bu doğrultuda, ilaç sadece bir kişi tarafından kullanılmış ya da henüz hiç kimse tarafından kullanılmamış olsa dahi, objektif olarak kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli ise suçun tamamlandığı kabul edilmelidir<sup>93</sup>.

Öte yandan fail, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer ya da kendi çabalarıyla icra hareketlerinin tamamlanmasını önlerse, söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fakat failin o ana kadar yaptığı hareketler esasen başka bir suç oluşturduğu takdirde fail, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36).

<sup>91</sup> Soyut tehlike suçlarının teşebbüse elverişli olduğu konusunda bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 179.

<sup>92</sup> Ünver, 402.

<sup>93</sup> Satılan veya üretilen ilacın miktar ve değerinin suçun tamamlanması noktasından öneminin olmadığı; ilacın insan hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olmasının yeterli olduğu konusunda bkz. Ünver, 403. Bununla birlikte hekim reçetesinde yazılı ilaç yerine başka ilacın verilmesi durumunda, aslında ilaç kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olmadığından TCK m. 187 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği konusunda yukarıda maddi unsur başlığı altında değerlendirme yapıldığından burada tekrara düşmemek adına bu hususun belirtilmesi ile yetinilecektir.

## 2. İştirak

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir. Bu nedenle söz konusu suça iştirakin, azmettirme ve yardım etme dahil her şekli mümkündür. Dolayısıyla şerikler, bu suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirerek iştirak edebilecekleri gibi (TCK m. 37), şeriklerden bir veya birkaçının diğerlerini suç işlemeye azmettirmesi (TCK m. 38) ya da suçun işlenmesine yardım etmesi (TCK m. 39) şeklinde iştirak edebilmesi de mümkündür.

Öte yandan TCK'nın 187. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda söz konusu suçun hekim veya eczacı tarafından resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, suç, gerçek olmayan (görünüşte) bir özgü suç özelliği göstermektedir<sup>94</sup>. Bu suçun işlenmesine iştirak eden ve 2. fıkrada sayılan özelliklere sahip olmayan kişiler hakkında suçun cezası, bu nedenleri bilmeleri kaydıyla artırılabilir. Başka şekilde ifade etmek gerekirse cezanın artırılmasını gerektiren nedenler kendisinde bulunmayan suç ortağına bu nedenlerin sirayet edebilmesi için, bilmenin, en geç suç ortağının bu nedeni öğrendiğinde suça iştiraktan vazgeçmesine imkan verecek bir ana kadar gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>95</sup>.

İlacın içeriğinin hekim tarafından belirlenmesine rağmen, ilacın doğrudan eczacı tarafından hazırlandığı halde hekim söz konusu suç açısından dolaylı fail olarak mı kabul edilecektir, yoksa ilacı hazırlayan eczacı fail, reçeteyi yazan hekim ise azmettiren ya da hem eczacı hem de hekim müşterek fail olarak mı sorumlu tutulacaktır? TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasına göre, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi, dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanlar araç olarak kullanıldığında, araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır. Dolaylı faillikte bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişi, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmakta; yine bu hakimiyet nedeniyle de söz konusu suçtan sorumlu tutulmaktadır<sup>96</sup>. Yine dolaylı faillikten söz edilebilmesi için suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişinin, suç işlediğinin bilincinde olmaması ve tamamen dolaylı failin egemenliği altında olması gerekmektedir<sup>97</sup>. Burada hekim ile eczacı arasında böyle bir hakimiyet ilişkisinin bulunduğunu; hekimin reçeteyi yazarak eczacının şahsı ve hareketleri üzerinde hakimiyet kurduğunu söyleyebilmek güçtür. Ayrıca hekimin etken maddelerin prodozi ve prodilerin belirlenmiş azami

<sup>94</sup> Görünüşte özgü suç kavramı için bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 137.

<sup>95</sup> İştirak halinde işlenen suçlarda cezaya etki eden nedenlerin suça katılanlara geçmesi konusunda bkz. Zafer, 401.

<sup>96</sup> Centel / Zafer / Çakmut, 487 vd.; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 394, 395; Demirbaş, 478.

<sup>97</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, 494.

değerlerin üzerine çıktığı hallerde, eczacının ilacı hastanın kendisine veya yakınına vermeden önce hekimi uyarma yükümlülüğünün olduğu kabul edildiğinden, eczacının hekim reçetesinin içeriğini denetlemekle yükümlü olduğu da söylenebilir<sup>98</sup>. Müşterek faillikte, suçun kanuni tanımında yer alan veya serbest hareketli suçlarda neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketi, birlikte gerçekleştirenlerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulur. İnceleme konumuzu oluşturan suç gibi sırf hareket suçu olarak kabul edilen soyut tehlike suçlarında da, müşterek faillerin suç tanımındaki fiili birlikte gerçekleştirmeleri aranmaktadır. Ancak müşterek failin hareketinin, kanuni tanımda yer almayan bir fiil olması da mümkün görünmektedir. Buna göre bu halde, yapılan hareketin netice üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulmaktadır<sup>99</sup>. Burada suçun kanuni tanımında yer alan hareket doğrudan eczacı tarafından yapılmakla birlikte, hekimin reçetesi olmaksızın bu ilacın hazırlanması söz konusu olmayacağından, suçun kanuni tanımında yer almayan hekimin reçete yazma hareketinin, kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu açısından önem taşıdığı açıktır. Bu doğrultuda, kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli ilacı eczacı tarafından hazırlanmak üzere reçetesine yazan hekim gibi, bu reçetenin içeriğinde yazan ilacın kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olacağını bilmesine rağmen hazırlayan eczacı, aralarında bir iştirak iradesinin olması kaydıyla, söz konusu fiili birlikte gerçekleştirdiklerinden, bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu olurlar.

### 3. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen ve inceleme konumuzu oluşturan suç, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilacın yapılması veya satılması hareketlerinden birinin yapılması ile oluşacak seçimlik hareketli bir suçtur. Ancak somut olayda fail, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikteki ilacı yapmış ve aynı zamanda bu ilacı satmış da olabilir. Bu halde suç yine de tek suç olarak kabul edilecektir; suç, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilacın yapılması ile yani ilk hareketin yapılması ile gerçekleştirilmiş olur.

Öte yandan TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen suçun konusunu oluşturan ilacın, söz konusu suçu işleme kararının icrası kapsamında, birden fazla kere yapılması veya satılması, yani aynı suçun birden fazla işlenmesi de mümkündür. Bu halde ilacın aynı kişiye satılması zorunluluğu da bulunmamaktadır; çünkü söz konusu suç, kamunun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğinden, mağduru belli olmayan bir suçtur. Kanun koyucu, TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, mağduru belli olmayan suçlar hakkında da bu fıkra hükmünün uygulanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla bu halde fail hakkında TCK'nın 43. mad-

<sup>98</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, 235 vd.; Demir, 349 vd.

<sup>99</sup> Centel / Zafer / Çakmut, 486; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 392, 393.

desinde düzenlenen zincirleme suç kuralları doğrultusunda bir cezaya hükmedilecektir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

Bununla birlikte, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olan ve TCK'nın 187. maddesi kapsamında değerlendirilebilen ilacın, aynı zamanda deney veya deneme aşamasında bir ilaç olabilmesi de mümkündür. Bu halde TCK'nın 90. maddesinde düzenlenen koşulların karşılanması kaydıyla söz konusu ilacı yapan veya satan kişinin, insan üzerinde deney veya deneme suçundan da sorumluluğu doğabilecektir. Ancak bu halde fail işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği için, TCK'nın 44. maddesi doğrultusunda fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacak ve fail, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır<sup>100</sup>.

Kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olan ilacı satın alan kişi, bu ilacı kullanmış ve bunun sonucunda sağlığında bir bozulma meydana gelmiş ya da kişi hayatını kaybetmişse, bu halde söz konusu ilacı satmış olan fail hem TCK'nın 187. maddesinde yazılı olan suçu, hem de ortaya çıkan neticeye bağlı olarak kasten yaralama veya kasten insan öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Bu halde sorun TCK'nın 44. maddesi doğrultusunda fikri içtima kuralları uygulanarak çözülecektir<sup>101</sup>.

## X. Yaptırım

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun temel şekli karşılığında, TCK'nın 187. maddesinin 1. fıkrasında hapis ve adli para cezaları birlikte öngörülmüştür. Buna göre, suçun faili hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmedilecektir. Dolayısıyla madde metninde hapis cezası, alt ve üst sınırları gösterilerek açık şekilde düzenlenirken; fail hakkında hükmedilecek para cezasının alt ve üst sınırları madde metninde belirtilmemiştir. Bu nedenle TCK'nın 52. maddesi doğrultusunda kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun karşılığında hükmedilebilecek adli para cezasının alt sınırının beş günden az ve üst sınırının yediyüzotuz günden fazla olamayacağı kabul edilmelidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun nitelikli hali bakımından fail hakkında hükmedilecek ceza ise, TCK'nın 187. maddesinin 1. fıkrasına göre belirlenecek cezanın üçte bir oranında artırılması ile bulunacaktır.

Öte yandan TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, kasten işlenebilecek bir suç olduğundan, söz konusu suçtan mahkum olan kişi, TCK'nın 53. maddesi

<sup>100</sup> İlacın sadece deney veya deneme amacıyla verilip kullanılması halinde sadece TCK'nın 90. maddesinden hüküm kurulacağı konusunda bkz. Ünver, 404.

<sup>101</sup> Koca, 354; Doğan, 447.

doğrultusunda belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Buna göre failin kullanmaktan yoksun bırakılacağı haklar şunlardır: a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesi; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmek, b) seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmak, c) velayet hakkı; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmak, d) vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmak ve e) bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmek. Bu hak yoksunlukları, TCK'nın 53. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda, mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir.

Bununla birlikte Sağlık Bakanlığı denetiminden geçerek ruhsat aldıktan sonra piyasaya sürülen orijinal ve jenerik ilaçların da bu suçun konusunu teşkil edebileceğini yukarıda ilgili başlık altında tespit etmiştik. Bu doğrultuda kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olan bu ilaçlara ruhsat vererek piyasaya sürülmesine imkan tanıyan Sağlık Bakanlığı'nın, somut olayda meydana gelecek zararlı neticelerden idarenin hizmet kusuru kuralları çerçevesinde sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu üzerinde de durulmalıdır. İlaça ruhsatın verilmesi noktasında Sağlık Bakanlığı'nın ilaca yönelik olarak yaptığı denetimin yetersiz olduğunun ya da hatalı olduğunun veya hiç yapılmadığının belirlenmesi halinde, bu fiiller idareye yüklenebilecek hizmet kusuru teşkil edecektir. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar, idarenin sorumluluğunu doğuracak ve bu alandaki tazminat talepleri, idare hukuku hükümleri çerçevesinde idari yargıda çözümlenecektir<sup>102</sup>.

## **XI. Zamanaşımı**

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun temel şekli karşılığında, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden, söz konusu suçun dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m. 66/1-e). Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun nitelikli hali bakımından ise, suçun temel şeklinin cezasının üçte bir oranında artırılması öngörüldüğünden, TCK'nın 187. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen söz konusu suçun dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren onbeş yıldır (TCK m. 66/1-d). Zamanaşımı sürelerinin, TCK'nın 67. maddesinde öngörülen nedenler doğrultusunda kesilmesi halinde, söz konusu süreler, suça ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen dava zamanaşımı

<sup>102</sup> Ramazan Çağlayan, "Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk", Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler, 1. Baskı, Temmuz 2007, 46, 47.

süresinin en fazla yarısına kadar uzayacaktır (TCK m. 67/ 4). Dolayısıyla kesilme nedenlerinin varlığı halinde suçun temel şekli bakımından dava zamanlaşımı süresi, en fazla oniki yıla kadar uzayabileceken; suçun nitelikli şekli bakımından süre, en fazla yirmiiki yıl altı ay olabilecektir.

## XII. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, söz konusu suç karşılığında, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden, asliye ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisine (görevine) girmektedir.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun takibi şikayete bağlı olmayıp, suç re'sen kovuşturulur. Ancak söz konusu suçu işleyen failin, kamu personeli sıfatını haiz olması halinde, fail hakkında ceza muhakemesinin başlayabilmesi için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun<sup>103</sup> hükümleri uyarınca soruşturma izni alınması gerekmektedir. Söz konusu Kanun'a göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için, Kanun'da belirtilen mercilerin<sup>104</sup> izni gerekmektedir; iznin verilmemesi halinde fail hakkında yargılama yapılamayacaktır<sup>105</sup>.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu sonucunda fail hakkında hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasında aranan diğer koşulların<sup>106</sup> da karşılanması kaydıyla mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir (CMK m. 231). Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetime tabi tutulacaktır. Bu süre içerisinde de sanık hakkında bir yıldan fazla olmamak üzere, CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasında düzenlenen ve mahkeme tarafından belirlenen bir dene-

<sup>103</sup> 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, RG 04.12.1999, No: 23896.

<sup>104</sup> Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan yargılanmaları konusunda soruşturma izni verecek merciler için bkz. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m. 3.

<sup>105</sup> Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun failinin özel sektör veya kamuda çalışmasına bağlı olarak farklı muhakeme usullerine tabi olmasına yönelik eleştiriler için bkz. Sunay Akyıldız, "Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, TBB Yayınları, Ankara 987 vd.

<sup>106</sup> CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için, a) sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması, b) mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması ve c) suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir.

timli serbestlik tedbiri uygulanabilir<sup>107</sup>. Denetim süresi içinde sanığın kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmesine ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü de kurabilir (CMK m. 231/11). Bununla birlikte denetimli serbestlik süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmez ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranılırsa açıklanması geri bırakılan hüküm, ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilecektir (CMK m. 231/10).

Öte yandan kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu sonucunda sanığın iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum edilmesi ve TCK'nın 51. maddesinin 1. fıkrasındaki diğer koşulların<sup>108</sup> da karşılanması kaydıyla, söz konusu cezanın ertelenebilmesi de mümkündür (TCK m. 51). Mahkeme tarafından sanığın hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, sanık hakkında bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, hükümlünün mahkum olduğu hapis cezasından daha az olmamalıdır (TCK m. 51/3). Denetim süresi içinde mahkeme, hükümlü için bir takım yükümlülükler öngörebilir (TCK m. 51/4)<sup>109</sup>. Yine mahkeme tarafından denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişinin görevlendirilmesi de mümkündür (TCK m. 51/5). Bununla birlikte mahkemenin, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden ve uzman kişi görevlendirilmeden geçirilmesine karar verebilmesi de mümkündür (TCK m. 51/6). Ancak hükümlü-

<sup>107</sup> CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasına göre, sanık hakkında uygulanabilecek denetimli serbestlik tedbirleri şunlardır: Sanığın, a) bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesi, b) bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması ve c) belli yerlere gitmekten yasaklanma, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınma ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirme.

<sup>108</sup> TCK'nın 51. maddesinin 1. fıkrasına göre sanık hakkında hükmedilen cezanın ertelenebilmesi için; sanığın a) daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması ve b) suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

<sup>109</sup> TCK'nın 51. maddesinin 4. fıkrası doğrultusunda denetim süresi içerisinde hükümlü hakkında öngörülebilecek olan yükümlülükler şunlardır: a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, b) bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına ve c) onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, mahkeme tarafından karar verilebilecektir.



nün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakimın uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir (TCK m. 51/7). Öte yandan hükümlü, denetim süresini yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirmişse cezası infaz edilmiş sayılacaktır (TCK m. 51/8).

### XIII. Sonuç

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun konusu, ilaçtır. Suçun konusunu oluşturan ilaç, insanlarda ağrıları, acıları ya da başka rahatsızlık verici durumları gidermek, zihnin ve bedenin normal dışı durumlarını düzeltmek veya denetim altında tutmak ya da hastalıkları önlemek amacıyla kullanılan maddelerin genel adıdır. İlaç, Türk Sağlık Hukuku mevzuatında ağırlıklı olarak beşeri ve tıbbi ürün olarak isimlendirilmektedir. İlaçlar, hayvansal, bitkisel, mineral kaynaklı, doğal ya da sentetik, ham ya da işlenmiş, dermokozmetik ya da fitoterapötik olabileceği gibi, ilaçların, katı, sıvı ya da gaz şeklinde, yerli ya da yabancı kaynaklı olması da mümkündür. Hatta bir maddenin bu nitelikleri haiz olması kaydıyla Sağlık Bakanlığı tarafından üretimine izin verilmemiş olsa veya eczanede satılmasa da ilaç sayılması mümkündür.

İlaç hukuki statü itibariyle orijinal, jenerik, taklit ve sahte ilaç olarak sınıflandırılmaktadır. Suçun konusunu oluşturan ilaçlar ise, hukuki statüsü ne olursa olsun, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte olan ilaçlardır. İlacın, kişilerin sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte olmasına rağmen, kişilerin hayatı bakımından tehlike yaratacak nitelikte olmaması halinde söz konusu ilacın madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu söz konusu ilaçlar ile kişilerin hem hayatı hem de sağlığı bakımından bir tehlikenin yaratılması yönündeki iradesini, madde metnine bu iki kavram arasında "ve" bağlacını kullanarak ortaya koymuştur. Ancak bu düzenleme, kişilerin sadece sağlığı bakımından tehlikeli olan ilaçların yapılması ya da satılması fiillerinin cezasız kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu sakıncanın giderilmesi için kanun koyucunun madde metninde değişikliğe giderek "ve" bağlacını, "veya" bağlacına dönüştürmesi gerekmektedir.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu ile korunan hukuki değer, kanunun sistematığı dikkate alındığında kamunun sağlığıdır. Söz konusu suçların, kamunun sağlığına karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmesinin nedeni, bu ilaçların yapılması ve satışa sunulması ile birlikte önceden tespiti mümkün olmayan belirsiz sayıda kişilerin bu ilaçlara ulaşarak hayatlarını kaybetme veya sağlıklarının bozulması tehlikesinin söz konusu olmasıdır.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun faili, herkes olabilir. Ancak failin, tabip veya eczacı ya da resmi izne dayalı

olarak bir meslek ve sanatı icra eden bir kişi olması, kanun koyucu tarafından cezayı ağırlaştırılan bir neden olarak kabul edilmiştir (TCK m. 187/2).

Öte yandan ilaç üreticilerinin piyasaya sürdüğü ilacın, kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olduğunun anlaşılması ya da ilacın Sağlık Bakanlığı'nın ilgili prosedürlerinden geçerek ruhsatlandırılmasından önce piyasaya sürüldüğünün veya ruhsat aldığı şekil veya dozajın dışında pazarlandığının tespit edilmesi mümkündür. Bu halde TCK'nın 187. maddesinde söz konusu suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesine yönelik açık bir düzenleme bulunmadığından, tüzel kişi statüsünde olan ilaç firması hakkında güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda söz konusu suçtan, ilaç firması yöneticilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen suçun mağduru, madde metninde "kişiler" ifadesi kullanıldığından herkes olabilir. Ancak bu suçun işlenmesiyle daha önceden belirlenmesi mümkün olmayan kişilerin hayatı ve sağlığı tehlikeye atıldığından ve söz konusu suç, kamunun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğinden, kamu da bu suçun mağduru olabilir.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun maddi unsuru, kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretmek veya satmaktır. Kanun koyucu maddenin amacı ve kapsamı bakımından bir farklılık ortaya çıkarmayacak olsa dahi, madde başlığında "ilaç yapma" kavramını kullanırken; madde metninde "ilaç üretme" kavramını kullanmış; dolayısıyla madde başlığı ile metni arasında kavram birliği sağlanamamıştır.

Yine kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olan ilacın, internet üzerinden satılması da, TCK'nın 187. maddesi anlamında kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç satma suçu kapsamında değerlendirilecektir.

Öte yandan TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen ve inceleme konumuzu oluşturan suç, bir soyut tehlike suçu niteliğine sahiptir. Bu nedenle hakim, önüne gelen olayda, üretilen veya satılan ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olup olmadığını araştırarak, ilacın bu nitelikte olduğunu tespit ederse bu ilacın üretilmesi veya satılması, failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli görülecektir. İlacın üretilmesi veya satılması ile kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olması aranmayacaktır.

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçları, TCK'nın 187. maddesinde kasten işlenebilecek suçlar olarak düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla failin, bilerek ve isteyerek kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapması veya satması, söz konusu suçtan sorumluluğunun doğması bakımından yeterlidir.

Bununla birlikte kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden, söz konusu suç ancak, kişilerin hayatı ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaçların yapılması veya satılması hareketleri bölünebilir nitelikte ise ve bu hareketlerin icrasına başlanmış olmasına rağmen söz konusu hareketler, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış ise teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilecektir.

Öte yandan bu suç, TCK'nın 187. maddesinde seçimlik hareketli suç olarak düzenlendiğinden, fail, somut olayda kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikteki ilacı hem yapmış hem de satmışsa suç, ilk seçimlik hareketin yapılmasıyla yani ilacın yapılmasıyla işlenmiş sayılacak ve tek bir suçun olduğu kabul edilecektir. Ayrıca söz konusu suç, mağduru belli olmayan bir suçtur. Dolayısıyla suç konusu ilaç, aynı kişiye satılmasa dahi ilacın birden fazla satılmasının aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi kaydıyla fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanarak cezanın artırılması mümkündür.

Türk Ceza Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir; bu suça iştirakin her şekli mümkündür. Söz konusu suçun, ilacın içeriğinin hekim tarafından belirlenmesine rağmen, ilacın doğrudan eczacı tarafından hazırlanarak işlendiği şeklinde, suçun kanuni tanımında yer alan hareket, eczacı tarafından yapılmakla birlikte, hekimin reçetesi olmaksızın bu ilaç hazırlanamayacağından hekim ile eczacı söz konusu suçtan müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil**, “İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta – Hekim – Üretici İlişkileri”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 75-84.
- AKTAY, Göknur / HANCI, İ. Hamit / BALSEVEN, Aysun**, “İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu”, sted, 2003, C. 12, S. 7, 261-264.
- AKYILDIZ, Sunay**, “Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008, TBB Yayınları, Ankara 2008, 974-1007.
- ALTUN, Mehmet**, Tahlilhane'den İlaç Sanayii'ne Bir Asırlık Birliktelik İ. E. Ulağay İlaç Sanayii Türk A. Ş. 100 Yaşında, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2003.

- ALTUNKAŞ, Aysun**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90), Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı, 2012, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2011.
- BAŞPINAR, Veysel**, “İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 85-110.
- BÜYÜKAY, Yusuf**, “İlaçların İnternet Üzerinden Satışına İlişkin Avrupa Mahkemesinin Kararı (11 Aralık 2003)”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 237-271.
- BÜYÜKBİNGÖL, Erdem**, “İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, 281-298.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım, 7. Baskı, İstanbul 2011.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan**, “Kamu Görevlisinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk”, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler, 1. Baskı, Temmuz 2007, 32-53.
- ÇAKMUT, Özlem Yenerer**, “Taklit – Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası’nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK m. 186-187)”, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No: 2, Marmara Üniversitesi, 01.06.2007, 126-150.
- DEMİR, Mehmet**, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczanenin ve Hekimin Sorumluluğu”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, 329-354.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2012.
- DOĞAN, Cahid**, “İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Cezai Sorumluluk”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, 411-454.
- DÖNER, İsa**, “İlaç Sahtekarlığı Suçları (TCK m. 186 – TCK m. 187)”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 361-389.
- EREN, Hayrettin**, “İlaçların Onaylanması ve Piyasaya Sürülmesinden Dolayı Devletin Sorumluluğu”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 283-294.

- ERENMEMİŞOĞLU, Aydın**, “İlacın Yan Etkileri ve Kabul Edilebilir Yan Etki”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 125-149.
- ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin**, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995.
- GÜNEY, Niyazi / ÖZDEMİR, Kenan / BALO, Yusuf S.**, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- HAKERİ, Hakan**, “İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Yener Ünver / Ali Kemal Yıldız / Onur Özcan, İstanbul 2008, 137-166.
- HATİPOĞLU, Cumhuriyet Atalay**, İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında AR-GE/ İzin Sürecindeki İlaçlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 92, Ankara 2008.
- KESKİN, Serap**, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- KOCA, Mahmut**, “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 321-359.
- MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Madde 1-187), I, Ankara 2007.
- MOYNIHAN, Ray / CASSELS, Alan**, Satılık Hastalıklar, Hayykitap, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- ÖZDEMİR, Çağlar**, “İlaç Zararlarının Adli Tıp Boyutu”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 391-394.
- ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2011.
- ÖZSUNAY, Ergun**, “İlaçların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 37-73.
- ŞENCAN, Nazlı**, “Eczacının İlaç Üzerindeki Sorumluluk ve Zorunlulukları”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim

2008, Yayına Hazırlayanalar: Yener Ünver / Ali Kemal Yıldız / Onur Özcan, İstanbul 2008, 167-195.

**TOKALAK, İsmail**, Dünyada Gıda ve İlaç Terörü, Gülerboy Ltd. Yayıncılık, 1. Basım, İstanbul 2010.

**ÜNVER, Yener**, “Sahte, Taklit İlaç İle Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı ve Kullanılması”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, 387-410.

**YERER AYCAN, Mükerrerem Betül**, “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 1-17.

**YILDIRIM, M. Fadıl**, “Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu”, İlaç Hukuku, Editörler: Murat Şen / Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri, 19-36.

**ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Ders Kitabı, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul 2011.

**ZAFER, Hamide**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 188)”, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No: 2, Marmara Üniversitesi, 01.06.2007, 94-125.

İlaç Sanayii Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Ankara 2001.

### **İnternet Kaynakları**

**GÖÇENER, Ferda**, “Dünya Sağlık Örgütü, Sahte İlaçlar ve İnternet”, [http://www.havanhaber.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=182:duenya-salk-oerguetue-sahte-ilaclar-ve-internet&catid=38:eczacinin-gundemi&Itemid=97](http://www.havanhaber.org/index.php?option=com_content&view=article&id=182:duenya-salk-oerguetue-sahte-ilaclar-ve-internet&catid=38:eczacinin-gundemi&Itemid=97) , (Erişim Tarihi: 10.12.2012).

**SÜZER, Öner**, “Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar”, [http://www.ctf.edu.tr/farma/oner-suzer/pdf/biyoesdegerlik\\_seminer.pdf](http://www.ctf.edu.tr/farma/oner-suzer/pdf/biyoesdegerlik_seminer.pdf) , (Erişim Tarihi: 10.12.2012).

Endikasyon Dışı İlaç Kullanım Kılavuzu, [http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=iegm\\_mevzuat&thelawtype=6&thelawId=142](http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=iegm_mevzuat&thelawtype=6&thelawId=142) , (Erişim Tarihi: 03.12.2012).

“DSÖ: Yoksul Ülkelerdeki İlaçların % 20’i Sahte”, <http://www.medikalakademi.com.tr/index.php/medyadan/2243-dso-sahte-ilac> , (Erişim Tarihi: 10.12.2012).

[http://www.turkcebilgi.org/kimya/biyokimya/ilac-nedir\\_51224.html](http://www.turkcebilgi.org/kimya/biyokimya/ilac-nedir_51224.html) , (Erişim Tarihi: 30.04.2012).

[http://www.doktorumonline.net/mid/articles/id/280/Doktor\\_nedir\\_doktor\\_nedemektir.htm](http://www.doktorumonline.net/mid/articles/id/280/Doktor_nedir_doktor_nedemektir.htm) , (Erişim Tarihi: 03.05.2012).

“Plasebo nedir ve nasıl işe yarar?”, <http://www.sadecebilim.com/index.php/plasebo-nedir-ve-nasil-ise-yarat/> , (Erişim Tarihi: 27.12.2012).

<http://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/?page=komisyon&cat=10>, (Erişim Tarihi: 20.02.2013).

[http://www.ieis.org.tr/BILGINOTLARI/21\\_03\\_2008\\_AB.pdf](http://www.ieis.org.tr/BILGINOTLARI/21_03_2008_AB.pdf), (Erişim Tarihi: 26.02.2013).

# CEZA HUKUKU VE ENSEST FİİLLER ARASINDAKİ İLİŞKİYE GENEL BİR BAKIŞ

*(An Overview to the Relationship Between  
Incest and Criminal Law)*

Asiye Selcen ATAÇ\*

## ÖZET

Ceza hukukunda ensest ilişki genel olarak, evlenmeleri yasak olan yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır. Ancak ensest ilişkinin ceza hukuku alanında suç olarak düzenlenmesi gereken bir eylem olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle ensest ilişkinin; bir hakkın kullanımı şekli olup olmadığı, herhangi bir hukuksal yararı ihlal edip etmediği hususları tespit edilerek, ensest ilişkinin suç olarak düzenlenmesi gerekmediği sorununa cevap aranmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Ensest, Ceza hukuku, Suç, Cinsel özgürlük, Özel hayata saygı hakkı

## *Abstract*

In criminal law incest is defined as the sexual relationship between adults whom marriage is forbidden. However it is still a matter of discussion whether incest should be regulated as a crime in criminal law. In this study in order to provide a solution to this issue, the problem is discussed primarily from the perspective whether incest is a way of execution of a right and whether it is a violation of a legal benefit.

**Keywords:** Incest, Criminal law, Crime, Sexual freedom, Right to respect to private life

## I- Tanım, Kavram, Tarihçe

Ensest kelime olarak Latince “in cestus” dan gelmekte olup, sıfat olarak pis kirlenmiş, temiz olmayan anlamına gelmektedir. Günümüzde bu terim, evlenmeleri, ahlakça, hukukça, dince yasaklanmış yakın akraba olan kadın ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmalarını ifade etmektedir<sup>1</sup>. Türkçede karşılığı olmayan ensest,

\* Yrd. Doç. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Polat, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı Tanımları I, Ankara 2007, s.159.



Arapça'da fücür kelimesiyle ifade edilmektedir. Fücür, yakınlararası cinsel ilişki anlamına gelmektedir<sup>2</sup>.

Tarihte yasaklı bir tabu olan ensest, geleneksel olarak biyolojik açıdan akrabalık bağı olan aile bireyleri arasındaki ilişki olarak açıklanmaktadır. Klasik ensest ilişki, sadece kan bağına dayanmaktadır. Yakın ilişkilerin kurulmuş olduğu ebeveyn bağının ve güvenin oluşmuş olduğu veya ebeveynlerle olan ensest ilişki kavramı uzun yıllar görmezlikten gelinmiştir<sup>3</sup>. Ensest, bir tanıma göre, eşlerin dışında aile bireyleri arasında gerçekleşen cinsel davranışlar olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Ensest ilişkinin; biyolojik ebeveynler ile çocukları arasında (anne-oğul, baba-kız), erkek kız kardeşler arasında, üvey anne - oğul, üvey baba - kız ya da anne- baba ve evlatlık çocuklar arasında gerçekleştiği görülmektedir<sup>5</sup>.

Ensest yasaklarının evrensel nitelikte bir toplumsal kural oluşturduğu, farklı kültürlerle bakıldığında ensesti yasaklayan kuralların olduğu görülmektedir. Kültürel farklılıklar nedeniyle ensestin kapsamı değişiklik göstermektedir. Ancak bütün kültürlerde asıl hedef, ensest kapsamına giren cinsel ilişkileri önlemektir<sup>6</sup>.

Tarihi açıdan bakıldığında ensestin; Peru, Mısır ve Japonya'da kraliyet ailesinin saflığını korumak için meşru olarak kullanılan bir yol olduğu görülmektedir. Eski Yunan Uygarlığı'nda da ensest çok sık gündeme gelen bir konuydu. Sofokles'in Oidipus isimli tragedyası bilinen en önemli eserdir. Eski çağlarda ise örneğin totemizm döneminde anaerkil klan topluluklarında anasoyu ailesinde soy çocuğa anadan geçmekte, baba ile çocuk arasında kan bağı bulunmadığı kabul edilmekteydi. Çocuklar tamamen anaya ait olduklarından, baba ile kız arasındaki cinsel ilişki ya da evlilik totem tabusunu veya kendi soyunun dışından evlenme yani ekzogami<sup>7</sup> kuralını bozmamaktaydı. Ancak anaerkil toplumdaki totem kuralları kız ve erkek kardeşler arasındaki cinsel ilişkide katılık göstermekteydi. Ana-oğul arasındaki ilişki de yasaklı ve tabu olarak karşılanmaktaydı. Ataerkil aile yapısına geçişle birlikte, soybağı erkek soy çizgisinden izlenmeye başlanılmış, tek eşlilik gelişmiş ancak çok yakın kan akrabaları arasındaki evlenmeyi yasaklayan serbest evliliğe giden aşamaya gelinmiştir. Bu sistemde de anaerkil aile yapısından farklı olarak babanın çocuklar üzerinde her türlü cinsel eylemi ensest kapsamında görülmüştür<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Büyük Türkçe Sözlük, www.tdkterim.gov.tr, Erişim tarihi: 11.03.2013.

<sup>3</sup> Polat, s.159.

<sup>4</sup> Mayer, Adele, *Incest: A Treatment Manual for Therapy with Victims, Spouses and Offenders*, 1983, s.4.

<sup>5</sup> Tuğrul, Ahmet Ceylani, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar- Ensest İlişkiler*, Ankara 2010, s.27.

<sup>6</sup> Sezgin, Aysen Ufuk, *Ensestin Ruhsal Değerlendirilmesi Uzman Tanıklık*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, s.11.

<sup>7</sup> Ekzogami anlamı için bkz. *Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü*, www.tdk.gov.tr, Erişim tarihi: 22.05.2013.

<sup>8</sup> Polat, s.162-165. Ensest ilişkinin tarihçesi için bkz: Meiselman, C.Karın, *Incest*, "The Origins of the

Ensest olgusu biyolojik, psikolojik ve sosyolojik boyutta incelenmiştir. Biyolojik boyutta yapılan araştırmalarda ensestin kalıcı ve sürekli bir ilişki olarak ortaya çıkması sonucunda özellikle oğul döllerin genetik materyalinde zararlı genetik çekimlik genlerin homozigotileşmesinden kaynaklanan, gelişmenin yavaşladığı, immunitenin sisteminin zayıfladığı ve buna bağlı olarak hastalıklara karşı direncin azaldığı, döllenme oranının düştüğü tespit edilmiştir. Psikolojik açıdan ensest, intra-psişik bir süreç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Freud'un kuramının temelini oluşturan oedipus ve electra kompleksi birer ensest tiplemesidir. Sosyolojik açıdan din, coğrafya, yöre, dar bir çevrede izole bir biçimde yaşam enseste etken olarak gösterilmiştir<sup>9</sup>.

## II- Ensest İlişkinin Suç Olarak Düzenlenmesi Sorunu

Ceza hukukunda ensest ilişki genel olarak, evlenmeleri yasak olan **yetişkinler** arasındaki **rızya dayalı** cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Ancak ensest ilişkinin ceza hukuku alanında suç olarak düzenlenmesi gereken bir eylem olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu soruya cevap bulabilmek için öncelikle ensest ilişkinin; bir hakkın kullanım şekli olup olmadığı, ensest ilişkiyle herhangi bir hukuksal yararın ihlal edip etmediği hususları tespit edilmelidir. Ensest ilişki sözkonusu olduğunda, cinsel özgürlük ve özel hayata saygı ile ahlak, ailenin korunması ve kamu sağlığı gibi hukuksal yararlar karşı karşıya gelmektedir<sup>11</sup>.

### A-Cinsel Yaşam Özgürlüğü ve Ensest İlişki

Kişinin özel hayatı, dokunulmazlığının bir devamı ve koruyucu unsurudur<sup>12</sup>. Özel hayatın dayanağı olan iki temel ilke, özel yaşam bağımsızlığı ve gizliliğidir. Bağımsızlık en geniş anlamda kişinin yaşam biçimini ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. 8. maddede yer alan kavramlar bir bütün teşkil eden özel hayatın, farklı unsurlarıdır. Bu nedenle İHAM, 8. maddeye ilişkin bir başvuruyu aile ya da konut gibi alt unsurlara bakmadan özel

Incest Taboo" in: A Psychological Study of Causes and Effects with Treatment Recommendations, s.1-26, 1986.

<sup>9</sup> Işıktaç, Yasemin, "Ensest ve Hukuka Yansıması", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 66, Sayı: 4-5-6, İstanbul 1992, s.344 vd.

<sup>10</sup> Sancar, Türkan Yalçın/ Yaşar, Tuğçe Nimet, "Ensest, "Genel Ahlak" ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:80, 2009, s.247.

<sup>11</sup> Ensest ilişkinin, suç olarak düzenlendiği ceza kanunlarına bakıldığında; İtalyan Ceza Kanunu'nda aile ahlakına karşı bir suç olarak 564. maddede, Alman Ceza Kanunu'nda, şahsi hale, evlilik birliğine ve aileye karşı suçlar başlığı altında 173. maddede, Avusturya Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük başlığı altında 211. maddede, İsviçre Ceza Kanunu'nda ise aileye karşı suçlar başlığı altında 213. maddede düzenlendiği görülmektedir. Sancar/Yaşar, s.249.

<sup>12</sup> Bayraktar, Köksal, "Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2007, Sayı:1, s.117.

hayata müdahale genel başlığı altında ele almaktadır<sup>13</sup>. Öğretide İHAM'ın, adil yargılanma hakkında olduğu gibi, 8. maddeye ilişkin şikayetleri, özel hayata müdahale başlığı altında ele aldığı, özel hayata saygı hakkının kendisini oluşturan unsurlardan ayrı bağımsız bir yapıyı haiz olduğu belirtilmektedir<sup>14</sup>.

Ancak İHAM her türlü cinsel faaliyete 8. madde kapsamında bir koruma tanımamıştır. Mağdur bakımından onura aykırılık taşıyan ya da ağır bedensel zarar doğurma riskini taşıyan cinsel davranışlara gösterilen rıza geçerli değildir<sup>15</sup>. Laskey, Jaggar ve Brown/Birleşik Krallık davasında cinsel tatmin amacıyla sado-mazoşist faaliyetlerde bulunan ve bu nedenle cezalandırılan kişilerin İHAM'a yaptıkları başvuruda, Mahkeme olayın kamu sağlığı, ceza hukukunun caydırıcı etkisi ve kişisel iradeyle ilgili bir konu olduğunu, somut olayda ciddi zararlar doğmamış olsa bile devlet yetkililerinin bu tip fiilleri suç sayıp saymama kararı verirken bu fiillerin ilgililere zarar verebilme potansiyelini de göz önüne alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir<sup>16</sup>. Cinsel yaşam özgürlüğü, özel hayata saygı hakkının unsurudur. Kişinin bedeni, moral bütünlüğü ile cinsel yaşamı özel yaşam kapsamındadır<sup>17</sup>. Kişinin cinsel tercihleri ve bu tercihlere uygun yaşamı, kişinin özel hayatının önemli bir unsurudur<sup>18</sup>. Enest ilişkide, kişinin rıza göstererek üzerinde tasarrufta bulunduğu hak, özel hayata saygı hakkı kapsamında yer alan, özgürce cinsel yaşamını sürdürebilme hakkıdır. Cinsel yaşam özgürlüğü, kişinin irade özerkliğinin kullanım şekillerinden biridir. Enest ilişki, cinsel yaşam özgürlüğünün kullanım şekillerinden biri olarak kabul edildiğinde, öncelikle enest ilişkide kullanılan hakla, enest ilişkiyle herhangi bir hak ya da değer ihlal edilip edilmediği, ihlal edildiyse bu ihlalin özgür cinsel yaşama sahip olma hakkı karşısında ağır basıp basmadığı belirlenmelidir. Enest ilişkiyi suç olarak düzenleyen mevzuatlara bakıldığında, ailenin korunması, genetik yapının korunması, ahlakın korunması, korunan hukuksal yararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

## B- Enest İlişkinin İhlal Ettiği Hukuksal Yarar

Enest ilişkinin suç olarak düzenlendiği örneklere bakıldığında, bu fiillerin yasaklanmasının en yaygın ve önemli nedenlerinden birisi, aralarında kan bağı bulunan insanlar arasındaki cinsel ilişkinin genetik olarak sorunlu nesillerin ortaya

<sup>13</sup> Gözübüyük, Şeref /Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması" 9. Bası, Ankara 2011, s.331.

<sup>14</sup> Bkz. Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), Beta, 2010, s.29.

<sup>15</sup> Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Ceza Özel Hukuku, s.314.

<sup>16</sup> Duterte Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2003, s.301-303, aktaran Zafer, Özel Hayat, dipnot: 158, s.35.

<sup>17</sup> Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, İstanbul 2002, s.292, 293.

<sup>18</sup> Zafer, Özel Hayat s.29.

çıkmasına neden olabileceği düşüncesidir<sup>19</sup>. Bu açıdan bakıldığında enest ilişki yasağı ile korunmak istenen hukuksal yarar, gelecek nesillerin potansiyel genetik sağlığıdır. Burada kamu sağlığı korunan hukuksal yarar olarak ifade edilebilir.

Karşı görüş; enest ilişkiyi yasaklayan kurallarla korunmak istenen hukuksal yarar genetik sorunları engellemekse, down sendromlu çocuk sahibi olma ihtimalini bilerek çocuk yapanlara da farklı davranılmaması gerektiğini, toplumda kural olarak genetik bozukluğunu bilerek çocuk sahibi olan ebeveynlerin saygı gördüğünü ancak enest çiftlerin dışlandığını belirtmektedir<sup>20</sup>.

Aile birliğini ve yapısını korumak, korunan bir diğer hukuksal yarar olarak karşımıza çıkmaktadır. Korunan hukuksal yarar olarak aile birliğinin öne sürüldüğü düzenlemelere göre enest yasağı aile birliği içinde uygun rol model sağlanarak kişiler gelecekteki ailesel sorumluluklarına hazırlamaktadır. Ancak bu gerekçeye bakıldığında dünyadaki eşcinsel evliliklerin de yasak olması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Kişilerin cinsel tercihleri cinsel özgürlük kullanımındaki irade özerkliğinin bir gereğidir. İHAM içtihatlarında da belirtildiği üzere, ergin kişilerin eşcinselliğinin yaptırımı bağlanması özel yaşama saldırı niteliğindedir<sup>21</sup>. Enest ilişkiyi bu gerekçeyle cezalandırmak, aile yapısının korunmasından beklenen faydayı sağlamayacaktır<sup>22</sup>.

Enest ilişki yasağı ile korunmak istenen hukuksal yararın toplumsal ahlak olduğu, bu nedenle enest ilişkinin cezalandırılması gerektiği ileri sürülen bir diğer görüştür. Ancak belirtmek gerekir ki, bugünkü ceza hukuku anlayışında cinsel nitelikteki eylemlerin suç haline getirilmesinde, korunan hukuksal yarar toplumsal ahlak değil, cinsel özgürlüktür<sup>23</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin Alman Ceza Kanunu'nda kardeşler arası enest ilişkiyi düzenleyen 173/2-2 maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada vermiş olduğu karar dikkat çekicidir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kardeşler arası enest ilişkiyi suç olarak düzenleyen ceza normunun, Alman Anayasasında yer alan cinsel özgürlüğe ilişkin düzenlemeyle, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği, bu normun anayasada yer alan eşit davranma ilkesi ile bağdaşmadığı, hükümde yer alan yaptırımın orantılı olmadığı iddiasıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür. Ayrıca yapılan itirazda hükmün sadece ahlak anlayışını ele alarak, hukuki menfaat-

<sup>19</sup> Dubber, Mark, "Policing Morality: Constitutional Law and The Criminalization of Incest", University Of Toronto Journal, 61, 2011, s.755; Bergelson, Vera, "Vice is Nice But Incest is Best: The Problem of a Moral Taboo", s.46.

<sup>20</sup> Bergelson, s.47.

<sup>21</sup> Kaboğlu, s.294. Aile yapısını korunan hukuksal değer olarak kabul edilmesine yönelik eleştiri için ayrıca bkz. Dubber, s.754.

<sup>22</sup> Bergelson, s.49.

<sup>23</sup> Centel, Nur, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart- Nisan 2012, s.271.

lerin korunmasına hizmet etmediği, aile, sosyal yapı ve genetik açıdan ileri sürülen tehlikeli etkilerin deneysel olarak ispatlanamadığı belirtilmiştir (§.III.24). Alman Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararda; Alm. CK'nun 173. maddesinde<sup>24</sup> yer alan suç ile ailevi iç ilişkilerin korunması, ailenin kurumsal nitelikte korunması, enest ilişki sonucunda aile içinde rollerin değişmesiyle birlikte ailenin toplumsallaşma görevini yerine getiremediği belirtilmiştir (§A.27)<sup>25</sup>. Ayrıca enest ilişki sonucunda doğan çocukların fiziksel, psikolojik birtakım sorunlar yaşadığı, toplum tarafından dışlandığı, yakın aile mensuplarının çift işlevi nedeniyle akrabalık ilişkisi ve sosyal rol dağılımının kesişmesi nedeniyle kimlik kaybı yaşandığı bu suretle ailedeki yapısal düzenin bozulduğu ifade edilmektedir. (§A.28; §B. 45). Bu suretle yaşanan ilişkilerde kişisel kimlik kaybı ve aile yapısının kaybı nedeniyle onurlu yaşam hakkına saygı duyulmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir (§A. 28)<sup>26</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında, Alm. CK m.173/2-2 hükmünün, özel hayatın çekirdek alanına müdahale teşkil etmediği, 173/2- ile özel hayatın kullanım biçimine bir sınır getirildiği ifade edilmektedir. Mahkeme kararda, kardeşler arası cinsel ilişkinin sadece cinsel ilişkide bulunanları ilgilendirmediğini, aynı zamanda aileyi ve toplumu da etkilediğini ifade etmektedir. Mahkeme Alm. CK 173/2 maddesiyle üçlü bir koruma alanı yaratıldığını belirtmektedir. Bu hükümlerle enest ilişkiye giren tarafların korunması, aile düzeninin korunması ve enest ilişkiden doğacak çocuklarda ortaya çıkabilecek ağır genetik hastalıkların önlenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca enest toplumdaki tabu olması nedeniyle, bu ilişki sonucunda doğacak çocukların soyları nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının kuvvetle muhtemel olduğu belirtilmiştir<sup>27</sup>. Belirtilen nedenlerle Alman Federal Anayasa Mahkemesi Alm. CK 173/2-2 maddesinde yer alan kardeşler arasındaki enest ilişkiyi yasaklayan ceza normunun anayasaya aykırılığı iddiasını reddetmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda da ifade edildiği üzere enest ilişki, biyolojik ebeveynler ile çocukları arasında (anne-oğul, baba-kız), erkek- kız kardeşler arasında, üvey anne - oğul, üvey baba - kız ya da anne- baba ve evlatlık çocuklar arasında gerçekleşmektedir<sup>28</sup>. Ceza hukuku anlamında enest ilişki ise evlenmeleri yasak olan yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır.

<sup>24</sup> Madde 173 "Akrabalar Arasında Cinsel İlişki

<sup>1)</sup> Herkim, altsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

<sup>2)</sup> Her kim, üstsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, iki yıl kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi bu hüküm uygulanır. Birbirleriyle cinsel ilişkide bulunan öz kardeşler de aynı şekilde cezalandırılır. Yenisey, Feridun, Plagemann Gottfried, Strafgesetzbuch (StGB), Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.239.

<sup>25</sup> Sancar/Yaşar, s.263, 264.

<sup>26</sup> Sancar/Yaşar, s.265, 271.

<sup>27</sup> Sancar / Yaşar, s. 274.

<sup>28</sup> Tuğrul, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar- Enest İlişkiler, Ankara 2010, s.27.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda da görüldüğü üzere, suç politikası bakımından, ailenin, gelecek nesillerin potansiyel genetik sağlığının korunması, kişinin cinsel yaşam özgürlüğünden daha ağır basan bir değer olarak ortaya çıkmakta ve bu nedenle enstest ilişki suç olarak düzenlenmektedir. İç hukuka bakıldığında enstest ilişki, medeni hukukta evlenme yasakları olarak (TMK m.129) karşımıza çıkarken, ceza hukuku alanında, **aralarında evlenme yasağı olan yetişkinlerin rızaya dayalı** olan cinsel birleşmelerinin suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ancak öğretilerde, rızaya dayalı ve rızaya dayalı olmayan enstest ayrımı yapılmıştır. Bu ayrıma göre; 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı başlığı altında, cinsel saldırının aralarında üçüncü derece dahil kan kayın hısımlığı bulunan kişiye karşı işlenmesi hali, yani rızaya dayanmayan enstest ilişki, cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir (TCK m.102/3-c). Diğer taraftan çocukların cinsel istismarı başlığı altında, üstsoy, ikinci veya üçüncü derece kan hısmı, üvey baba, evlat edinen kişiler tarafından çocuğa karşı işlenmesi hali, geçerli rızaya dayanmayan enstest ilişki, cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir (TCK m.103/3)<sup>29</sup>. TCK'da, evlenmesi yasak olan yetişkinler arası rızaya dayalı cinsel ilişki -enstest ilişki- suç haline getirilmemiştir. Örneğin, yetişkin bir kız ile babası arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişki suç değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, fiilin **geçerli bir rızaya** dayalı olup olmadığının ispatı oldukça zordur. Bu durumda, yetişkin kız evladın; cinsel ilişkiye girmediği takdirde, zarara uğrayacağını düşünmesi ve bu düşüncenin yarattığı korkunun irade üzerinde bir baskı oluşturması, bu baskının zor unsuru olarak iradeyi etkilemesi ve bu nedenle rıza gösterildiğinin tespit edilmesi halinde artık geçerli bir rızadan söz edilemez. Fiil, mevcut TCK m. 102/3-c hükmüne göre suç teşkil etmektedir.

Kanımızca, evlenmesi yasak olan yetişkinler arası rızaya dayalı enstest ilişkinin, ailenin yapısının korunmasına ya da genetik sağlığın korunmasına yönelik hukuksal değerleri ihlal etmesi, bu eylemin suç haline getirilmesi için yeterli değildir.

Bir eylem, bir hukuksal değeri ihlal etse dahi, o eylemin cezalandırılması, yani ceza hukuku alanında yaptırıma bağlanabilmesi için, cezaya liyakat, ceza hukukunun son çare oluşu ilkeleri doğrultusunda değerlendirme yapılması gereklidir<sup>30</sup>. Bu bağlamda enstest ilişkinin genel olarak toplumsal ahlaka aykırı oluşu, aile yapısı ve düzenini ihlal edici nitelikte olması, bu eylemlerin ceza hukuku alanı içinde suç

<sup>29</sup> Sancar/Yaşar, s. 247. 765 sayılı TCK'nun 237.maddesinde evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiyi evlenmeleri halinde suç sayan bir düzenleme mevcuttu. Bu kişiler evlenmedikleri müddetçe eylem cezalandırılmamaktaydı. Ayrıca bu madde hükmüne göre evlenmeleri yasak olan bu kişilerin bilerek evliliğini gerçekleştiren evlenme memurları, bu kişileri evliliğe sevk eden veya rıza gösteren veli ve vasilerde cezalandırılmaktaydı. Alpsoy, Arif Nihat, Erginler Arasında Rızaya Dayalı Fücür İlişkinin Cezalandırılma Problemi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s.84.

<sup>30</sup> Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s.1030.

haline getirilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda, ceza hukuku alanının son çare olması ilkesi gereğince, cezalandırmanın fayda sağlayacağı eylemlerin suç olarak düzenlenmesi bugünkü ceza hukuku anlayışına daha uygun olacaktır<sup>31</sup>. Bu nedenle öğretide de evlenmeleri yasak olan yetişkin kişilerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerinin cezalandırılmasının hukuk kuralları yerine etik ve dini kanunlara bırakılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>32</sup>. Zira eylemin suç haline getirilmesiyle, ceza hukuku alanında uygulanacak yaptırımların toplumsal ahlakı ve aile yapısını koruma noktasında ve bu bakımdan yetişkinler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen ensest ilişkiyi engellemek adına bir etkisi olmayacağı kanaatindeyiz.

<sup>31</sup> Nuhoğlu, Ayşe, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Beta 2009, s. 4,5.

<sup>32</sup> Yarsuvat, Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", *İÜHFİM*, C.XXX. S.1-2, s.115.

## TÜRK CEZA KANUNU'NDA HAKARET SUÇU

### *(The Crime of Defamation in Turkish Criminal Code)*

Devrim AYDIN\*

#### ÖZET

Şerefe karşı suçlar, 5237 sayılı TCK m. 125-131 arasında düzenlenmiştir. Şeref, bireyin toplum içinde diğer kişiler nezdindeki saygınlığını ifade eder. Hakaret etmek; kişilerin birey olmaktan kaynaklanan ve diğer kişiler nezdinde sahip oldukları sosyal değerlerin yok sayılması ve kişiliklerinin değersizleştirilmesidir. Kişilerin saygınlıklarını zedeleyebilecek söz ve davranışlar, belli bir somut durum ya da olgunun isnat edilmesi suretiyle olabileceği gibi genel ve soyut nitelikteki söz ve davranışlarla da işlenebilir. Hakaret, mağdurun huzurunda işlenebileceği gibi, mağdur muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle de işlenebilir. Mağdurun hakaret fiilinin işlendiği yerde bulunmadığı, hakarete bizzat muhatap olmadığı durumlarda da mağdurun saygınlığı başka kişiler nezdinde zedelenmiş olacaktır. Ancak mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi şartı Kanun'da aranmıştır. Hakaret suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Gerçek kişilerin bu suçun mağduru olabileceklerine dair herhangi bir tartışma yoktur, ancak tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olup olamayacağı tartışmalıdır. Düşünceyi açıklama ve eleştiri, basının haber verme hakkı, dilekçe ihbar ve şikayet hakkının kullanılması, idari ve adli merciler önündeki iddia ve savunmalar bu suç açısından başlıca hukuka uygunluk nedenleridir. Suçun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi; kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi; karşılıklı olarak işlenmesi halleri cezayı azaltan veya kaldıran şahsi nedenler olarak düzenlenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Ceza hukuku, Şeref, Şerefe karşı suçlar, Hakaret suçu, Hakaret.

#### *Abstract*

Offences against the honour are between articles 125 and 131 of Turkish Criminal Code (Law Nr. 5237). The legal aim of the crime of defamation is to protect the dignity of an individual in society. Crime of defamation may be committed in presence or absentia of the victim. But in order to punish the

\* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



offense committed in absentia of the victim, the act should be committed in presence of least three persons. The mental element of the crime of defamation is intention and the material element of the crime is any types of written, oral or pictorial acts which are suitable to insult the social dignity of a person. Any person may be the victim of this crime but some scholars agree that not only natural persons but also corporations may be the victim of this crime. In case the accusation or act constituting offense is proved, the person responsible of such act may not be punished. No punishment is imposed declarations before administrative authorities or the courts. The penalty shall be diminished in case of mutual defamation or provocation.

**Keywords:** Criminal law, Dignity, Honour, Crimes against the honour of persons, The crime of defamation, Defamation.

## Giriş

Demokratik bir toplumda herkesin kendini dilediği gibi ifade etme özgürlüğü vardır. İfade özgürlüğü sadece kişilerin düşündükleri herhangi bir olağan konuyu açıklamalarını güvenceye almaz. Bireylerin ifade özgürlüğü, diğer kişilerin, yöneticilerin ve kamuoyunun hoşuna gitmeyen açıklamaları da kapsar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10/f.1'e göre, "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.*" Sözleşme'ye göre ifade özgürlüğü sadece konuşma, anlatma tarzındaki ifadelerle sınırlı olmayıp ifadeyi mümkün kılan her türlü vasıtayı kullanmayı ve gündelik hayata, bilime, sanata, sosyal hayata, ekonomiye dair her türlü bilgi ve düşüncenin aktarılmasını güvenceye alır. Ancak birçok hak ve özgürlük gibi ifade özgürlüğü de sınırsız olmayıp meşru bir amaçla, demokratik bir toplumda orantılı ve zorunlu olmak koşuluyla ve kanunla sınırlanabilir. Nitekim Sözleşme'ye göre (m.10/2) "*Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda .... kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi... ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması... için ... gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*"

Kişiler ifade özgürlüğü kapsamında kendilerini diledikleri araçlarla ve diledikleri biçimde ifade edebilirler. Ancak Sözleşme'de de ifade edildiği gibi, ifade özgürlüğü başkalarının şöhret ve haklarının ortadan kaldırılmasına imkan vermez. İfade özgürlüğü, bireylerin toplum içindeki saygınlıklarını sarsabilecek nitelikteki davranışları kapsamaz. Bu nedenle birçok ülke ceza kanunlarında kişilerin saygınlıklarını sarsan fiiller yasaklanmıştır. Bir dönem sadece ayrıcalıklı sınıfların soylu üyelerinin saygınlıkları ceza hukuku tarafından korunurken Fransız Devrimi sonrasında artan bir hızla toplumdaki herkesin bir saygınlığı olduğu kabul edilmiş ve herkesin diğer kişiler önünde ve toplum içindeki saygınlığı cezai himayenin konusunu oluşturmuştur.

Şerefe karşı suçlar, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) mağdurun niteliğine göre değişik yerlerde düzenlenmekteydi. Mülga kanunda kişilere karşı işlenen hakaret ve sövme fiilleri, “hakaret ve sövme cürümleri” başlığı altında m. 480-482 arasında; “kutsal varlıklara hakaret” m. 175'te; “memura hakaret” m. 266'da; “memura vazife esnasında hakaret ve sövme” m. 267'de; “resmi heyetlere, hâkime hakaret” ise m. 268'de düzenlenmişti. Şerefe karşı suçlar, 5237 sayılı TCK m. 125-131 arasında düzenlenmiştir. Mülga kanunda hakaret ve sövme fiilleri iki ayrı suç türü olarak düzenlenmiş ve sövme fiillerine daha az ceza öngörülmüştü; oysa 5237 sayılı TCK'da bu ayrıma son verilerek sövme fiilleri hakaret suçunun bir işleniş biçimi olarak düzenlenmiştir. Bireylerin onur ve saygınlığını hedefleyen hakaret fiilleri (genel tahkir suçları) 5237 sayılı TCK'da m. 125-131 arasında düzenlenmişken, hakaret suçunun özel halleri (özel tahkir suçları) “Cumhurbaşkanı'na hakaret” (TCK m. 299), “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama” (TCK m. 300), “Türklüğü, cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama” (TCK m. 301) ve “Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret” (TCK m. 341) başlıkları altında düzenlenmiştir. Bu çalışmada esasen TCK m. 125 -131 arasında düzenlenmiş olan (genel) hakaret suçları ele alınacaktır.

## I. Hakaret Suçu Hakkında Genel Açıklamalar

### 1. Suçun Hukuki Konusu

Onur; Fransızca honneur, Latince – İtalyanca onore kelimelerinden dilimize geçmiştir. Şeref ise dilimize Arapça'dan geçmiştir. Onur; insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis demekken şeref; yücelik, büyüklük, insanlar arasında geçerli ve makbul olma anlamına gelmektedir.<sup>1</sup> Görüldüğü gibi onur ve şeref kavramları iki başka dilden Türkçe'ye geçmiş olup özünde aynı şeyi ifade etmektedirler. Yine Arapça'dan dilimize geçmiş olan hakaret ise, onur kırma, küçük düşürücü söz veya davranış olarak açıklanmaktadır.<sup>2</sup> Bu nedenle onur, şeref ve saygınlık kavramları aynı şey olup bireyin toplum içinde diğer kişiler karşısındaki sosyal değerlerini ifade eder. Hakaret ve sövme ise bireylerin bu saygınlıklarının saldırıya uğramasıdır. Hakaret etmek; kişilerin birey olmaktan kaynaklanan ve diğer kişiler nezdinde sahip oldukları sosyal değerlerin yok sayılması ve kişilerin sosyal değerlerinin yok sayılarak kişiliklerinin değersizleştirilmesidir.

Suçun hukuki konusu, suçla korunmak istenen hukuki varlık ya da menfaattir. Hakaret suçunun hukuki konusu ise bireyin toplum içindeki saygınlığı, yani sosyal bir kavram olan şereftir.<sup>3</sup> Hakaret bireyin toplum içindeki saygınlığını zedeleyebile-

<sup>1</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr), son erişim 11.01.2013).

<sup>2</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük.

<sup>3</sup> Sahir Erman - Çetin Özek: Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yay., İstanbul, 1994, s. 255.

ceği gibi bireyin kendisine karşı duyduğu öz-bireysel saygınlığını da zedeleyebilir.<sup>4</sup> Bu nedenle doktrinde bir insanın kendisine yönelik beslediği iyi duygu (sübjektif-iç şeref) ve diğer kişilerin o insana verdiği değer ve saygı (objektif-dış şeref) şeklinde ayırım da yapılarak hakaretin her iki tür saygınlığı zedeleyebilecek nitelikte olduğu kabul edilmektedir.<sup>5</sup> Şeref, kişilerin toplum içindeki saygınlığının yanı sıra bireyin kendisi hakkındaki kanaatlerini de içeren karma bir niteliğe sahiptir.<sup>6</sup> Bu nedenle kanun hem yüze karşı hem de yoklukta ve alenen işlenen hakaret fiillerini cezalandırmıştır. Örneğin yüze karşı hakarete fail ve mağdurun dışında hiç kimse hakareti duyup öğrenme de mağdurun saygınlığı saldırıya uğramış olacaktır. Hakaret suçuyla korunmak istenen hukuki konu kişilerin saygınlığıdır. Kişilerin saygınlığı kişilerin toplum içinde, diğer insanlar nezdindeki itibarı olabileceği gibi kişilerin bizzat kendi kişiliklerine verdikleri değer de olabilir

## 2. Suçun Faili

TCK m. 125'te "*bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi*" denilmiştir. Hakaret suçunun faili herhangi bir gerçek kişi olabilir ancak tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.<sup>7</sup> Bir tüzel kişiyi temsil ve idareye yetkili olanların işledikleri hakaret fiillerinden dolayı sadece bu fiilleri işleyen gerçek kişiler sorumlu olabilir. Gerçek kişinin hakaret suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi ise ceza ehliyetinin (isnat yeteneğinin) bulunmasına bağlıdır. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü geçici bir nedenin varlığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan kişiler hakaret suçunun faili olsalar bile cezalandırılmaları olanaklı değildir. Diplomatik dokunulmazlıktan, yasama dokunulmazlığından yararlanan kişiler de bu suçun faili olabilirler ancak bağışıklıkları nedeniyle yargılanamazlar.

Mülga TCK m. 251'de "*Bir memur vazife esnasında bir kimse aleyhine bir cürüm işlerse kanunda yazılı olmayan hallerde o cürme kanunen terettüp eden ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*" denilerek kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada kişilere hakaret etmesi halinde ceza artırılmaktaydı. 5237 sayılı Kanun bu yönde bir ayırma gitmemiştir. Failin kamu görevlisi olması, suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmemiştir.

<sup>4</sup> Zeki Hafizoğulları - Muharrem Özen: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara, 2011, s. 230; Murat Kayaççek: Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara, 2008, s. 16.

<sup>5</sup> Bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2007, s.414; Ahmet Caner Yenidünya - Mehmet Emin Alşahin: "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, Sayı: 68, Yıl: 2007, s. 45; Nur Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yay., İstanbul, 2007, Cilt:1, s. 221.

<sup>6</sup> Sinan Bayındır - Özge Apiş: "Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, Yıl: 2010, Sayı: 91, s. 71; Emine Ülker Tarhan: Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Yetkin Yay., Ankara, 2007, s. 275.

<sup>7</sup> Yenidünya - Alşahin, s. 45 - 46; Kayaççek, s. 24-25.

Hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde failin belirlenmesi ve cezai sorumluluğun esasları 5187 sayılı Basın Kanunu'nda düzenlenmiştir. *Cezai sorumluluk başlıklı m. 11'e göre*, “Sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Sürelî yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayıncının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.” Basın kanunundaki bu hükümler Anayasa m. 38’de öngörölmüş olan suç ve cezaların kişiselliği ilkesine aykırı olduğu için eleştirilmektedir.<sup>8</sup> Öte yandan, basın ve yayın alanında faaliyet gösteren yayımcı ya da basımcının tüzel kişi olması mümkündür. Hakaret suçunun basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde, yayımcı ya da basımcının tüzel kişi olması durumunda tüzel kişinin cezai sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek gerekecektir.<sup>9</sup> Ancak “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz” diyen TCK m. 20 karşısında tüzel kişiye ceza verilemeyecektir. Tüm bu nedenlerden dolayı Basın Kanunu’ndaki düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

### 3. Suçun Mağduru

Hakaret suçunun mağduru herhangi bir kişi olabilir. Herhangi bir kişi kendisine saygı duyulmasını beklemek hakkına sahiptir, çünkü modern hukuk düzeni herkesin birey olarak kişilik haklarını ve saygınlığını korur. Bireyin kendisine olan saygınlığını yitirmiş olması, kendisini değersiz görmesi halinde de bu kişiye yönelik hakaretler suç teşkil eder. Ancak mağdurun şikâyetçi olmaması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Politikacıların, sanatçıların, bilim adamlarının yanı sıra sosyal hayatta tanınmayan bireylerin de saygınlığı vardır. Çünkü cezai düzen, hakaret suçu açısından mağdurların sosyal konumlarına göre bir ayrıma gitmeyerek tüm bireylerin saygınlığını korumaktadır. Gerçek hayat bunun tersine olsa da evsizlerin,

<sup>8</sup> İlhan Üzülmöz: “Hakaret Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi içinde, Nisan 2010, Sayı: 12, s. 43; Tezcan - Erdem - Önok, s. 415; Yenidünya - Alşahin, s. 46; Kayaççek, s. 26.

<sup>9</sup> Veli Özer Özbek: “Şeref Karşı Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi içinde, Nisan 2005, Sayı:5, s. 258.

dilencilerin de bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmek gerekmektedir.<sup>10</sup> Ancak mağdurun toplumsal saygınlığı, tanınmışlığı tazminat hukuku açısından farklı sonuçlar doğuracaktır.

İnsan yeteneği olmayanlar ve küçükler de kendilerine yöneltilen hakaret fiilini idrak edip anlamasalar da hakaret suçunun mağduru olabilirler.<sup>11</sup> Çünkü bu kişilerin de diğer insanlara karşı saygınlıklarının korunması gerekir. Bu nedenle yaşı, hastalığı, akıl hastalığı, fiziksel engeli gibi bir nedenden dolayı hakaret fiilini anlayamayan, idrak edemeyen kişiler de hakaret suçunun mağduru olabilirler.<sup>12</sup> Akıl hastası ve çocukların mağdur olduğu durumlarda şikayet hakkını bu kişilerin kanuni temsilcileri kullanabilecektir.<sup>13</sup> Hukuk düzeni herkesin toplum içinde bir saygınlığının olduğunu kabul ederek bütün kişilerin saygınlığını diğer kişilere karşı korur; bu nedenle kamuoyunun değersiz olarak gördüğü ve toplum içinde saygı duyulmayan kişiler de suçun mağduru olabilirler.<sup>14</sup>

Ölümler hakaret suçunun mağduru olamazlar, çünkü ölümlerle kişilik son bulmakta ve ölü, hukukun süjesi olmaktan çıkmaktadır.<sup>15</sup> Ancak ölü hakkında söylenen sözler ve cesedine yönelik davranışlar, ölünün yakınlarının saygınlığına saldırı niteliğinde olabilir.<sup>16</sup> Bir ölünün hatırasına yönelik hakaret fiilinde esasen ölünün yakınların-saygınlığını korumak amacıyla "Kişinin hatırasına hakaret"<sup>17</sup> başlıklı TCK m. 130/f.1'de "*Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.*" denilmiştir. Ölünün hatırasına hakaret fiilinin cezalandırılabilmesi için suçun en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmiş olması koşulu aranmıştır.

Bilindiği gibi kanunlar genel ve soyut olup belli bir kişiye yönelik düzenlemeler getiremezler. Bunun hukukumuzdaki istisnalarından biri Mustafa Kemal Atatürk'ün hatırasını korumak amacıyla çıkarılmış olan 31/07/1951 tarih ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'dur. Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu Kanun'un 1. Maddesine göre, "*Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye*

<sup>10</sup> Erol Çetin: Yeni Türk Ceza Yasası'ndaki Hakaret Suçları, Seçkin Yay.,3. Baskı, Ankara 2008, s. 17.

<sup>11</sup> Kayaççek, s. 37.

<sup>12</sup> Yenidünya - Alşahin, s. 47; Centel - Zafer - Çakmut, s. 223.

<sup>13</sup> Hafizoğulları - Özen, s. 230.

<sup>14</sup> Bkz. Mine Arısoy: "Hakaret", Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, Yıl: 2007, Sayı:72, s. 158; Tezcan - Erdem - Önok, s. 415; Kayaççek, s. 38.

<sup>15</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 223.

<sup>16</sup> Tezcan - Erdem-Önok, s. 416; Kayaççek, s. 53; Üzülmez, s. 44.

<sup>17</sup> Medeni Kanun'un "Doğum ve ölüm" kenar başlıklı 28. maddesine göre, "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlerle sona erer.*" Ölümle kişilik son bulduğuna göre madde başlığı "kişinin hatırasına hakaret" değil, "ölünün hatırasına hakaret" biçiminde olmalıdır.

*bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası verilir.*” Bu kanunla korunmak istenen Türkiye Cumhuriyeti'nin temel kurucularından olması nedeniyle Atatürk'ün saygınlığıdır. Hakaret suçu esasen şikâyete bağlı bir suç olmasına rağmen bu kanunda yazılı suçlardan dolayı Cumhuriyet savcılıklarınca re'sen takibat yapılır.

Hakaret suçunun varlığı için mağdurun isminin mutlaka söylenmiş, isnadın açıkça belirtilmiş olması gerekmez; önemli olan mağdurun belirli veya belirlenebilir olmasıdır.<sup>18</sup> Matufiyet olarak da ifade edilen bu durumda önemli olan hakaretin kime yöneldiğinin tesbit edilebilir olmasıdır. Mağdurun belirlenmesi başlıklı TCK m. 126'da , *“Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.”* denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Kimi durumlarda mağdurun isminin baş harflerinin, yaptığı ve kamuoyunca bilinen işinin belirtilmesi yeterli olabilir. Örneğin “şarkıcı minik serçe” ifadesi ile Sezen Aksu'nun, “karakartal” ifadesiyle Beşiktaş Spor Klubü'nün, “12 dev adam” ifadesiyle Basketbol Milli Takımı'nın ifade edildiği kamuoyunda duraksamaksızın anlaşılır. Bunun yanı sıra belli bir tarihte belli bir görev veya mevkide olan kişinin de adının belirtilmesi gerekmeden sadece makamının, işinin belirtilmesi hakaret fiilinin hedefinin belirlenmesini sağlayabilir. Örneğin A partisinin genel başkanı, B bakanı, C şirketinin sahibi, milli futbol takımı kaptanı, vs. ifadelerinin kimi işaret ettiği bellidir. Örneğin failin apartman içinde *“Bu apartmanın yöneticisi hırsızdır”*, Fakülte önünde *“Bu Fakültenin dekanı aptaldır”* diye bağırması hallerinde kimin hedef alındığı açıktır.

Faile mağdurun birleşmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle failin kendisinden de söz ederek *“X partisine oy veren bizler aptalız”*, *“Benim gibi X sendikasına üye olan herkes salaktır”*, *“Buraya geldiğimize göre hepimiz aptalız”* biçimindeki ifadeleri hakaret suçuna vücut vermez.

Mağdura doğrudan hakaret edilmiş, hakaret fiilinin doğrudan faili hedef almış olması da gerekmez. Dolaylı hakaret de denilen durumlarda bir kişiye yönelik hakaret fiilinin bu kişiyle irtibatlı başka kişilerin de mağdur olması sonucunu doğurabilir.<sup>19</sup> Mülga TCK döneminde hakaret ve sövme ayrımı söz konusu olduğu için Yargıtay, mağdura yönelen hakaretin, koşulları varsa mağdurun yakınları açısından da sövme suçunu oluşturacağı görüşündeydi. Örneğin bir kişiye *“Senin baban A'yı öldürmek isteyen bir katil”* denilerek hakaret edilmesi halinde bu kişinin de; bir dernek başkanına bu görevi nedeniyle *“Bu derneğin üyeleri A'nın malına göz dikmiş hırsızlardan oluşan bir topluluktur”* biçiminde hakaret edilmesi halinde derneğin üyelerinin; evli bir kadına *“Sen kocanı B ile aldatan bir zanlının”* biçiminde ha-

<sup>18</sup> Yenidünya - Alşahin, s. 48; Centel – Zafer – Çakmut, s. 224; Erman – Özek, s. 257.

<sup>19</sup> Bkz. Veli Özer Özbek – M. Nihat Kanbur – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 505; Tezcan – Erdem – Önok, s. 417; Centel- Zafer- Çakmut, s.225.

karet edilmesi halinde kocasının da bu hakaret dolayısıyla mağdur olduğu; ancak bu kişiler açısından somut bir olgu isnadı söz konusu olmadığı için sövme suçunun olduğu kabul edilirdi.<sup>20</sup> 5237 sayılı TCK'da hakaret ve sövme ayırımına yer verilmediği için hakaret ya da sövme biçimindeki aşağılayıcı ifadelerin doğrudan yönelindiği kişinin yanı sıra dolaylı olarak saygınlığı zedelenen diğer kişilerin de hakarete uğradığı kabul edilecektir.<sup>21</sup> Bu nedenle bir kadına “*iffetsiz*” denildiğinde kocasının da bir sendika başkanına “*haramilerin başı*” denildiğinde sendika üyelerinin de hakarete uğradığını kabul etmek gerekecektir. Ancak bu durumlarda mağdur sayısının ayrı ayrı ceza verilmeyerek TCK m. 43/f.2'ye göre zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.<sup>22</sup>

Bunun yanı sıra mağduru doğrudan hedef alan sözler söylemek yerine dolambaçlı ifadeler kullanmak suretiyle, ima veya soru soran ifadelerle hakaret edilmesi de olanaklıdır.<sup>23</sup> Örneğin iki gazeteci arasında geçen bir tartışma sırasında failin mağdura yönelik olarak söylediği “*Herkes sizin hırsız ve yalancı olduğunuzu söylüyor ancak ben öyle düşünmüyorum*”, “*Sizin için aptal diyenler var ama ben buna katılmıyorum*”, “*Tabii ki siz aptal biri değilsiniz değil mi?*”, “*Elbette sizin aptal olduğunuzu söyleyecek kadar saygısız değilim*”, “*Bu sözleri siz değil de bir başkası demiş olsaydı o kişinin aptal olduğunu düşünürdüm*” biçimindeki sözler de hakaret olarak değerlendirilmelidir. Burada önemli olan nedensellik ilişkisinin kesin olarak tesbit edilmesidir.

Ancak bir kişiye hakaret edilmesi, bu kişinin mensup olduğu gruba, topluluğa ya da kuruma da hakaret edildiği anlamına gelmez. Örneğin bir avukata hitaben “*sen hırsız*”, bir diş hekimine yönelik olarak söylenen “*sen aptalsın*” biçimindeki ifade bu mesleğe mensup diğer kişilere hakaret edildiği anlamına gelmez Nitekim AİHM, Grigoriades /Yunanistan kararında mecburi askerlik görevini yapan bir kişinin komutanına gönderdiği hakaret içeren mektuptan dolayı orduya hakaret suçundan mahkum edilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.<sup>24</sup>

#### 4. Tüzel Kişilerin Mağdur Olup Olamayacağı Sorunu

Gerçek kişilerin bu suçun mağduru olup olamayacakları konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak tüzel kişilerin de hakaret suçunun mağduru olup olamayacağı tartışmalıdır. Kimi ceza hukukçuları tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olamayacağını, tüzel kişiye yönelik hakaret fiili tüzel kişinin organını oluşturan veya temsilcisi olan gerçek kişileri hedeflenmişse bu gerçek kişilerin suçun mağduru olduğunu, tüzel kişinin ise suçtan zarar gören olabileceğini kabul etmek-

<sup>20</sup> Bkz. Arısoy, s. 161; Erman – Özek, s. 276.

<sup>21</sup> Özbek ve diğerleri, s. 507.

<sup>22</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 50.

<sup>23</sup> Bkz. Centel- Zafer- Çakmut, s. 226.

<sup>24</sup> AİHM'in Grigoriades/Yunanistan kararı için bkz. Vahit Bıçak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, 2002, s. 30.

redirler.<sup>25</sup> Ancak kanunda tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağına dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceğini savunanlar bulunmaktadır.<sup>26</sup> Türk Ceza Kanunu 1997 Öntasarısı'nda "tüzel kişiliğe hakaret" başlığı altında m. 183'te özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerine hakareti düzenleyen ayrı bir hükme yer verilmişti.<sup>27</sup>

Şirket, banka, sendika, dernek ve vakıf gibi kimi tüzel kişilerin ve bu toplulukların üye, ortak ve yöneticilerinin de bu sıfatları dolayısıyla kamuoyunda belli bir saygınlıkları bulunmaktadır. Tüzel kişilere ait bir hukuki varlık veya menfaatin ihlali halinde tüzel kişiler de suçun mağduru olabilir.<sup>28</sup> Özellikle ticaret ortaklıklarının, siyasi parti, dernek ve sendikaların, gazetelerin toplumdaki saygınlığı ve şöhreti dikkate alındığında, tüzel kişilerin de hakaret suçunun mağduru olabileceği kabul edilmelidir. Tüm ülkede yayın yapan bir gazeteye "paçavra", binlerce üyesi olan bir siyasi parti veya sendikaya "ahmaklar birliği", binlerce öğrencisi olan bir üniversiteye "suç yuvası" denilmesi halinde bu tüzel kişilerin kuumsal kimliklerinin ve saygınlığının nasıl korunacağı sorununun da çözülmesi gerekir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılamak TCK m. 301'de suç olarak düzenlenmiştir. Devlet tüzel kişiliğini ve devletin organlarını aşağılamak suç olduğuna göre diğer kamu hukuku tüzel kişilerini ya da özel hukuk tüzel kişilerini aşağılamak da suç olarak düzenlenebilir. Tüzel kişiler mağdur olamazlar ancak suçtan zarar gören olabilirler denildiğinde bu tür hukuk dışı yakıştırmalar açıkça belli bir gerçek kişiye yöneltilmediği için fail hukuku dolanmış olacaktır.

Tüzel kişiler hakaret suçunun doğrudan mağduru olarak kabul edilmeseler de bir tüzel kişiye yönelik ifadelerden dolayı bu tüzel kişiyle irtibatlı gerçek kişilerin saygınlıkları zedelenmiş olabilir. Bu durumda koşulları varsa zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin "A siyasi partisi vatan hainidir, B bankası çapulcudur, D sendikası ahmaksızdır" biçimindeki ifadelerden dolayı tüzel kişinin mağdur olduğu kabul edilmese de bunlarla irtibatlı gerçek kişilerin mağdur olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda da fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

## II. Suçun Maddi Unsuru

### 1. Hakaretin Biçimi ve Kapsamı

Hakaret suçu serbest hareketli bir suçtur, bu nedenle herhangi bir biçimde

<sup>25</sup> Bkz. Ali Parlar - Muzaffer Hatipoğlu: Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Adalet Yay., Ankara, 2008, s. 10; Yenidünya – Alşahin, s. 49; Kayançiçek, s. 42 vd; Üzülmmez, s. 44.

<sup>26</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 417; Tarhan, s. 294-295.

<sup>27</sup> Bkz. Sulhi Dönmez - Feridun Yenisey: Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Geçekçeler, İstanbul, 1198, s. 349-350.

<sup>28</sup> Bkz. Özbek, s. 258.



işlenebilir.<sup>29</sup> Önemli olan yapılan davranışların mağdurun saygınlığını hedef almış olmasıdır. Bu suç maddi anlamda neticeli bir suç olmayıp sırf davranış suçudur. Kişilerin saygınlıklarını zedeleyebilecek söz ve davranışlar, belli bir somut durum ya da olgunun isnat edilmesi suretiyle olabileceği gibi genel ve soyut nitelikteki söz ve davranışlarla da işlenebilir. Somut bir fiil veya olgu isnadı, belli bir durumu ifade etmek için yer, zaman, şekil ve kişilerden bahsetmek biçimindeyken sövmek, genel tarzdaki söz ve davranışlardır.<sup>30</sup> Somut bir olgunun söz konusu olabilmesi için aşağılayıcı isnadın genel hatlarının belirtilmesi ve hakaret konusu fiili somutlaştıracak açıklıkta olması yeterli olup, isnatların olayın bütün ayrıntılarını içermesi gerekmez.<sup>31</sup> Mağdura yönelik olarak söylenen “*Hafta sonu Zeynep’in saatini çaldın*” biçimindeki sözler hakaret, “*hırsız*” sözü ise sövmek biçimindedir. Mülga kanunda hakaret halinde, sövmeye oranla daha fazla ceza verildiği için hangi fiilin hakaret hangi fiilin sövme olduğu konusunda sıklıkla tereddüt yaşanmaktaydı. Mülga Kanun’da hakaret ve sövmek fiilleri iki ayrı suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen 5237 sayılı TCK’da “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi... cezalandırılır.*” denilmek suretiyle sövme ve hakaret ayırımına son verilmiştir. Soyut ve genel ifadeler de somut bir fiil veya olgu isnadı ile aynı sonucu doğuracaktır. Yeni düzenlemenin daha isabetli olduğu konusunda doktrinde genel bir kanaat söz konusudur.

Hakaret ya da sövme oluşturan fiiller geçmişte yaşanmış gerçek ve somut olaylara ilişkin olabileceği gibi fiilin gerçekleştiği zamana, hatta geleceğe ilişkin de olabilir. Mağdura yöneltilen “*Sen çocukken aptaldın; bugün aptal gibi giyinmişsin; bu elbiseyi alırsan aptallık edersin*” biçimindeki tüm ifadeler hakaret suçuna vücut verecektir.<sup>32</sup> Hakaret oluşturan fiiller mağdurun kimi davranışları, giyim ve yaşam biçimi, tutum ve kanaatleri, yaptığı icrai ya da ihmali davranışları, fiziksel özellikleri, sosyal ve siyasi ilişkileri hedeflenerek yapılabilir. “*Üzerindeki pantolon aptallığını ortaya çıkarmış; o partiye oy verdiğin için aptalsın; o derneğe üye olduğuna göre aptalsın; otomobilini duvara çarptığın için aptalsın*” biçimindeki ifadeler hakaret suçunun oluşturacaktır. TCK m. 127/f.2’ye göre “*İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.*” Bu nedenle bir kişinin geçmişte işlediği ve mahkum olduğu bir suçtan dolayı kendisine aşağılayıcı ifadeler yakıştırılması da

<sup>29</sup> Hakaret suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğu yönündeki görüş için bkz. Bayındır – Apış, s. 76.

<sup>30</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 50 vd; Tezcan – Erdem - Önok, s. 419.

<sup>31</sup> Bayındır – Apış, s. 77.

<sup>32</sup> “*Sanığın müştekiye karşı “geri zekalı” şeklindeki sözleriyle hakaret ettiği, iddiayı doğrulayan tanık beyanı ile anlaşıldığı halde, beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirir.*” biçimindeki Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 14.09.2005 tarih ve Esas: 2004/1958, Karar: 2005/17647 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, (Son erişim: 08.01.2013)

hakaret suçuna vücut verecektir.<sup>33</sup> Örneğin geçmişte hırsızlık suçundan mahkum olan B'ye hitaben “*merhaba hırsız*” denilmesi, hakaret suçuna vücut verecektir.

Kişilerin fiziksel özelliklerinin bu kişilerin saygınlıklarını zedeleyecek biçimde ifade edilmesi ve bu kişilere bu nitelikte ifade ve lakaplar yakıştırılması da hakaret suçuna vücut verebilir. Örneğin görme engelli kişiye “*kör*”, duymayan kişiye “*sağır*”, demek; kamburu çıkmış birine “*kambur*” diye hitap etmek; psikolojik sorunları olana “*deli*” demek de sövmek suretiyle hakaret olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle Yargıtay'ın aksi yöndeki kararına rağmen, gözlük kullanan kişiye hitaben sarf edilen “*dört gözlü*” ifadesinin de hakaret olarak kabul edilmesi gerekir.<sup>34</sup> Kişilerin meslek ve uğraşlarından aşağılayıcı biçimde bahsederek hakaret etmek de söz konusu olabilir. Arkeolog için “*mezar kazıcı*”, otopsi yapan adli tıpçı için “*ölü sevici*”, icra memuru için “*haraççı-mafya*” demek bu kişilerin saygınlıklarını zedeleyecektir.

Hakaret fiilleri sözlü olabileceği gibi yazıyla, şekille, görüntüyle, el işaretleri ya da mimiklerle de işlenebilir.<sup>35</sup> Mağduru aşağılamak amacıyla evinin önüne hayvan dışkısı konulması, eşya ya da konutlarına aşağılayıcı işaretler yazılması mümkündür. Genellikle hakaret ve sövme fiilleri icrai davranışlarla işlenir; ancak sınırlı biçimde de olsa ihmalî davranışlarla da işlenebilir.<sup>36</sup> Örneğin bir toplantıda mağduru aşağılamak amacıyla mağdurun uzattığı elini sıkmamak, mağdura sırtını dönmek biçimindeki davranışlar da hakaret olarak değerlendirilebilir. Nezaketsiz ve kaba davranışlar hakaret suçunun manevî unsurunu oluşturmaz, bu nedenle her nezaketsiz davranış değil, sadece aşağılamak amacı taşıyan ve nedensellik bağı kurulabilen davranışlar hakarettir.<sup>37</sup> Örneğin iki kişinin birlikte kullandıkları bir çalışma odasında kişilerden birinin telefonda bağırarak konuşması, diğerinden izin istemeksizin sigara içmesi, geçirmesi, ayaklarını masa üstüne koyması, pantolonunu indirip çamaşırını düzeltmesi, ayakkabı ve çoraplarını çıkarıp oturması kaba ve nezaketsiz davranış olsa da hakaret olarak yorumlanmamalıdır. Ancak bu kişinin, telefonla konuşmakta olan oda arkadaşına bakarak geçirmesi, oda arkadaşı telefonda konuşurken yakınına gelip alkışlamaya başlaması, ayakkabı veya çoraplarını bu kişinin önüne koyması gibi aşağılayıcı davranışlar hakaret olarak kabul edilmelidir.

“*Allah belanı versin, Allah seni bildiği gibi yapsın, cehenneme kadar yolun var*” biçimindeki beddualar hakaret olarak değerlendirilemez. Yargıtay önceki yıllarda verdiği bir kararında mağdura yönelik olarak söylenen “*Seni de cumhurbaşkanı seçerlerse o parlamentonun Allah belasını versin*” biçimindeki sözlerin tanrısız ceza

<sup>33</sup> Bkz. Özbek, s. 264.

<sup>34</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.11.1988 tarih ve 2-449/494 sayılı kararı için bkz. Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3. Baskı, Cilt:4, Ankara, 1999, s. 5072.

<sup>35</sup> Tarhan, s. 282.

<sup>36</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 52.

<sup>37</sup> Doğan Soyaslan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2005, s. 242.

dileme, beddua niteliğinde olduğunu ancak tahkir ve tezyif edici olmadığı yönünde karar vermişti.<sup>38</sup> Yargıtay daha yeni bir kararında ise “*Sanığın, mahkeme hakimine hitaben “Allah belanı versin, adalet mülkün temeli değildir” şeklinde söz söylemekten ibaret eyleminin bir bütün halinde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturur.*” diyerek görüşünü değiştirmiştir.<sup>39</sup> .

Kamuoyunda yaptıkları işler ve görevleriyle bilinen kişilere, siyasetçilere yönelik eleştirilerle bunları aşağılamaya yönelik davranış ve sözleri birbirinden ayırmak gerekmektedir. Bu kişilerin yaptıkları işler, verdikleri kararlar nedeniyle herhangi bir kişiye göre eleştiriye daha fazla açık oldukları ve buna da tahammül etmeleri beklenmektedir. Örneğin AİHM Avusturya Cumhurbaşkanı'nın bu makama uygunluğunu tartışan iki makaleye yer veren bir derginin yayın müdürünün Avusturya'da mahkûm edilmesi üzerine verdiği kararında kişilerin şeref ve saygınlıklarının korunmasından politikacıların da yararlanacağını ancak siyasi konuların açıkça tartışılmasına ve eleştirilere siyasi kişiliklerin daha açık olmaları gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>40</sup>

Siyasi konular toplumun tüm bireylerinin menfaatlerini ilgilendirdiği için, siyasetçilerin sert ve taraflı siyasal eleştirilere daha açık olmaları gerekmektedir. Örneğin bir milli eğitim bakanının uygulamaya sokmak istediği politika değişikliği milyonlarca öğrenci ve ailenin yaşamlarına etki edeceğinden, bu siyasetçinin uygulamak istediği politikalara yönelik toplumun çok değişik kesimlerinden gelen övgü ve desteklerin yanı sıra çok sert siyasal eleştirilere ve karşı çıkışa da (muhalafete) hazır olması gerekmektedir. Elbette bu durum bir hukuk sorunu olmaktan önce kültürel ve siyasal bir olgunluk gerektirir. Bir politikacıya yönelik olarak söylenen “*Siz ekonomiden anlamazsınız, gelir dengesini bilmezsiniz, politikalarınız birer hayal ürünü ve yalan, politikalarınız bizi uçuruma yaklaştırıp binlerce işyerinin mahvolmasına neden olacak kadar saçma*” biçimindeki bir söz hakaret olarak değerlendirilemez. Ancak “*Gelir dengesini anlayamayacak kadar salaksınız, sizin mensup olduğunuz din sizin seviyenizi ortaya koyuyor, politakanız da soynuz gibi bozuk*” biçimindeki sözler hakarettir.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Bkz. Yenidünya – Alşahin, s. 53.

<sup>39</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 12.04.2010 tarih ve Esas: 2008/10995, Karar: 2010/4198 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim: 05.01.2013)

<sup>40</sup> Bkz. Bıçak, s. 26.

<sup>41</sup> Yargıtay Türkiye'nin Irak'a asker gönderip göndermeyeceği konusunun hararetle biçimde tartışıldığı günlerde, sanığın kolaj tekniğini kullanarak yaptığı, köpek bedeni üzerine T.C. Başbakanı'nın kafa fotoğrafı yerleştirilen, üstündeki örtüye “*Bush'un köpeği olmayacağız*” yazılı, ağızda ABD doları, boynunda ABD Bayrağı Figürü ve kuyruğunda füze bulunan çalışmayı, Kadıköy Adliye Binası önünde halka, davet ettiği basın mensuplarına ve kameralara göstermek suretiyle gerçekleşen eyleminde, yapılan eleştirinin, kaba, sert, kırıcı ve incitici olmanın ötesinde aşağılayıcı olduğunu belirterek, her ne kadar demokratik toplum olmanın gereği olarak siyasi kimliği olanların diğer bireylere göre kaba, sert ve kırıcı eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması beklenebilir ise de, eleştirilen durum ile anlatım biçimi arasında düşünsel bağ bulunmaması ve küçültücü değer yargısı içermesi

Kişilerin aşırı duyarlılıkları ya da alınganlıkları nedeniyle tahkir edici nitelikte olmayan bir fiilden etkilenmiş olmaları da hakaret oluşturmaz.<sup>42</sup> Örneğin tiyatro oyununda, bir çocuk programında yer verilen eşek karakterine insan ismi verilmesi üzerine bu ismi taşıyanlar hakarete uğradıklarını iddia edemezler. Ancak bu hayvana hedeflenen bir kişinin adı soyadı verildiğinde ya da toplumda duraksamaksızın kim olduğu anlaşılacak bir kişinin davranışları yaptırılıp, sözleri söyletildiğinde hakaret suçundan söz etmek gerekecektir.

Hakaret suçunun söz konusu olabilmesi için fiilin objektif olarak mağdurun saygınlığını hedef almış olması, saygınlığını zedeleyebilecek nitelikte olması yeterlidir. Kişilerin beğenilmeyen yanlarının ortaya konulması, eleştirilmeleri, verilen bir karardan, yapılan bir işten duyulan memnuniyetsizliğin ifade edilmesi hakaret olarak değerlendirilemez. Örneğin bir kıyafet deneyen müşteriye hitaben söylenen “*Bu elbise size yakışmadı, sizi şişman gösterdi*”, bir lokantada yenilen yemekten sonra garsona “*Boşuna gelmişiz, yemekler berbattı*”, bir kararı açıklayan mahkeme heyetine “*Bu da adalet mi? Böyle adalet olmaz olsun*”, televizyonda yayınlanan bir güzellik yarışmasının jüri üyesinin yarışmacıya “*Bence buraya katılmayı hak edecek kadar güzel değilsiniz*”, bir yemek yarışmasında yarışmacılardan birinin diğerine hitaben “*Yemekleriniz yenilmeyecek kadar kötü*” biçimindeki sözleri hakaret olarak değerlendirilmez. Yargıtay da Saniğin, duruşma sonunda ara kararı yazdırılırken söylediği “*Neden diğer sanık tutuklanmıyor? Mahkeme haksızlık yapıyor, nerede ise madalya takacak, buna itiraz ediyorum, bu tavır taraftadır, madalya takıyorsunuz*” biçimindeki sözlerinin, ağır ceza mahkemesi heyetindeki yargıçları küçük düşürücü nitelikte olmadığı yönünde karar vermiştir.<sup>43</sup>

Hakaret suçu neticeli bir suç olmayıp, sırf davranış suçudur. Davranışın yapıldığı anda suç da gerçekleşmiş olacaktır. Mağdurun hakarete bağlı olarak toplum içinde tüm itibar ve saygınlığının ortadan kalkması gerekmediği gibi mağdurun da hakaret fiilinden dolayı kendisine karşı duyduğu kişisel saygınlığını yitirmiş olması gerekmez. Fiilin hakaret olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği bulunulan çevreye, zamana, yere ve hakaret içeren davranışların yapıldığı kamuoyuna göre değişecektir.<sup>44</sup> Örneğin seyircilerin de zaman zaman oyuna/gösteriye dâhil edildiği bir komedi oyununda oyuncuların birinin seyirciye söylediği “*Bön bön bakma*” biçimindeki sözler hakaret olarak değerlendirilmese de bir basın toplantısındaki konuşmacının bir gazeteciye söylemesi halinde hakaret suçundan söz edilebilecektir.

halinde eylemin hukuka uygun olmaktan çıkacağı ve hakaret suçunu oluşturacağı yönünde karar vermiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 25.05.2009 tarih ve Esas:2009/10444, Karar: 2009/10167 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim 08.01.2013). Kararın düşünce ve ifade özgürlüğü açısından eleştirisi için bkz. Fikret İlkiz, “Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararları Eleştirisi”, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu içinde, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., İstanbul, 2011, s. 187vd.

<sup>42</sup> Arısoy, s. 162.

<sup>43</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 29.6.2010 tarih ve Esas: 2008/21237, Karar: 2010/12674 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim 08.01.2013)

<sup>44</sup> Soyaslan, s.233;Yenidünya – Alşahin, s. 55.

Cinsel, ırksal, etnik ve fiziksel özellikler gibi kişilerin doğuştan getirdikleri özellikleri de zaman zaman onları aşağılamak amacıyla olduğundan farklı biçimde söylenip gösterilebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.11.1964 tarih ve 2-35/481 sayılı kararına konu bir olayda; duruşma sırasında hakimin taraflardan birine yönelik olarak söylediği, “*Madem ki akrabasınız, neden aranızda üzücü olaylar geçiyor*” şeklinde bir soruya karşılık veren sanığın “*Benim onunla bir akrabalığım yoktur, onun anası Ermenidir*” diye cevaplamasını hakaret olarak değerlendirmiş ve “Birinci Dünya Savaşı sırasında Ermeniler ile Türkler arasında tatsız olayların geçtiği bir bölgede söylenmiş bulunan sözlerin, objektif olarak hakaretimiz nitelik taşımasalar da söz konusu hava ve şartlar içerisinde değerlendirildiklerinde, hâkim tarafından yöneltilen soruya, kısaca “Hayır, akrabalığım yoktur” demekle yetinmek gerekirken, sarf edilen sözleri cevabına katmak suretiyle özel bir kastla diğer tarafın tahkiri amacının güdüldüğünü gösterebileceğine karar vermiştir.<sup>45</sup> Ancak burada Türk hukukunda tartışılmaya başlanan nefret suçları ile bu nitelikteki hakaretleri ayırmak gerekmektedir. Etnik- dinsel vs. bir topluluğu aşağılayan ifadeler nefret içerikli ifadeler hakaret suçu olarak değil, koşulları varsa TCK m. 216’daki suçu oluşturacaktır.

Öte yandan bu kararda olduğu gibi bir kimseye “Ermeni, Hristiyan, feminist, Budist, vs” ifadeler yakıştıran failin amacı hakaret olsa da hukuk düzeni bu tarz fiilleri hakaret olarak kabul etmemelidir. Zira böylece bizzat hukuk, belli bir toplumda belli bir etnik gruba, dine, inanca mensup olmayı aşağılayıcı bir durum olarak kabul etmiş olacaktır. Bir inanış biçimi olan Yezidilik, Dürzilik ülkemizde kimi zaman hakaret olarak kullanılmaktadır. Örneğin bir siyasetçinin diğerini “Yezit”, “Ermeni”, diyerek aşağılamaya çalışması ne kadar tuhafsa hukuk düzeninin de bu kavramları hakaret olarak kabul etmesi o kadar tuhaftır. Böylece hukuk düzeni tüm inanç ve etnik grupları eşit görmek yerine belli gruplara mensup olmayı aşağılayıcı görmüş olacaktır. Nitekim okumaya düşkün bir kişiye mahallelinin eğlenmek için sürekli “profesör” diye hitap etmesini hukuk düzeni hakaret olarak kabul edemez çünkü profesör olmak mahalleli nezdinde eğlenilecek, utanılacak bir şeymiş gibi algılansa da hukuk düzeninin algısı da bu olmamalıdır. Aksi halde hukuk düzeni ortalama insan zekâsının değer yargılarına dayanmak durumunda kalacaktır.<sup>46</sup> Örneğin bir

<sup>45</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.11.1964 tarih ve 2-35/481 sayılı kararı için bkz. Savaş -Molamahmutoglu, Cilt: 4, s. 5048.

<sup>46</sup> Bu konuda benzeri bir örnek “şizofreni” sözü üzerine yaşanan tartışmadır. Milletvekili Gülten Kışanak, Başbakan R. Tayyip Erdoğan’ı “şizofren olmakla” itham etmiş, Başbakan ise bu ifade üzerine hakarete uğradığını ileri sürerek tazminat davası açmış, yerel mahkeme davacının kişilik haklarına saldırıldığı gerekçesiyle davayı tazminat ödemeye mahkum etmiş, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu kararı onamıştı. Bunun üzerine Şizofreni Dernekleri Federasyonu Başkanı Psikiyatrist Doç. Dr. Haldun Soygür, şizofreni sözcüğünün, insanların birbirlerine hakaret ve aşağılama aracı olarak kullanacağı bir kelime olmaması gerektiğini belirterek “*Biri aşağılama amacıyla kullanıyor, öteki ‘aşağılandım’ diye mahkemeye başvuruyor, mahkeme de ‘evet doğru bunu söyleyerek aşağılanmışlar’ diyor. Onanması da ayrı bir trajedidir. Bu ülkede politikacıların ne kadar cahil olduğunu gösteriyor.*

grup yazara ya da bir derneğin üyelerine hitaben söylenen “*Hepiniz Ermenisiniz*” biçimindeki bir ifade hakaret olarak değerlendirilmemelidir, çünkü insanın Ermeni olması onu aşağılayabilecek bir durum değildir. Tam tersine bu sözü hakaret kabul etmek, hukuk düzeninin ırkçı bir söylemin aracı olması demektir. Ancak aynı kişinin düzenlene bir toplantıda taşıdığı “*Hepiniz Ermenisiniz, hepiniz piçisiniz*” yazılı nefret içerikli bir yazı, pozitif hukuk açısından hakaret suçunu değil, TCK m. 216/f.2'deki suçu oluşturacaktır.<sup>47</sup> Nefret söylemi ve nefret suçları artmakta olup Türkiye'nin bir gerçeğidir. Bir başka çalışmanın konusu olan bu konu hakaret suçu kapsamında değerlendirilemeyecek derecede önemlidir.

## 2. Mağdurun Yüzüne Karşı ve Yokluğunda Hakaret Halleri

Birçok durumda hakaret fiili mağdurun yüzüne karşı ve huzurunda, herhangi bir aracı kişi olmadan işlenir. Bu durumlarda mağdur saygınlığının hedef alındığı bizzat görmüş, işitmiş ve o anda fark etmiş olacaktır. Huzurda hakaretin varlığı için bu şartlar yeterli olup failin mutlaka mağdurla yüz yüze ya da aynı mekânda olması gerekmez.<sup>48</sup> Huzurda hakaretin varlığı için mağdurun hakaret fiilini hakaretin yapıldığı anda öğrenmesi yeterlidir. Mağdur hakareti bizzat öğrenebileceği gibi o sırada yanında bulunan kişiler aracılığıyla da öğrenebilir. Örneğin görme engelli bir kişiye el hareketleri ve mimiklerle hakaret edilmesi üzerine mağdurun yanındaki kilerden neler olduğunu öğrenmesi halinde de yüze karşı hakaretin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Mağdurun evinin önüne gidip penceresinin, kapısının önünde bağırarak suretiyle de hakaret etmek mümkündür.<sup>49</sup>

Ancak hakaret fiili TCK m. 125/f.2'de öngörüldüğü biçimde, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle de işlenebilir. Bu durumda da fail birinci fıkrada öngörüldüğü biçimde huzurda hakaret hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Çünkü mağdura gönderilen bir mektup, telgraf, faks içeriğindeki söz ve şekil ve resimlerle ya da mağdura telefon edilerek, mail (elektronik posta), cep telefonu mesajı vs. gönderilerek de hakaret edilmesi mümkündür.<sup>50</sup>

*Çünkü şizofreni tıpkı yüksek tansiyon ve şeker hastalığı gibi bir hastalıktır. İnsanlar birbirlerine 'seni hipertansiyonlu seni', 'seni multipl sklerozlu seni' diyerek hakaret ediyorlar mı? Etmiyorlar. İnsanlar birbirlerine geri zekalı diye de hitap ediyorlar. Bu da yanlış. Orada da zeka geriliği olan insanı aşağılamış oluyorsunuz. Bunun yerine, 'siz düşünmeyi bilmiyorsunuz, siz doğru düşünmüyorsunuz, siz kavramlar arasında bağlantı kuramıyorsunuz, siz mantıklı düşünmüyorsunuz, siz gerçeği değerlendiremiyorsunuz' dese ortalıkta şizofreninin adı geçmeyecek, kimse de şizofreni ile ilgili kafasında önyargılar oluşturmayacak. Ayrıca şizofreni hastası, her zaman gerçeği değerlendirmesi bozuk, her zaman saçma sapan konuşan insan değildir.”* biçiminde açıklama yapmıştır. “Şizofren kararına tepki” başlıklı haber için <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/22253520.asp> (Son erişim, 11. 01. 2013)

<sup>47</sup> Bu konudaki haberin detayları için bkz. <http://www.haberturk.com/yasam/haber/735569-0-pankarta-yargi-kararini-verdi> (Son erişim, 11.01.2013)

<sup>48</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 59; Arısoy, s. 165.

<sup>49</sup> “*Apartmentın üst katında oturan sanığın alt katta oturan yakımana salondaki soba deliğinden sövmesi.. yüze karşıdır.*” biçimindeki Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 02.12.1992 tarih ve 11486/12035 sayılı kararı için bkz. Çetin, s. 124.

<sup>50</sup> Arısoy, s. 167.

Mağdurun bulunmadığı, hakaret ve sövmeye bizzat muhatap olmadığı durumlarda da mağdurun saygınlığı başka kişiler nezdinde zedelenmiş olacaktır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.(TCK m. 125/f.1) Fail ve iştirakçilerin sayısı bu sayıya dâhil değildir. İhtilatın varlığı için fail ve iştirakçilerin dışında en az üç kişinin mağdura hakaret edildiğini bilmesi, öğrenmesi, anlaması ya da öğrenme olasılığının olması gerekir.<sup>51</sup> Bu nedenle hakaret teşkil eden sözleri anlayamayan çocuklar, hakaret oluşturan resim ve şekilleri göremeyen görme engelliler, sözlü ve yazılı hakaret halinde failin kullandığı dili anlamayan ve bilmeyenler, akıl hastaları vs. bu sayıya dahil değildir.<sup>52</sup> Örneğin fail, ziyaretine gittiği bir karıkoca ve bunların birkaç aylık çocuklarının yanında orada bulunmayan bir şahıs hakkında aşağılayıcı ifadeler kullanmış olsa da ihtilat şartı gerçekleşmemiştir.<sup>53</sup>

Kanunda mağdurun gıyabında hakaretin varlığı için en az üç kişiyle ihtilat şartı aranmış olmasına rağmen ihtilatın biçiminden bahsedilmemiştir. Bu nedenle mağdurun yokluğunda mağdurun saygınlığına yönelik hakaretin en az üç kişi tarafından herhangi bir şekilde öğrenilip anlaşılması yeterlidir; bunun için bu kişilerin bir arada bulunmaları gerekmediği gibi birbirlerinden haberli olmaları da gerekmez.<sup>54</sup> Birkaç işyerini dolaşarak buralardaki üç ve daha fazla kişiye mağdura yönelik hakaret içeren sözleri söyleyen ya da üçten fazla kişinin duyabileceği biçimde bağırarak mağdura yönelik hakaretler sarf eden failin fiilinde ihtilatın gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir. Nitekim Yargıtay da sanığın, müştekiye hakaret teşkil eden sözleri, apartman daireisi holü gibi başkalarının duyabileceği bir yerde yüksek sesle ve etraftakiler duyabilecek biçimde söylemiş ve tanıklarca duyulmuş olması nedeniyle ihtilat koşulunun gerçekleştiğine karar vermiştir.<sup>55</sup> İhtilatın varlığı hakaretin belli bir yöntem veya aracın kullanılmasına bağlı olmayıp, herhangi bir araçla gerçekleştirilebilir.<sup>56</sup> Bu nedenle mağdura yönelik hakaretler içeren aynı mailin, mektup, telgraf, faks ya da cep telefonu mesajının en az üç kişiyle gönderilmesi halinde de ihtilat şartı gerçekleşmiş olacaktır. İhtilat unsurunun gerçekleşmesi için failin mağdura hakaret edildiğini en az üç kişinin anlayıp öğrenmesini istemiş olması gerekir.<sup>57</sup> Bu nedenle verilen bir dilekçe içeriğindeki hakaret içeren sözlerin en az üç kişi tarafından okunacak olması halinde ihtilat gerçekleşmiş olacaktır. Yargıtay da sanığın soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısıyla zabıt katibi huzurunda

<sup>51</sup> Tezcan – Erdem-Önok, s. 425; Parlar – Hatipoğlu, s. 15.

<sup>52</sup> Bkz. Yenidünya – Alşahin, s. 58.

<sup>53</sup> Bkz. Üzülmüş, s. 53

<sup>54</sup> Bkz. Yenidünya – Alşahin, s. 57; Tezcan - Erdem - Önok, s. 423 - 424.

<sup>55</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.12.1998 tarih ve 4-473/517 sayılı kararı için bkz. Savaş-Mollamahmutoğlu, Cilt: 4, s. 5071.

<sup>56</sup> Kayaççek, s. 97; Tarhan, s. 291.

<sup>57</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 58.

verdiği savunmasının tutanakla tespit edilmiş olması karşısında, hakaret suçu yönünden ihtilat unsurunun gerçekleştiği yönünde karar vermiştir.<sup>58</sup>

Gıyapta hakaretin söz konusu olabilmesi failde ihtilat kastının bulunmasına bağlıdır. Buna göre, fail en az üç kişinin mağdura hakaret edildiğinin öğrenilmesini istemiş ya da en azından bunu göz önüne almış olmalıdır. Failin sadece bir kişiye gönderdiği ve mağdura yönelik hakaretler içeren özel bir mektup ya da yazı bu kişi tarafından üçten fazla kişinin bulunduğu bir yerde okunmuşsa ihtilat şartının gerçekleşmediği kabul edilmelidir.<sup>59</sup> Ancak mağdur bu mektubun okunarak açıklanmasını istemişse artık ihtilat da gerçekleşmiş olacaktır.

### 3. İnternet Yoluyla Hakaret

Günümüzde internet, milyonlarca bilgisayar sisteminin birbirine bağlı olduğu, dünya çapında yaygın olan ve sürekli büyüyen bir iletişim ağı haline gelmiştir. Bu nedenle de dünya çapında ağ olan (world wide web -www) internet ulaşımı ve paylaşım olanağı kimi bilişim suçlarının ortaya çıkmasına neden olduğu gibi hakaret gibi klasik bazı suçların işlenişini de değiştirmiştir. Herşeyden önce internet bağlantısı günümüzde sabit olmayan –taşınabilir (mobil) cihazlarla birçok yerden çok kısa bir süre içinde sağlanabilmektedir. Bu nedenle elektronik ortamda çok kolaylıkla ve hızlı biçimde birden çok kişiye karşı hakaret suçu işlenebilir. Bu durumda karşılaşılabilecek temel sorun failin, suçun işlendiği zamanın ve suçun işlendiği yerin tesbitidir.<sup>60</sup> İnternet yoluyla yapılan hakaretler de mağduru doğrudan hedef almışsa örneğin bir elektronik mektup (e-mail) ya da internet bağlantısı üzerinden sağlanan bir telefon konuşması (örneğin messenger, skype) sırasında mağdura hakaret edilmişse huzuda hakaret; mağdura hakaret içeren bir elektronik postanın üçten fazla kişiye ayrı ayrı ya da yönlendirme (forward) biçiminde gönderilmesi halinde ise gıyapta hakaret söz konusu olacaktır. Fail, internet olanağını kullanarak, örneğin birkaç kişiye birden hakaret eden bir elektronik postayı bu kişilere gönderdiğinde birden çok mağdur söz konusu olacak ancak bu durumda zincirleme suç hükümleri söz konusu olacaktır.

Hakaret suçu esasen ani bir suç olup kesintisiz biçimde işlenmesi çok zordur.<sup>61</sup> Ancak sürekli yayın yapan bir web sayfasında (bir haber sitesi ya da facebook ben-

<sup>58</sup> Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 26.9.2011 tarih ve Esas: 2009/55498, Karar: 2011/34475 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, (Son erişim 08. 01. 2013)

<sup>59</sup> “Sanığın Pülümür A. Partisi İlçe Başkanına yazdığı özel mektupla müdahale hakaret ettiği iddia edilmişse de, mektup muhatabı dışında başka kişilerce okunup içeriği öğrenilmemiştir. İhtilat unsuru fiilin mağdurdan başka ikiden ziyade kimse tarafından duyulup bilgi edinilebilecek şartlar içinde işlenmesiyle gerçekleşeceğinden, bu şartlar içinde işlenmeyen vaki hakaret suçunda ihtilat unsuru bulunmamaktadır” biçimindeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07.11.1988 tarih ve 4-342/430 sayılı kararı için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, Cilt: 4, s. 5073

<sup>60</sup> Bkz. Mustafa Özen, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, 2008, Sayı: 75, s. 103 vd.

<sup>61</sup> Bkz. Özbek, s. 266.



zeri bir kişisel sayfada) hakaret içereklili yayının sürdürülmesi halinde kesintisiz bir suçtan söz etmek gerekecektir. Örneğin A'nın B'ye hakaret etmek için kurduğu ve bir çok kişinin sayfa içeriğini görebildiği blog ya da web ya da facebook sayfasında B'ye yönelik aşağılayıcı ifadelerini haftalarca kaldırmaması halinde hakaret süreklilik gösterecektir. Ancak bu durumun pratik sonucu ve önemi, şikayet süresi ile dava zamanaşımının başlangıcının belirlenmesi açısından söz konusudur.

### III. Suçun Manevi Unsuru

Hakaret suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Çünkü mağdurun şerefine saldırıya uğraması ancak failin bu sonucu istemesine bağlıdır. Buradaki kasıt genel kasıt olup, failin davranışının mağdurun onur, şeref ve saygınlığını zedeleyebileceğini bilmesi ve bunu istemesi yeterlidir.<sup>62</sup> Failin hakaret suçunu işlemeyi istemesi yeterli olup, saiki önem taşımaz.<sup>63</sup> Failin hakaret suçuyla ulaşmak istediği amaç suçun varlığı için önem taşımamaktadır. Yoklukta hakaret suçundaki kasıt ise mağduru saygınlığını aşağılamanın yanı sıra bunun en az üç kişi tarafından da duyulmasını-bilinmesini istemesidir.

Sınırlı biçimde de olsa hakaret suçunun olası kasıtlı işlenmesi de mümkündür.<sup>64</sup> Failin davranışlarının mağdurun saygınlığını zedeleyebileceğini öngörmüş olmasına karşın yine de davranışını yapması halinde olası kasıtlı hakaret söz konusu olacaktır. Örneğin fail mağdurun okuma olasılığını öngörmesine rağmen mağdurun çalışma masasına yakın bir yere hakaret içeren yazıları bıraktığında ya da çok yakın bir yerde bulunan ve söylenenleri duyma olasılığı olan mağdurun duyabileceği biçimde hakaret edilmesi hallerinde suç olası kasıtlı işlenmiş olacaktır. Yargıtay, Üniversitede öğretim görevlisi olan sanığın, odasında tanık ile konuşurken, yakınındaki odada oturmakta olan katılan öğretim görevlisi hakkında yüksek sesle hakaret içeren sözler söylediğini ve katılan tarafından da duyulduğunun ileri sürülmesi karşısında; keşif yapılarak hakaretin duyulup duyulmayacağı araştırılarak, yüze karşı işlenip işlenmediğinin tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>65</sup> Bu olayda failin yan odada bulunan mağdurun hakaret içeren sözleri duyabileceğini öngörmesine rağmen sözlerine devam etmesini olası kasıt biçiminde değerlendirmek gerekir. Ancak Yargıtay "*Hakaret suçunda; neticesi harekete bitişik şekli suçlardan olması, suç kastının varlığı için eylemin iradi olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve kanunda öngörülen neticenin hareketin gerçekleşmesi ile zorunlu olarak doğması nedeniyle, olası kast ile işlenemeyecek suçlardan olduğu gözetilmelidir.*" diyerek hakaret suçunun olası kasıtlı işlenemeyeceği yönünde karar vermiştir.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> Hafizoğulları – Özen, s. 240; Bayındır – Apiş, s. 83.

<sup>63</sup> Arısoy, s. 170; Parlar - Hatipoğlu, s. 16.

<sup>64</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 425; Centel – Zafer – Çakmut; s. 239 - 240; Mustafa Özen, s. 99.

<sup>65</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 13.10.2009 tarih ve Esas: 2009/17268, Karar: 2009/16205 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim tarihi: 08.01.2013)

<sup>66</sup> Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin, 8.2.2012 tarih ve Esas: 2012/3647, Karar: 2012/2455 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim tarihi: 08.01.2013)

Mağdurun şahsında hataya düşülmesi, hakaret suçunun varlığı açısından önemli olmasa da hafifletici nedenin varlığı halinde önemli olabilir.<sup>67</sup> Bu durumda TCK m. 30/f.2 hükümlerine göre fail hatasından istifade edecektir.<sup>68</sup> Örneğin fail karanlıkta yürüyen kişinin gün içinde evinin penceresinin camını kırıp kaçan A olduğunu zannederek B'ye hakaret etmişse hata hükümleri söz konusu olacak ve fail haksız fiil nedeniyle hakaret hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Suçun taksirle işlenmesi olanaklı değildir ve suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Örneğin failin evinde muhafaza ettiği günlüğünün çalınarak yayınlaması üzerine mağdurun söz konusu günlükte kendisine hakaret edildiğini ileri sürmesi olanaklı değildir.<sup>69</sup> Çünkü söz konusu ifadelerin mağdur tarafından öğrenilmesi, mağdurun hakarete uğraması fail tarafından istenmemiştir.

Failde hakaret kastının bulunup bulunmadığı failin kullandığı sözlerden, failin davranış biçimlerinden, fail ve mağdur arasındaki kişisel bağdan ve faille mağdurun içinde bulunduğu toplumsal koşullar dikkate alınarak tespit edilmelidir.<sup>70</sup> Gerçek bir durumun, hukuki bir kurumun, tarihsel bir gerçekliğin ortaya konulması hakaret olarak değerlendirilemez. Örneğin karı kocalık ilişkisini sormak için bir erkeğe “*Karınız nerede?*” biçimindeki bir sözde geçen “karı” ifadesi hakaret değilken, bir toplantıda bulunan konuşmacı kadına “*Susturun bu karıyı*” sözlerinde geçen “karı” ifadesinin hakaret amacıyla söylendiği açıktır. Örneğin ülkemizin kimi yörelerinde “yosma” güzel kadın anlamına gelir ve günümüzde ender rastlansa da geçmişte kadın adı olarak kullanılmıştır, ancak günümüzde şehirde yaşayan bir kadına “yosma” biçiminde bağırarak faildeki hakaret kastını gösterir. Bunun gibi, toplum içinde bir kişiye aslan, kaplan biçiminde ifadeler, hakaret olarak algılanmaz.

#### IV. Hakaret Suçu Açısından Hukuka Uygunluk Nedenleri

##### 1. Düşünceyi Açıklama ve Eleştiri

Anayasa'nın “*Düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı*” 25. maddesine göre “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.*” “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” başlıklı 26. maddeye göre ise “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*” Yine Anayasa m. 62/f.2'ye göre “*Bu hürriyetlerin kullanılması ... başkalarının şöhret veya haklarının ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir.*”

<sup>67</sup> Aksi yönde fikir için bkz. Özbek ve diğerleri, s. 519.

<sup>68</sup> Tezcan – Erdem - Önok, s. 425.

<sup>69</sup> Bkz. Tezcan – Erdem - Önok, s. 425.

<sup>70</sup> Tarhan, s. 301.

Eleştiri; övgü ve beğeni biçiminde olmak zorunda olmadığından, sert ve kışkırtıcı ifadeler içermesi olağandır; ancak bu eleştirilen kişinin kişilik haklarına saldırı hakkı vermez.<sup>71</sup> Eleştiri (yergi), çoğu zaman bir durumun olumsuz yanlarının ortaya konularak muhatabın eksikliklerinin gösterilmesidir. Eleştiriler üzücü ve öfkelenendirici de olabilir. Örneğin bir eserin, kitabın, yazarın, filmin, siyaset biçiminin eleştirilmesi gayet olağan olup insan kültürünün bir parçasıdır; ancak eleştiriler muhatabın ve ürününün olumsuz yanlarının ortaya konulması amacını taşımamalıdır.<sup>72</sup> Örneğin bir yazar için “*romanı ordan burdan derleme, cümleler bilgisizce ve özensizce bir araya getirilmiş, romancı kılığında gezen acemi liseli yazar*” demek eleştiri olarak görülmeliyken, “*romancı kılığında gezen sahtekar, romanı da salaklığının ve cehhalletinin göstergesi*” demek hakaret olarak değerlendirilmelidir. Bilim ve sanat eserlerini eleştirmek, bu eser sahiplerinin toplumsal saygınlığını hedeflemek demek değildir. Örneğin bir heykeltıraşın eseri için “*anlamsız bir taş yığını*” demek eleştiri iken, “*çıplak insan heykeli yaparak sapıklığını dışa vurmuş*” demek hakarettir. Maalesef ülkemizde sanat ve edebiyat eserlerine yönelik eleştiriler eser sahiplerini hedef alan nefret ve hakaretlerle karıştırılmaktadır.

## 2. Basının Haber Verme Hakkı

Taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümlerine ve Anayasaya göre basın haber verme özgürlüğü, kişilerin ifade haklarını ve özgürlüklerini kullanabilmelerinin bir aracıdır. Basının haber verme hakkı sadece basının bir olayı bildirmesi özgürlüğü ile sınırlı olmayıp bir olaya ve duruma ilişkin öneri ve eleştiriler yapabilme özgürlüğünü de kapsar.<sup>73</sup> Basın özgürlüğünün amacı kişilerin yazılı, görsel, işitsel ve yaygınlaşmaya başlayan elektronik-dijital araçları kullanarak fikirlerini geniş kitlelere duyurabilmeleridir. Basının haber verme hakkı ve bunun kullanılması, bu çalışmanın kapsamını aşan başka bir çalışmanın konusudur. Ancak basın yayın araçlarında verilen haberler, yapılan eleştiri ve fikir açıklamaları niteliği itibarıyla kamuoyunun bir kısmının ilgi ve beğenisini çekerken bir diğer kısmın ilgisizliğiyle ya da öfkesiyle karşılaşacaktır. Basın Kanunu'na göre basında yer alan haberlerin kaynakları açıklanmak zorunda değildir, ancak verilen haberler doğru olmalı ve kişilerin saygınlıklarını zedeleyici nitelikte olmamalıdır. Örneğin bir belediyede yapılan ihale ile ilgili olarak verilen bir haberde “*Belediye'deki ihalelerde yolsuzluk yapıldığı ve başkanın yakınlarını kayırdığına dair endişeler olduğu*” biçiminde ifadeler yer verilebilir ancak “*Hırsız başkan ve harami yakınları*” biçiminde bir ifade kullanılmaz. Basının verdiği haberlerle ilgili kişilerin cevap ve düzeltme hakkını kullanmasına da olanak tanınmalıdır.

<sup>71</sup> Parlar – Hatipoğlu, s. 18-19.

<sup>72</sup> Bkz. Soyaslan, s. 248; Özbek ve diğerleri, s. 512 vd.

<sup>73</sup> Bkz. Muharrem Özen, “Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 324; Bayındır – Apış, s. 90.

Basında yer alan haberlerin haber verme hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için verilen haberin doğru ve güncel olması, kamusal ilgi ve yarar bulunması, haberde kullanılan ifadelerin olayla ilgili olması koşullarını taşımalıdır.<sup>74</sup> Haberin gerçeklik değeri, haberin verildiği tarihteki koşullara göre değerlendirilmelidir.

Günümüzde basın özgürlüğü geçmiş yüzyıldaki gibi sadece haber verme-muhabirlik, yani bir olayı bildirme sınırlarını aşarak araştırma yapma, yorumlama ve eleştirme özgürlüklerini de içermeye başlamıştır. Bu haktan sadece gazeteciler değil, basın yayın araçlarında dönem dönem yazılar yazan entelektüeller, siyasetçiler ve okuyucular da yararlanmaktadırlar. Basın mensupları araştırmalar, röportajlar da yapabilirler; ancak bu araştırma faaliyetleri savcı ve hakim gibi kişileri suçlama, ifade alıp sorgulama yapabilme anlamına gelmez. Esasen bir başka çalışmanın konusu olabilecek bir diğer sorun da elektronik ortamda (internette) yayın yapan gazetelerdeki okuyucu yorumlarında geçen hakaretlerdir. Burada yer alan yorumlar da hukuka uygun olmalı ve kişilik haklarını ihlal etmemelidir. İlgili yayın organı okuyucu yorumlarını gerekli biçimde değerlendirmeli ve incelemelidir. Bunun ilk kuralı da herhangi bir biçimde değil de belli bir üyelik sistemi ile ilgili yayının yorum sayfasına veri girebilmek olmalıdır. Suçların ve cezaların şahsiliği nedeniyle bu yorumlardaki hakaretlerden dolayı ilgili yayının ya da web sayfası yöneticilerinin cezai sorumluluğu söz konusu olmasa da hukuki sorumluluğu olmalıdır. Ancak ilgili yayının ve web sayfasının yöneticileri hakaret içeren yorumları istemiş, buna olanak vermiş iseler bu durumda iştirak biçimleri söz konusu olacaktır.

Basında verilen haberlerin basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için haberin içeriği kadar haberin veriliş biçimi de önemlidir.<sup>75</sup> Bu nedenle bir haberde adı geçen kişiyi küçük düşürecek nitelikte bir fotoğraf ya da ifadenin haberin içinde kullanılması hakaret suçuna vücut verebilir.<sup>76</sup> Örneğin bir siyasetçiyle ilgili haberde bu kişinin fotoğrafının kullanılması gayet olağan bir durumken haberde bu kişinin fotoğrafı yerine bu kişiyi küçük düşürmek için bir hayvan (örneğin eşek) ya da cismin fotoğrafının (örneğin lazımlık- çöp sepeti) kullanılması, güzel olmadığını belirtmek için aşağılayıcı ifadeler kullanılması örneğin mağdura at suratlı, eşek kafalı biçiminde ifadeler yakıştırmak hakaret suçuna vücut verecektir.<sup>77</sup>

Mizah, haber vermeden çok farklı olup abartmak ve mizahın doğasında vardır.<sup>78</sup> Özellikle politikacılar mizah konusunda diğer bireylere nazaran daha toleranslı ve eleştiriye açık olmalıdırlar. Mizah ürünü, niteliği itibariyle abartılı ve uydurma öğelerle doludur. Bu nedenle mizah eserleri konusunda özellikle siyasetçilerin daha anlayışlı olması, mizahın doğasını hakaret olarak görmemeleri gerekir. Niteliği ge-

<sup>74</sup> Bkz. Tezcan – Erdem – Önok, s. 427; Bayındır – Apiş, s. 92.

<sup>75</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 64; Muharrem Özen, s. 327 vd.

<sup>76</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 429.

<sup>77</sup> Muharrem Özen, s. 335.

<sup>78</sup> Arısoy, s. 177.

reği mizah, ciddi biçimde söylenemeyecek sözlerin gülmece unsuru katılarak ve gerçek durumun abartılarak aktarılmasıdır. Mizah, çoğu zaman yöneticileri doğrucaca hedef almak yerine abartılı bir biçimde siyasal eleştiri yapma imkanı sunar. Karagöz - Hacivat ve Nasreddin Hoca anlatılarının yüzlerce yıldır yaşayabilme nedeni budur.

### 3. Dilekçe İhbar ve Şikayet Hakkının Kullanılması

“Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı Anayasa m. 74/f.1’e göre, “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*” Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası başlıklı TCK m. 26/f.1’e göre, “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanun’un “Bilgi edinme hakkı” başlıklı 4. Maddesine göre “*Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir.*” Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi başlıklı TCK m. 121’e göre, “*Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükümlenir.*” Kişilerin yetkili makamlara dilekçe ile başvurmaları bir hakkın kullanımı olup, bu hakkın kapsamı belli bir istemde bulunmak, belli bir konuyu bildirmek ya da belli bir konuyu iddia etmek biçiminde olabilir. Dilekçe hakkının kullanılması sırasında dilekçede yer alan ifadelerin başka kişilerin saygınlıklarını zedelememesi, iftira ya da yalan beyan niteliğinde olmaması gerekir.<sup>79</sup>

Dilekçe hakkının kullanılması ihbar ve şikayet başvurularını da içerecek biçimde anlaşılmalıdır. Ancak bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması, uyumsuzlıkla bağlantılı olması gerekir aksi halde iftira suçu söz konusu olacaktır.<sup>80</sup> İhbar ve şikayetin hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için ihbar ve şikayetin konusunun gerçek olması ve ihbar ve şikayete ilişkin başvuruda kullanılan ifadelerin olayla ilgisi olması gerekir.<sup>81</sup> Dilekçede yer alan ifadelerin talebi ifade edecek nitelikte olması, başkalarının saygınlığını zedelememesi gerekir. Yargıtay, Trabzon Valiliğine gönderilen bir dilekçede geçen ve Belediye İmar ve Planlama Müdürü’ne yönelik olarak yer alan “...devlet yönetiminin hızla kirlenmesini kolaylaştıran kişi... Trabzon’daki tarihi pislik” ifadelerinin hakaret suçunu oluşturacağına karar vermiştir.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Erman - Özek, s. 292.

<sup>80</sup> Bkz. Centel – Zafer – Çakmut, s. 235. “*Saniğin Sulh Hukuk Mahkemesine açtığı dava dilekçesinde müştekiye hitaben yazdığı sabit olan “Şaki çetesi”, “çete başkanı”, “klinik vaka” şeklindeki ifadelerin şahsi davacının şeref ve haysiyetini ihlal eder nitelikte olduğundan saniğin sövme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekir.*” biçimindeki Yargıtay 2 Ceza Dairesi’nin 24.11.2005 tarih ve Esas: 2004/10268, Sayı: 2005/26557 sayılı karar için bkz. Kazancı Bilişim (Son erişim: 08.01.2013)

<sup>81</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 426; Özbek ve diğerleri, s. 516.

<sup>82</sup> Yargıtay 4. CD. 20.04.2000, 2315-3229 tarihli kararı için bkz. Çetin, s. 291.

#### 4. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

“Hak arama hürriyeti” başlıklı Anayasa m. 36/f.1’e göre, “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Mülga TCK m.486’da “Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılmaz. Dava ile ilgili olmıyan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarki fikra hükmünden hariçtir.” denilmekteydi. İddia ve savunma dokunulmazlığı başlıklı TCK m. 128’e göre “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

Hukuk, ceza ve idari yargıları makamları önünde görülen uyumsuzluklarda kişilerin iddialarını ileri sürüp kendilerini savunabilmeleri için karşı tarafı incitecek, öfkeli edebilecek ifadeleri kullanmaları olağandır. Bu nedenle iddia ve savunma dokunulmazlığı sadece ceza yargılamasında değil, diğer yargı mercileri önünde görülen uyumsuzluklarda da söz konusudur.<sup>83</sup> İddia ve savunma dokunulmazlığından söz edilebilmesi için TCK m. 128’de “isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması” koşuluna yer verilmiştir. Bu nedenle sövme biçimindeki soyut ifade ve yakıştırmaların iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamına girip girmeyeceği tartışma konusudur.<sup>84</sup> Uyumsuzluklar kapsamında iddia ve savunma makamlarının sarf ettikleri birçok söz gerçek ve somut olaylara dayanmayan soyut ifadelerdir. Bu durumda iddia ve savunma dokunulmazlığının kapsamı çok sınırlanmış olacaktır. Bu nedenle kullanılan ifadelerin uyumsuzlukla, dava ile ilgili mantıki ve doğrudan bir bağının olması koşuluyla sövme biçimindeki soyut ifadeleri de kapsadığı kabul edilmelidir.<sup>85</sup> Örneğin zina iddiasıyla açılmış bir boşanma davasında davacının davalıya yönelik olarak sarf ettiği “Beni aldatan bu iffetsizden boşanmak istiyorum.” biçimindeki bir ifade davayla ve ilgili olduğu için hakaret suçuna vücut vermez ancak aynı davada sarf edilen “Beni aldatan bu şerefsizden boşanmak istiyorum” biçimindeki sözler hakaret suçuna vücut verecektir.<sup>86</sup> İnsan öldürme suçuna ilişkin bir davada suçlamayı reddeden sanığa hi-

<sup>83</sup> Bkz. Centel – Zafer – Çakmut, s. 236 vd; Hafızoğulları – Özen, s. 238.

<sup>84</sup> Bkz. Yenidünya – Alşahin, s. 67.

<sup>85</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 444 - 445; Hafızoğulları – Özen, s. 239; Erman – Özek, s. 298.

<sup>86</sup> “Sanık sıfatıyla beyanı saptanırken müştekiyi kastederek “bu kadın akıllı hastası olup beni devamlı rahatsız etmektedir.” sözlerinin savunma sınırlarını aştığı gözetilmeden atılı suçtan mahkumiyeti yerine yetersiz gerekçelerle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirir.” biçimindeki Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 10.11.2005 tarih ve Esas: 2004/7267, Karar: 2005/24555 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, (Son erişim, 08.01.2013)

taben sarf edilen “*Yalancı, katil olduğunu inkâr ediyor.*” Biçimindeki bir ifade iddia dokunulmazlığı kapsamında olmasına rağmen aynı kişiye yönelik olarak sarf edilen “*Salak salak bakan aptal*” ifadesi hakaret suçuna vücut verecektir.<sup>87</sup>

İddia dokunulmazlığından davacı ve avukatı, ceza yargılamasında ise kamusal iddia makamını işgal eden Cumhuriyet savcısının yanı sıra bireysel iddia makamını işgal eden katılan ve vekili de yaralanabilir.<sup>88</sup> Savunma dokunulmazlığından ise davalının yanı sıra ceza davalarında şüpheli ve sanık ve müdafî yararlanabilir. Bu hukuka uygunluk nedeninin kapsamı uyuşmazlığın taraflarıyla sınırlıdır, bu nedenle uyuşmazlıkla, davayla ilgili olmayan kimselerle ilgili kişilerin tahkiri halinde hakaret suçu söz konusu olacaktır.<sup>89</sup> Bir görüşe göre tanık ve bilirkişi de bu hükümden yararlanabilecektir.<sup>90</sup> Oysa bu kişiler iddia ya da savunma makamını işgal etmedikleri için bu hükümden yararlanamazlar.

Yargılama makamını işgal eden hakimler, iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanamazlar. Yargılama makamı kararını verdikten sonra mahkemenin kararları da eleştiriye konu olabilir. İddia ve savunma dokunulmazlığı, mahkeme kararlarına karşı yapılan kanun yolu başvurularında da söz konusu olup kararla ilgili olarak kullanılan “*tarafsız, yetersiz, yanlış, baştan savma*” biçimdeki ifadeler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak kanun yolu başvurusunda kullanılan “*Bu karar mahkeme heyetinin cehaletini yansıtıyor*” biçimdeki bir ifade heyete yönelik hakaret olarak değerlendirilmelidir.

## V. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

### 1. Teşebbüs

Hakaret suçu soyut bir tehlike suçudur, çünkü suçla korunmak istenen hukuki konunun (kişilerin toplum içindeki saygınlıkları ve kişilerin kendilerine duyduk-

<sup>87</sup> “*Uyuşmazlık, sanık olan avukatın cevaba cevap dilekçesinde “Davalı vekilinin 3. delili, faydalı model belgesi, diğer delilleri gibi şaibeli, tecavüz ve hırsızlık sonucu elde edilmiş haksız bir belgedir” şeklindeki ifadesinin sövme suçunu oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmaktadır. Sanığın avukat olması ve söz konusu eylemin avukatlık görevinin yerine getirilmesi sırasında işlenmesi savunma dokunulmazlığını gündeme getirmektedir. Avukatlar görevlerini ifa ederken belli koşullar içinde bazı isnatlarda bulunabilir, bunu yaparken de bazen muhatapları küçük düşürücü ifadeler kullanabilirler. Ancak bu esnada iddia ve savunmanın gerekliliği ile orantılı hareket etmek zorundadırlar. Savunma dokunulmazlığından söz edilebilmesi için eylemin iddia veya savunma niteliğindeki eylem ile ilgili olarak yapılması gerekir (Şekil koşulu). Eylem, yargı organlarına verilen dilekçelerde veya bu organlar huzurunda yapılmış olmalıdır (Yer koşulu). Hak kullanılırken sınırın aşılmaması gerekir (Ölçülülük koşulu). Somut olayda diğer koşulların gerçekleşmesine rağmen ölçülülük koşulu gerçekleşmemiştir. Savunma sınırının aşılmamasına rağmen yazılı gerekçeyle beraate karar verilmesi hatalıdır.” biçimindeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 17.07.2007 tarih, Esas: 2007/4-105, Karar: 2007/174 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim (Son erişim, 08.01.2013)*

<sup>88</sup> Bkz. Özbek, s. 267.

<sup>89</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 66.

<sup>90</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 443.

ları özsaygının) mutlaka ortadan kalkmış olması gerekmez.<sup>91</sup> Huzurda hakaret mağdurun hakareti öğrendiği anda, gıyapta hakaret ise üçüncü kişinin öğrenmesiyle gerçekleştiğinde söz konusu olur.<sup>92</sup> Gıyapta hakaret halinde en az üç kişinin ihtilalı arandığından bu şart gerçekleşmedikçe suçtan da bahsedilemeyeceği, bu nedenle gıyapta hakarete teşebbüsün de söz konusu olamayacağı ileri sürülmektedir.<sup>93</sup> Hakaret oluşturan davranış parçalara bölünebildiğinde teşebbüse de müsait olacaktır. Bu nedenle örneğin mağdur hakkında aşağılayıcı ifadeler içeren bir telgrafi beş ayrı kişiye göndermek isteyen failin yazdırdığı telgrafi postane görevlisinin göndermemesi halinde teşebbüsten söz etmek gerekecektir.

Sözle, el işaretleri ve mimiklerle yapılan hakaretlerde teşebbüsten söz etmek zordur; çünkü failin sözlerini sarf ettiği, el hareketlerini yaptığı anda suç da tamamlanmış olacaktır. Hakaret etmeye çalışan mağdurun ağzının zorla kapatılması, elleriyle hakaret etmeye çalışan failin ellerinin tutulması hallerinde ise “elinde olmayan nedenlerle icra hareketleri tamamlanamamış olduğundan” teşebbüsün varlığını kabul etmek gerekecektir; ancak bu tür davranışlarla hakarete icra hareketlerine son vermek yada suçun tamamlanmasını önlemek” söz konusu olamayacağı için gönüllü vazgeçmeden de bahsedilmez. Yazı yazılarak hakaret etmeye teşebbüs söz konusu olduğu için bu durumda gönüllü vazgeçme de söz konusu olabilir.<sup>94</sup> Örneğin mağdurun hakaret içeren mektubunu bir aracıyla ya da posta aracılığıyla mağdura gönderdiği bir olayda, mağdurun eşinin bu mektubu açıp okuduktan sonra kocasından gizlemesi halinde suçun teşebbüs derecesinde kaldığını; mağdura ulaşmadan önce mektubu aracının elinden failin geri alarak mektubun muhataba ulaşmasını önlemesi halinde ise gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Basın yayın yoluyla yapılan hakaretlerde teşebbüs söz konusudur ancak hakaret içeren ifadelerin bulunduğu eser yayımlandığında suç da tamamlanmış olduğundan, eser basılıp yayılandıktan sonra gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz. Bu tür durumlarda kanunda düzenleme varsa özür metni vs. yayınlamak suretiyle etkin pişmanlık ya da takdiri indirim hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. TCK'da hakaret suçu için etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmemiştir. Özellikle basın yoluyla hakaret halinde mağdur kamuoyu önünde suçun gerçekleştiği basın aracı yoluyla özür metni yayınlamamak cezayı azaltıcı bir etkin pişmanlık biçimi olarak düzenlenebilir.

Mağdura gönderilen bir mektup, telgraf, faks içeriğindeki söz ve şekil ve resimlerle ya da mağdura telefon edilerek, mail (elektronik posta), cep telefonu mesajı vs. gönderilerek de hakaret edilmesi mümkündür. Bu tür durumlarda suç mağdu-

<sup>91</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 414; Centel - Zafer- Çakmut, s.227; Özbek ve diğerleri, s. 508.

<sup>92</sup> Bkz. Mustafa Özen, s. 101 vd.

<sup>93</sup> Bkz. Yenidünya – Alşahin, s. 68 - 69; Centel – Zafer – Çakmut, s. 253.

<sup>94</sup> Bkz. Özbek, s. 273.



run iletiyi, mektubu okuduğu, görüntüyü izlediği anda oluşacaktır. Bu nedenle hakaret fiilinin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle de işlenmesi hallerinde davranış parçalara bölünebildiği için teşebbüs aşamasında kalması mümkündür.<sup>95</sup> Örneğin hakaret içeren bir telgrafın posta memuru tarafından gönderilmemesi, mağdura gönderilen hakaret içerikli mail ya da telefon mesajlarının mağdur görmeden önce sekreteri tarafından silinmesi hallerinde fiilin teşebbüs derecesinde kaldığını kabul etmek gerekir.

## 2. İştirak

Hakaret suçu tek faille işlenebilen bir suç olmasına rağmen, bu suç açısından iştirakin bütün biçimleri söz konusu olabilir. Ancak iştirak için geçerli olan tüm şartlar hakaret suçuna iştirak açısından da söz konusudur. Bu nedenle herşeyden önce iştirakçiler arasında iştirak iradesi bulunmalıdır ve iştirakçilerin davranışı en azından teşebbüs düzeyine ulaşmış olmalıdır.

Birden fazla failin suçun icra hareketleri üzerinde birlikte egemenlik kurdukları hallerde müşterek faillik söz konusu olacaktır. Örneğin A ve B birlikte kaleme aldıkları bir mektubu C'ye gönderdiklerinde ya da hakaret içeren bir pankartı birlikte hazırlayıp taşıdıklarında müşterek faillik söz konusu olacaktır.<sup>96</sup>

Hakaret esasen bizzat işlenebilen bir suç olmasına karşın, bir başkasının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi halinde dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Örneğin A'nın, 6 yaşındaki oğlunu telkin ederek ya da B'yi hipnotize ederek sokakta yürümekte olan C'ye hakaret etmesini sağladığında A, hakaret suçunun dolaylı faili olarak sorumlu olacaktır.

## 3. İçtima

Hakaret suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması olanaklıdır. Hakaret suçu aynı kişiye karşı değişik zamanlarda işlenebileceği gibi, birden fazla kişiye ya da bir topluluğa yönelik hakaretlerde de zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Bu durumlarda faille hakaret suçundan dolayı bir kez ceza verilecek ancak bu ceza artırılabilecektir.<sup>97</sup> Ancak tazminat hukuku açısından durum farklı olup, mağdurlardan her biri tazminat talebinde bulunabilir.

TCK m.125/f.5'e göre, "*Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelerle karşı işlenmiş sayılır.*

<sup>95</sup> Bkz. Centel – Zafer – Çakmut, s. 253.

<sup>96</sup> Bkz. Üzülmez, s. 68.

<sup>97</sup> "*Sanıkların hakaret suçunu birden fazla kişiye karşı işlemeleri karşısında TCK'nın 43.maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan TCK'nın 125.maddesinin şikayetçi sayısınınca uygulanması, bozmayı gerektirir.*" biçimindeki Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 4.7.2011 tarih ve Esas: 2009/45444 , Karar: 2011/15296 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim, 08. 01. 2013)

*Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.*” Bu hükmün uygulanabilmesi için hakaret suçunun kurulu oluşturan bütün üyelere görevlilerinden dolayı yöneltmiş olması gerekmektedir. Örneğin kendisi hakkında mahkûmiyet hükmü veren ağır ceza mahkemesi üyelerine bu nedenle hakaret eden fail kurulu oluşturan bütün üyelere karşı hakaret etmiş sayılacak ancak zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Aynı örnekte kendisini mahkûm eden heyete hakaret etmiş olan failin Cumhuriyet savcısına, kâtime ya da mübaşire de hakaret ettiği kabul edilemez. Bunun pratik sonucu ceza hukuku açısından değil tazminat hukuku açısından söz konusu olacak ve hakarete uğramayan kişi şahsi hak (tazminat) davası açamayacaktır.

Hakaretin birden fazla kişiyi, bir grubu, topluluğu hedef alması da mümkündür.<sup>98</sup> Kolektif hakaret olarak da adlandırılan bu durumda bu kişilerin tümünün, topluluğa mensup bireylerin hepsinin saygınlığı zedelenmiş olacaktır. Örneğin failin “Siz, *Egeli değil misiniz, hepiniz ibnedir, Egeliler orospu çocuğudur*” biçimindeki ifadelerinin hedef aldığı kişilerin yanı sıra bu topluluğa mensup diğer kişilere de hakaret oluşturduğu yönünde karar vermiştir.<sup>99</sup> Bu tür durumlarda koşulları varsa zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bir derneğin, siyasi partinin, bir akademinin, bir futbol takımının ya da bir ailenin üyelerinin hedef alınması örneklerine olduğu gibi kişi toplulukları da hakaret suçunun mağduru olabilir.<sup>100</sup> Bu durumlarda fail zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Ancak “*Avukatlar yalancıdır, X dininin mensupları sapkındır, Y etnik grubu şerefsizdir*” örneklerinde olduğu gibi sınırlandırılmamış ve belirlenmemiş bir grubun hedeflenmesi halinde kolektif bir şeref söz konusu olamayacağı için, hakaret suçunun da söz konusu olmayacağı kabul edilir.<sup>101</sup> Çünkü hakaret suçunun hukuki konusu olan şeref ve saygınlık belli bir kişiye bağlı kişisel bir hukuki menfaattir. Özellikle nefret içerikli ifadelerin önlenmesi için en azından bu nitelikteki fiillerin cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Ancak halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan ya da halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi TCK m. 216’ya göre halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçundan sorumlu olacaktır.<sup>102</sup>

## VI. Suçun Nitelikli Halleri

### 1. Suçun Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi

Mülga TCK m. 268’de “*Bir kimse kavlen veya fiillen her ne suretle olursa olsun*

<sup>98</sup> Bkz. Kayaççek, s. 40 - 41; Centel- Zafer- Çakmut, s.224

<sup>99</sup> Bkz. Savaş - Mollamahmutoğlu, Cilt: 4, s. 5099.

<sup>100</sup> Tezcan – Erdem - Önok, s. 416.

<sup>101</sup> Bkz. Tezcan – Erdem - Önok, s. 416-417; Parlar- Hatipoğlu, s. 10; Üzülmez, s.45; Erman – Özek, s. 258 – 259.

<sup>102</sup> Bkz. Centel- Zafer- Çakmut, s. 218.

*adli, idari, siyasi veya askeri resmi bir heyet huzurunda veya bir hakimin duruşma yaptığı sırada veya duruşmaya mütaallik karar ve hükmün tefhimini mütaakıp şeref ve haysiyetine veya vakarına tecavüz ve hakarete bulunursa altı aydan üç seneye kadar hapis cezasına mahkum edilir. Eğer fiil maddei mahsusa tayin ve isnadiyle vaki olursa verilecek hapis cezası sekiz aydan aşağı olamaz.*” denilmek suretiyle kamu görevlisine hakaretin yanı sıra adli, idari, siyasi veya askeri resmi bir heyete veya hakime hakaret ayrı bir suç olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı kanunda kamu görevlisine hakaret suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş ancak kamu görevlileri arasından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ancak TCK m.6’da yapılan kamu görevlisi oldukça geniş olduğu için bu nitelikli halin uygulanma alanı da oldukça geniş olacaktır.

Herhangi bir kişi hakaret suçunun mağduru olabilir, ancak kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmiş olması suçun cezasını ağırlatıcı bir nedendir. Bunun için hakaret suçunun kamu görevlisine yöneltilmesi yeterli olmayıp, kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmiş olmasıdır.<sup>103</sup> Hakaret fiilinin mutlaka kamu görevlisinin görevi sırasında işlenmiş olması da gerekmez, önemli olan görevini yaptığı için işlenmiş olmasıdır. Örneğin birkaç gün önce haciz işlemleri nedeniyle evine gelmiş olan icra memuru ile pazarda karşılaştığında hakaret eden fail kamu görevlisine görevinden doyalı hakaret etmekten dolayı sorumlu olacaktır. Ancak bu icra memuru ile otoparkta park yeri nedeniyle tartışan komşusunun sarf ettiği “*zaten senin işin milletın evine hırsız gibi zorla girip malını elinden mafya gibi almak*” biçimindeki ifadeler basit hakaret suçuna vücut verecektir. Kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret, suçun ağırlatıcı nedeni olmasına rağmen, özellikle kamuoyunu ilgilendiren konularla ilgili ise cezayı artıran neden değil, tam tersine cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>104</sup>

Kamu görevlisinin görevinden dolayı hakaretin söz konusu olabilmesi için mağdurun görevini kanuna uygun yaptığı için hakarete uğramış olması gerekir. Bu nedenle kamu görevlisinin görevini kötüye kullandığı hallerde buradaki nitelikli hal uygulanmaz.<sup>105</sup> Örneğin yetkili makamın arama emri olmadan konutuna zorla girerek arama yapmak isteyen bir kolluk görevlisine hakaret eden fail hakkında buradaki nitelikli hal uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmış olması fail açısından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır.

## 2. Suçun Din Özgürlüğünün Kullanılması Dolayısıyla İşlenmesi

“Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlıklı Mülga TCK m. 175/f.3’te “*Allah’a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından*

<sup>103</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 72.

<sup>104</sup> Öykü Didem Aydın: “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, Sayı: 53, s.113.

<sup>105</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 432.

veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.” Hükmü yer almaktaydı. 5237 sayılı TCK m. 125/f.3, b bendinde “dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı” hakaret edilmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Mülga kanundaki düzenleme sadece din ve ibadet özgürlüğünü korumaktayken yeni kanun siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerin açıklanmasını da koruyarak suçun kapsamını genişletmiştir. Mülga kanun’da semavi dinler öne çıkarılmaktayken yürürlükteki kanun “din, dinsel düşünce, kanaat” demek suretiyle normun kapsamı genişletmiştir. Bu nedenle semavi dinlerin yanı sıra diğer dinlerin mensupları da bu korumadan yararlanacaktır.<sup>106</sup> Kişinin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına “uygun davranmasından dolayı” hakarete uğramasının suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmasına rağmen kişinin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına “aykırı davranması” yani “dininin gereklerini yerine getirmedeği için” hakarete uğramasının suçun nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>107</sup>

### 3. Suçun, Mensup Olunan Dinin Kutsal Değerlerden Dolayı İşlenmesi

Anayasa m. 24’e göre “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir... Kimse ... dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” Suçun kişinin mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi mülga TCK m.175/f.5’te “...bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye ...” biçiminde ifade edilerek din hürriyeti aleyhine suçlar arasında düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’daki düzenlemeyle kişilere, dinsel değerlerinden dolayı hakaret edilmesi, şerefe karşı bir suç olarak kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken bizzat bir dinin ya da bir dinin kutsal değerlerinin soyut olarak korunmadığıdır. Çünkü hukuk sistemi dinin kutsal değerlerini değil, kişilerin dinsel değer yargılarını korur. Bu nedenle bir kişinin tanrının varlığını kabul etmemesi, bir dinin kutsal kitabını ya da peygamberini kabul etmemesi, bir dinin ibadet biçimini eleştirmesi hukukun korumasında değildir. Ancak kişilerin dini gereklerine uymaları ya da kutsal değerlerine gösterdikleri önem nedeniyle bu kişilerin saygınlığına yönelik saldırıların cezalandırılması amaçlanmaktadır. Örneğin bir Budist rahibe hitaben ineğin kutsal bir hayvan değil de bir çiftlik hayvanı olduğunu söylemek hakaret suçuna

<sup>106</sup> Parlar - Hatipoğlu, s. 24; Centel – Zafer- Çakmut, s. 242.

<sup>107</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 433.

vücut vermez; ancak aynı kişiye hitaben söylenen “*ineği kutsal saydığına göre inek kadar beynin yok*” biçimindeki sözler hakaret suçuna vücut verecektir. AİHM, Otto-Preminger-Institut/Avusturya kararında kutsal değerlere hakaret içeren bir filme elkonulmasının ifade özgürlüğüne aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.<sup>108</sup> Kanundaki nitelikli halin varlığı için genel kasıt (failin mağdura hakaret etmek kastı) yeterli olup, failin mutlaka mağduru dinsel duyguları nedeniyle hakaret etmesi şart değildir.<sup>109</sup>

#### 4. Suçun Alenen İşlenmesi

Aleniyetin ne olduğu açık değildir, bu nedenle kanunda daha açık bir terim kullanılması ya da aleniyetten ne anlaşılması gerektiği daha açık biçimde ifade edilmelidir.<sup>110</sup> Genel olarak fiilin herhangi bir kimse tarafından görüp işitilebileceği bir ortamda söylenmesi halinde aleniyetin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.<sup>111</sup> Bu durumda belirli olmayan sayıda kişi, hakareti kolaylıkla öğrenebilecektir.<sup>112</sup> Failde alenen hakaret etmeye yönelik doğrudan kasıt söz konusu olabileceği gibi fail birden çok kişinin hakareti öğrenme olasılığını göz önüne alarak olası kasıtlı da hakaret etmiş olabilir. Örneğin bir topluluk içinde bulunun bir kişiye hakaret edilmesi, sokakta duvara yazılan yazıyla hakaret edilmesi, radyo-televizyon programında hakaret edilmesi hallerinde aleniyetin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Aleniyetin gerçekleşmesi için mutlaka basın yayın araçlarıyla hakaret edilmiş olması gerekmez. Ancak basın yayın araçlarının bilgiyi birçok kişiye taşıma niteliğinden dolayı basın ve yayın yoluyla işlenmiş olan hakaret suçunda aleniyetin gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir. Günümüzde internet üzerinden yürütülen twitter-facebook vs. haberleşme biçimleri sırasındaki hakaret fiillerinde de aleniyetin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.<sup>113</sup>

### VII. Cezayı Azaltan ya da Kaldıran Kişisel Nedenler

#### 1. Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

Mülga TCK m. 485/f.1'de “Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482 nci maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır.” biçimindeydi. 5237 sayılı TCK m. 129/f.1'de ise “*Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*” denilerek hükmün yapısı korunmuştur. Ancak mülga kanun'da haksız fiilde bulunan

<sup>108</sup> Otto-Preminger-Institut v. Austria, Başvuru no: 13470/87, 20 -09- 1994.

<sup>109</sup> Tezcan – Erdem –Önok, s. 434.

<sup>110</sup> Yenidünya – Alşahin, s. 74.

<sup>111</sup> Tezcan – Erdem –Önok, s. 435.

<sup>112</sup> Bkz. Parlar - Hatipoğlu, s. 24.

<sup>113</sup> Bkz. Özbek, s. 261; Mustafa Özen, s. 104.

kişiye tepki olarak hakaret eden failin cezası indirilmekteyken, yürürlükteki kanun cezanın indirilebileceğini ya da ceza vermekten vazgeçilebileceğini kabul etmiştir. Burada esasen TCK m.29'da düzenlenmiş olan haksız tahrikin özel bir halinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Ancak kanun “ceza verilmeyebilir” demek suretiyle aynı zamanda şahsi cezasızlık sebebi olarak da düzenlemiştir.

Hakaretin haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi için her şeyden önce ortada haksız bir fiil söz konusu olmalıdır. Kanun haksız bir fiilden bahsettiği için bu fiilin hukuka aykırı olması yeterli olup mutlaka suç olması gerekmez.<sup>114</sup> Ayrıca haksız fiilin kasten yaralama olmaması gerekir, çünkü bu durumda TCK m.129/f.2 uygulanır ve faile ceza verilmez. Haksız fiilin etkilerini devam ettiriyor olması ve hakaretin bu nedenle işlenmiş olması gerekir. Genel haksız tahrik hükümlerinde olduğu gibi burada da haksız fiilin mutlaka faile (hakaret edene) yönelmiş olması gerekmez, ancak tepki fiilinin (hakaretin) mutlaka mağdura (haksız fiilde bulunana) yöneltilmiş olması gerekir.<sup>115</sup> Fail, maruz kaldığı haksız fiile tepki olarak hakaret etmektedir, bu nedenle TCK m. 129/f.2'de hiddet veya elem ifadeleri kullanılmamışsa da failin hiddet veya eleme kapılmış olduğu yönünde kanunî bir karine kabul edilmiştir. Öte yandan failin bu hükümden yararlanması için haksız fiil nedeniyle mutlaka hiddet veya eleme kapılmış olması da şart değildir.<sup>116</sup>

## 2. Suçun Kastan Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi

TCK m. 129/f.2'de “*Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*” denilerek şahsi bir cezasızlık nedeni öngörülmüştür. Bu durumda fail hakkında, ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmelidir.<sup>117</sup> Burada sadece kasten yaralama fiiline tepki olarak hakaret edilmesi söz konusudur. Oysa mülga TCK m. 485/f.3'te “*Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir.*” denilerek hükmün kapsamı daha geniş tutulmuştu. Kastan yaralama fiilinin mağdurunu kasten yaralama fiilinin failine hakareti bir cezasızlık nedenidir. Kastan yaralamanın işleniş biçimi, kimden kaynaklandığı önemli değildir. Önemli olan kasten yaralama fiili açısından somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olmamasıdır. Örneğin darp edilen ve tekmelenen kişinin kendisine bu hareketleri yapana yönelik olarak sarf ettiği “*Neden vurdun aptal adam*” biçimindeki sözler cezalandırılmayacaktır. Nitekim Yargı-

<sup>114</sup> Üzülmez, s. 65.

<sup>115</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 436.

<sup>116</sup> Bkz. Centel – Zafer – Çakmut, s. 245.

<sup>117</sup> “*Sanığın hakaret eylemini haksız bir fiile tepki olarak gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi karşısında, TCY.nın 129/1. maddesi uyarınca doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken önce TCY.nın 125/3-a maddesine göre hapis cezası verildikten sonra ceza verilmesine yer olmadığına karar verilerek çelişkili hüküm kurulması, Yasaya aykırıdır.*” biçimindeki Yargıtay 4 CD'nin 31.1.2011 tarih ve Esas: 2008/22281, Karar: 2011/639 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim (Son erişim : 08.01.2013)

tay da verdiği bir kararında “*Hakaret suçunun; katılanın, sanığın kolundan tutarak alt kata indirmek amacıyla iteklemesi biçimindeki ve kasten yaralama niteliğindeki haksız hareketine tepki olarak işlendiğinin anlaşılması nedeniyle TCY. nın 129/2. maddesi ve CYY. nın 223/4. maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.*” biçiminde karar vermiştir.<sup>118</sup>

TCK m. 129/f.2’de kasten yaralamadan bahsedilmiş olmasına rağmen, yaralamanın belirli bir ağırlığa ulaşip ulaşmaması aranmamıştır. Kanunda kasten yaralamadan bahsedilmiş olmasına rağmen kasten yaralamaya teşebbüs halinde tepki olarak hakaret edilmesi halinde de fail hakkında ceza verilememelidir. Çünkü suçun teşebbüs derecesinde kalması ya da nitelikli hallerinin gerçekleşmesi de aynı suç kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim TCK m.43/f.1’de “*Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*” denilerek bu çözüm benimsenmiştir.

Maddede kasten yaralamadan söz edilmiş olmasına rağmen öldürme ya da öldürmeye teşebbüs fiiline tepki olarak hakaret edilmesinden söz edilmemesi haklı olarak eleştirilerek bu durumda fail hakkında TCK m. 29’daki haksız tahrik hükmünün uygulanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>119</sup> Ancak bu durumda fail hakkında TCK m.129/f.1’deki hükmün uygulanması daha isabetli olacaktır, çünkü TCK m. 29’da haksız bir fiile karşı işlenen tepki suçu nedeniyle cezanın indirilmesi söz konusuken TCK m.129/f.1’e göre haksız bir fiile karşı işlenen tepki suçu hakaret olarak somutlaştırılmış ve fail hakkında verilecek cezanın indirilmesi ya da faile ceza verilmemesi yargıcın takdirine bırakılmıştır. Bu durumda hem tepki suçunun hakaret olmasını arayan özel hüküm olduğu hem de şahsi cezasızlık olasılığını da barındıran daha lehe düzenleme olduğu için TCK m. 129/f.1 uygulanmalıdır.

Yaralama fiilini işleyen kişi açısından meşru savuma biçiminde bir hukuka uygunluk nedeni ya da cebre maruz kalmak biçiminde kusurluluğa etki eden bir neden varsa artık bu hüküm uygulanamaz.<sup>120</sup> Kanunda kasten yaralama fiilinin mutlaka faile yöneltilip yöneltilmediği meselesi açık değildir; bu nedenle bir başkasına yönelik yaralama suçuna tepki olarak hakaret edilmesi halinde de bu hükmün uygulanacağı savunulmaktadır.<sup>121</sup>

Hükümde kasten yaralamadan söz edildiği için taksirle yaralama fiiline tepki olarak hakaret edilmesi halinde de TCK m. 129/f.1’deki hüküm uygulanmalıdır, çünkü taksirli fiiller de haksızdır.<sup>122</sup> Yukarıda olduğu gibi burada da fail hakkında

<sup>118</sup> Yargıtay 4 CD’nin 2.2.2011 tarih ve Esas:2010/22676, Karar: 2011/816 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim (Son erişim : 08.01.2013)

<sup>119</sup> Tezcan – Erdem –Önok, s. 442.

<sup>120</sup> Centel – Zafer – Çakmut, s. 251.

<sup>121</sup> Tezcan – Erdem –Önok, s. 442; Yenidünya - Alşahin, s. 79; Centel – Zafer – Çakmut, s. 250; Özbek, s. 272; Üzülmöz, s. 65.

<sup>122</sup> Bu durumda da genel hüküm olan TCK m.29’un uygulanmasını gerektiğini savunan fikir için bkz. Tezcan – Erdem –Önok, s. 442; Özbek ve diğerleri, s. 524

daha lehe olan TCK m.129/f.1'deki hükmün uygulanması daha isabetli olacaktır, çünkü TCK m. 29'da haksız bir fiile karşı işlenen tepki suçu nedeniyle sadece cezanın indirilebilmesi söz konusuysen TCK m.129/f.1'e göre haksız bir fiile karşı işlenen tepki suçu hakaret olarak somutlaştırılmış ve fail hakkında verilecek cezanın indirilmesi ya da faile ceza verilmemesi yargıcın takdirine bırakılmıştır. Taksirle yaralama fiili de haksız bir fiil olduğu için bu durumda da fail hakkında cezanın indirilmesi ya da ceza verilmemesi olanağını veren TCK m. 129/f.1 uygulanmalıdır.

### 3. Suçun Karşılıklı Olarak İşlenmesi: Karşılıklı Hakaret

TCK m. 129/f.3'te "*Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" denilerek karşılıklı hakaret halinde cezanın indirilmesi ya da ceza verilmemesi konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir. Bu düzenlemeye göre fiilin karşılıklı olarak işlenmesi hem indirim hem de şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir.<sup>123</sup> Bu hükmün uygulanabilmesi için karşılıklı işlenmiş hakaret fiilinin varlığı, her bir hakaret fiilinin haksız olması ve hakaret fiilleri arasında nedensellik bağının bulunması şarttır.<sup>124</sup> Bu hükmün uygulanabilmesi için hakaret biçiminin ya da kullanılan ifadelerin aynı ya da benzer olması ya da mutlaka faillerin karşı karşıya olması şart değildir.<sup>125</sup> Örneğin ilk hakaretin gıyapta olmasına rağmen buna tepki olarak huzurda hakaretin ya da basın yayın yoluyla hakaretin varlığı söz konusu olabilir. Mutlaka karşılıklı iki kişinin bulunması da söz konusu olamayıp örneğin bir grup kişi bir birine karşı hakaret etmiş olabilir.

Yürürlükteki kanunda hakaret ve sövme ayırımına yer verilmediği için karşılıklı sarfedilen ifadelerin genel ve soyut ya da somut olması önemli değildir. Ancak "*Sen eşini A ile aldatıyorsun ve B'nin çantasından dün saatini çaldın*" biçiminde somut bir olgu isnadına karşı "*asıl sen iffetsiz ve hırsızısın*" biçiminde soyut bir ifadeyle hakaret cezanın belirlenmesinde önemli olabilir. Çünkü karşılıklı hakaret hallerinde, olayın mahiyetine göre taraflardan her ikisi veya biri hakkında ceza verilmesi ya da verilecek cezanın indirilmesi ya da ceza vermekten de vazgeçilmesi konusunda hakim takdir yetkisi bulunmaktadır. Hakim hükümde bunun gerekçesini göstermek zorundadır. Karşılıklı hakaretin bir sonucu da yargılama giderlerini açısından kendisini göstermektedir. "Karşılıklı hakaret hallerinde gider" başlıklı CMK m. 328'e göre "*Karşılıklı hakaret hallerinde taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi; bunlardan birinin veya her ikisinin giderleri karşılamaya mahkum edilmelerine engel olmaz.*"

<sup>123</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 439.

<sup>124</sup> Tezcan – Erdem – Önok, s. 440.

<sup>125</sup> Bkz. Centel – Zafer – Çakmut, s. 246.



### VIII. Hakaret Suçunda İsnadın İspatı

Hakarete konu fiilin doğru-gerçek olması halinde faile ceza verilmez.<sup>126</sup> Ancak bunun için isnatların hukuken tartışılıp ispatlanabilir nitelikte olması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'da sövme ve hakaret biçiminde bir ayrıma yer verilmemiştir. Niteliği itibariyle sövme oluşturan soyut ifade ve aşağılayıcı açıklamaların ispatlanması söz konusu olamayacağı için bu durum sanığın ispat hakkını sınırlamaktadır.<sup>127</sup> İsnadın ispatının hangi mahkemede yapılacağına dair özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle CMK m. 218'de öngörülen ceza mahkemelerinin ek yetkisi devreye girecektir. İspatlanması istenen hususların hakaret suçuna ilişkin yargılamayı yapan ceza mahkemesinin görevinin dışında kalması halinde CMK m. 218'e göre nisbi muhakeme yapılabileceği gibi bekletici mesele sayma yoluna da gidilebilir.<sup>128</sup>

Anayasa'nın ispat hakkı başlıklı 39. maddesine göre, “*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.*” İsnadın ispatı başlıklı TCK m. 127/f.1'e göre, “*İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.*” Anayasa'daki hükme göre kamu görevlilerine, görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında isnadın ispatı bir şartla bağlanmamışken, TCK m. 127'ye göre ancak isnadın ispatında kamu yararının varlığı veya isnada konu fiilin suç oluşturmaya şartına bağlanmış olmasının Anayasa'ya uyumlu olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>129</sup>

Failin bu hükümden yararlanabilmesi için kesinleşmiş bir hüküm şarttır. Mağdur hakkında beraat, düşme, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde isnat ispatlanmamış sayılacağından hakaret eden kişi cezalandırılacaktır.<sup>130</sup> Bunun yanı sıra ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmolunması hallerinde de hakarete konu fiil ispatlanmış sayılacaktır. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı için fiil de ispatlanmamış sayılacaktır.

<sup>126</sup> Bkz. Centel – Zafer – Çakmut, s. 246.

<sup>127</sup> Hafizoğulları – Özen, s. 235; Aydın, s.112.

<sup>128</sup> Arısoy, s. 197-198; Özbek, s. 275.

<sup>129</sup> Tezcan – Erdem –Önok, s. 437.

<sup>130</sup> Parlar - Hatipoğlu, s. 27.

Birden fazla mağdurun olduğu hallerde her birinin ispata rıza göstermesi gerekir, ancak kamu yararının varlığı halinde isnadın ispatı için mağdurların rızası aranmaz.<sup>131</sup>

TCK m. 127/f.2'ye göre, “*ispat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.*” Bu hükmün amacı kişilerin geçmişteki fiilleri nedeniyle damgalanmalarını önlemektir. Örneğin geçmişte insane öldürdüğü için mahkum olan B'ye hitaben “katil” ifadesinin kullanılması hakaret suçuna vücut verecektir.

### IX. Suçun Muhakemesi ve Yaptırımı

TCK m. 125/f.1'e göre “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” Hakaret suçu hakkında hapis veya adli para cezası biçiminde seçimlik ceza öngörülmüştür. Hakim somut cezayı TCK m. 61'deki esaslara göre belirleyecektir. Somut olayda hapis veya adli para cezasından hangisine başvurulmuşsa bunun gerekçesi de gösterilmelidir.<sup>132</sup> TCK m. 50/f.2'ye göre, “*Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.*” Seçenekli ceza öngörülmüş olduğu için ya hapis ya da adli para cezası verilmelidir, önce hapis cezası verilerek bu ceza adli para cezasına çevrilemez.<sup>133</sup>

Soruşturma ve kovuşturma koşulu başlıklı TCK m.131/f.1'e göre “*Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıdır.*” Hakaret suçunda şikayet hakkı hakarete uğrayan kişiye ait olmasına rağmen TCK m. 131/f.2'ye göre “*Mağdur, şikayet etmeden önce ölürse, veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikayette bulunulabilir.*” Ölümle kişilik son bulduğundan bu ikinci durumda mağdur ölünün yakınlarıdır. Bu nedenle hükümde geçen “suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise” yerine “suç ölünün hatırasına işlenmiş ise” denilmeliydi.

Kimi ülkelerde hakaret fiillerini suç olmaktan çıkarma eğilimi söz konusu-

<sup>131</sup> Tarhan, s. 329.

<sup>132</sup> “*Hakaret suçunda; seçimlik cezalardan hapis cezasının neden tercih edildiğinin açıklanmaması ... hukuka aykırıdır.*” biçimindeki Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin verdiği 4.10.2011 tarih ve Esas: 2009/11475, Karar: 2011/16904 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim tarihi: 08.01.2013)

<sup>133</sup> “*Hakaret suçundan öngörülen cezaların seçenekli olması karşısında, doğrudan para cezası verilmesi yerine, önce hapis cezası verildikten sonra paraya dönüştürülmesi, Yasaya aykırıdır.*” biçimindeki Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 6.1.2011 tarih ve Esas: 2011/1, Karar: 2011/2 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, (Son erişim: 08.01.2013)

dur.<sup>134</sup> Batı Avrupa'daki sınırlamanın yanı sıra ABD Yüksek Mahkemesi'nin Garrison v. Louisiana kararının ardından hakaret fiilleri suç olmaktan çıkarılmıştır.<sup>135</sup> Ülkemizde hakaret fiillerinin suç olmaktan çıkarılması için henüz erken olsa da bu tür fiillerin şikâyete bağlı tutulması ve uzlaşma kapsamında olması yerindedir.

Kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret hali hariç, bu suç şikayete bağlıdır. TCK m. 73'e göre şikayet hakkı suçtan zarar görene aittir. Suçtan zarar gören, mağdurdan daha geniştir. Örneğin 13 yaşındaki bir çocuğa öğretmeninin derste "piç" diyerek hakaret etmesi halinde bu çocuk suçun mağduru olacaktır, ancak ana babası suçtan zarar görendirler ve şikayet hakkını kullanabilirler. TCK m. 73/f.1'e göre, "*Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.*" Ancak CMK m.158/f.6'ya göre, "*Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdurun açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.*" Bu nedenle esasen suç şikayete bağlıdır, ancak suçun bu niteliği fark edilmeden örneğin mağdurun kamu görevlisi olduğu yanlışlığıyla iddianame düzenlenip de kamu davası açılmış ise mağdur şikayetçi olmadığını açıkça belirtmedikçe yargılama devam edecektir. Mağdurun açıkça vazgeçmesi, duruşmada bunu açıkça belirtmesi olarak anlaşılmalıdır.

TCK m. 73/f.4'e göre, "*Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda Kamunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.*"<sup>136</sup> Bu nedenle şikayetçi hüküm kesinleşinceye kadar şikayet hakkını geri alabilir. Bu durumda kamu davasının düşmesine karar verilecektir. TCK m. 73/f.7'ye göre "*Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.*" Eğer şikayetçi açıkça şahsi haklarından vazgeçtiğini belirtmişse artık hukuk mahkemesinde tazminat davası açamaz, açılmış olan davadan vazgeçmiş sayılır. Şikayetçi geri almaya ilişkin dilekçesinde şahsi haklarından da vazgeçtiğini belirtmemişse tazminat hukukunun genel esaslarına göre hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir, açılmış olan dava devam eder.

CMK m. 253/f.1, a bendine göre soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar uzlaşma kapsamındadır. Kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret hali hariç, hakaret suçu şikayete bağlı bir suçtur. Bu nedenle kamu görevlisine hakaret halleri hariç, kamu davası açılması için iddianame hazırlanması yoluna gidil-

<sup>134</sup> Bayındır – Apiş, s. 70.

<sup>135</sup> Bkz. Aydın, s. 111.

<sup>136</sup> "*Mağdurun hükümden sonra verdiği hakim havalesi bulunan dilekçesinde şikayetten vazgeçtiğini ifade etmesi karşısında; takibi şikayete bağlı olan hakaret suçundan kurulan hükmün yeniden değerlendirilmesi gerekir.*" biçimdeki Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 31.10.2011 tarih ve Esas: 2009/17936, Karar: 2011/19719 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim tarihi: 08.01.2013).

meden evvel Cumhuriyet savcılığı uzlaşma hükümlerinin uygulanmasını önermek zorundadır. (CMK m. 253/f.4) aksi halde bu durum iddianamenin iade nedeni olacaktır. (CMK m. 174/f.1, c) Uzlaşma sağlanamadan kamu davası açılması halinde de mahkeme taraflara uzlaşma teklif etmek zorundadır. (CMK m. 254/f.1) CMK m. 253/f.7'ye göre “Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.” Ancak çok sayıda mağdurun olduğu durumlarda bu hükmün uygulanma olanağı bulunmamaktadır.<sup>137</sup> CMK m. 255'e göre “Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.” Bu nedenle ancak uzlaşmayı kabul eden fail bundan yararlanabilecektir.

CMK m. 171/f.1'e göre, “Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.” Hakaret suçunda şahsi cezasızlık hallerinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. CMK m. 173/f.5'e göre bu karar kesin olup buna karşı başvuru yolu bulunmamaktadır. Hakaret suçunun şikayete bağlı bir suç olsa da suçun basit halinin cezası üç aydan iki yıla kadar hapis cezası gerektirdiği için Cumhuriyet savcısı CMK m. 171/f.2'ye dayanarak kamu davası açılmasının ertelenmesi yoluna gidemez. Ancak yapılan yargılama sonunda sanığa hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise CMK m. 231/f.5'e göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre, “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) 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.” Bu nedenle hakaret suçu açısından görevli (madde yönünden yetkili) mahkeme Sulh ceza mahkemesidir.

Hakaret suçunda yetkili mahkeme ise Ceza Muhakemesi Kanunu m. 12'ye göre belirlenecektir. Buna göre, dava esasen suçun işlendiği yer mahkemesinde görülecektir. Ancak suçun işlendiği yer belli değilse, bu durumda 13. maddeye göre şüphelinin yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi; şüphelinin Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Hakaret suçu açısından en sorunlu mesele, internet kullanılarak mobil araçlarla suçun işlenmesidir. Örneğin trende seyahatte olan bir kişinin yanındaki tablet bilgisayarı ile internet bağlantısı kurup mağdura hakaret ettiği bir

<sup>137</sup> Bu nedenle uzlaşmaya ilişkin bu hüküm isabetli değildir. Şikayette olduğu gibi uzlaşmada da mağdurlardan birinin uzlaşma yoluna gitmesinin diğerlerinin haklarını engellemeyeceği biçiminde bir düzenleme daha isabetlidir.

durumda yetkili mahkemenin neresi olması gerektiği, birçok ülkede tartışılmaktadır. İnternet yoluyla hakaret suçunun işlenmesi halinde failin ya da mağdurun yerleşim yeri ya da oturduğu yer yetkili mahkeme olarak kabul edilebilir.

### **Sonuç**

Mülga kanunda hakaret ve sövme fiilleri iki ayrı suç türü olarak düzenlenmiş ve sövme fiillerine daha az ceza öngörülmüştü; oysa 5237 sayılı TCK'da bu ayrıma son verilerek sövme fiilleri hakaret suçunun bir işleniş biçimi olarak düzenlenmiştir. Sövme ve hakaret ayrımının kimi durumlarda belirsizliği ve benzerliği dikkate alındığında, yeni kanunda bu ayrıma son verilmesi doğru olmuştur. 5237 sayılı TCK'daki düzenleme sistematik olarak, mülga kanuna göre daha isabetlidir.

Hakaret suçuyla korunmak istenen hukuki konu kişilerin saygınlığıdır. Kişilerin saygınlığı kişilerin toplum içinde, diğer insanlar nezdindeki itibarı olabileceği gibi kişilerin bizzat kendi kişiliklerine verdikleri değer de olabilir. Hakaret suçunun faili ancak gerçek kişi olabilir, ancak Basın Kanunu'ndaki hükümler tüzel kişilerin de fail olarak değerlendirilmesine ve cezaların kişiselliğine aykırı biçimde objektif sorumluluğu öngören düzenlemeler içermektedir. Hakaret suçunun mağduru herhangi bir kişi olabilir, ancak yaygın olan görüşün aksine tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini kabul edenler bulunmaktadır.

Hakaret suçu serbest hareketli bir suçtur, bu nedenle herhangi bir biçimde işlenebilir; ancak alenen işlenmesi halinde ceza artırılmaktadır. Mağdurun yokluğunda hakaretin cezalandırılabilmesi için mülga kanunda olduğu gibi failin en az üç kişi ile ihtilat halinde işlenmiş olması gerekir. Hakaret suçu neticeli bir suç olmayıp, sırf davranış suçudur. Davranışın yapıldığı anda suç da gerçekleşmiş olacaktır; ancak sınırlı biçimde de olsa bu suça teşebbüs mümkündür. Hakaret suçu esasen ani bir suç olup kesintisiz biçimde işlenmesi çok zordur, ancak sürekli yayın yapan bir web sayfasında hakaret içerikli yayının sürdürülmesi halinde kesintisiz bir suçtan söz etmek gerekecektir.

Hakaret suçu genel kastla işlenebilen suçlardandır. Failde hakaret kastının bulunup bulunmadığı failin kullandığı sözlerden, failin davranış biçimlerinden, fail ve mağdur arasındaki kişisel bağdan ve faille mağdurun içinde bulunduğu toplumsal koşullar dikkate alınarak tespit edilmelidir.

Düşünceyi açıklama ve eleştiri, basının haber verme hakkı, dilekçe ihbar ve şikayet hakkının kullanılması, idari ve adli merciler önündeki iddia ve savunma dokunulmazlığı bu suç açısından başlıca hukuka uygunluk nedenleridir.

Suçun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı; din özgürlüğünün kullanılması dolayısıyla; mensup olunan dine göre kutsal sayılan değerlerden söz edilerek işlenmesi ve alenen işlenmesi hallerinde ceza artırılmaktadır. Suçun haksız bir fiile

tepki olarak işlenmesi; kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi; karşılıklı olarak işlenmesi halleri cezayı azaltan veya kaldıran şahsi nedenler olarak düzenlenmiştir. Failin ispat hakkı vardır, bu nedenle hakarete konu fiilin doğru-gerçek olması halinde faile ceza verilmez.

Kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret hali hariç, hakaret suçu şikayete bağlıdır. Bu suç uzlaşma kapsamındaki suçlardandır. Kimi ülkelerde hakaret fiili suç olmaktan çıkarılmış ve kabahatler hukukunun ya da özel hukukun (tazminat hukukunun) konusu olarak düzenlenmiştir. Türkiye açısından fiilin suç olmaktan çıkarılması için henüz erken olsa da bu suçun şikayete bağlı ve uzlaşma kapsamında olması, seçimlik olarak hapis veya adli para cezası öngörülmüş olması isabetlidir.

Nefret içerikli ifadeler, çoğu zaman hakaret benzeri fiillerle karıştırılmaktadır. Bir grubun aşağılanması halinde hakaret suçu söz konusu olabilir de bu grubun dinsel, etnik, ırksal, siyasal, cinsel vs. niteliklerinden dolayı aşağılanması nefret suçu olarak ifade edilir. Pozitif hukuk açısından bir topluluğu hedef alan ırkçı ve nefret içerikli sözler hakaret olarak değil, koşulları varsa TCK m. 216/f.2'deki halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamak suçunu oluşturacaktır.

### **KAYNAKÇA**

- Arısoy, Mine: "Hakaret", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı :72, s.152 - 205.
- Aydın, Öykü Didem: "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 53, s.63 - 140.
- Bayındır, Sinan – Apiş, Özge: "Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, Sayı: 91, s.67 - 109.
- Bıçak, Vahit: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, 2002.
- Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yay., İstanbul, 2007, Cilt:1.
- Çetin, Erol, Yeni Türk Ceza Yasası'ndaki Hakaret Suçları, 3. Baskı, Ankara 2008.
- Dönmezer, Sulhi – Yenisey, Feridun: Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul, 1998.
- Erman, Sahir - Özek Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yay., İstanbul, 1994.
- Hafizoğulları, Zeki - Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar;-US-A Yay., Ankara, 2011.

- İlkiz, Fikret: “Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararları Eleştirisi”, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., İstanbul, 2011, s. 187 - 199.
- Kayançiçek, Murat: Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara, 2008.
- Özbek, Veli Özer: “Şerefe Karşı Suçlar”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Nisan 2005, Sayı:5, s. 254 - 279.
- Özbek, Veli Özer– Kanbur, M. Nihat– Doğan, Koray– Bacaksız, Pınar – Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- Özen, Mustafa: “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı: 75, s. 94-108.
- Özen, Muharrem: “Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 315 - 336.
- Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer: Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Adalet Yay., Ankara, 2008.
- Savaş, Vural - Mollamahmutoglu, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3. Baskı, 4. Cilt, Ankara, 1999.
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2005.
- Tarhan, Emine Ülker: Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Yetkin Yay., Ankara, 2007.
- Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 5. Baskı, Ankara, 2007.
- Üzülmez, İlhan: “Hakaret Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2010, Sayı: 12, s. 41 - 71.
- Yenidünya, Ahmet Caner – Alşahin, Mehmet Emin: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 68, Yıl: 2007, s. 43 - 93.

## CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ (*Retrial in Criminal Procedure Law*)

Sevi BAKIM\*

### ÖZET

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda olağanüstü kanun yolları arasında yer alan yargılamanın yenilenmesi yoluyla kesin hükümdeki adli hataların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sınırlı sayıda bulunan nedenlere dayanılarak yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurmak suretiyle suçun yeniden yargılanması mümkün olabilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi kurumu Ceza Muhakemesi Hukuku'nun amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağladığı gibi adalet sistemine güvenin ve toplumsal barışın korunmasına da yardımcı olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yargılamanın yenilenmesi, Yargılamanın yenilenmesi sebepleri, Hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri, Sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri, Yargılamanın yenilenmesi muhakemesi.

### *Abstract*

In Criminal Procedure Law, it is aimed to eliminate judicial mistakes with retrial which is one of the extraordinary legal remedies. It is possible to retrial the crime, by retrial legal remedies in Criminal Procedure Code based on a certain number of grounds. The aim of retrial in Criminal Procedure Law is to contribute to attain substantive facts and to help to protect the trust in justice system and public peace, as well.

**Keywords:** Retrial, Grounds of retrial, Grounds of retrial in favor of the convicted individual, Grounds of retrial against of the convicted accused or individual, procedure of retrial.

---

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



## GİRİŞ

Hüküm kesinleştikten sonra, hatta hükmün infazı tamamlandıktan sonra dahi mahkemelerin verdiği kararların hatalı olduğunun anlaşılması mümkündür. Yargılamanın yenilenmesi yoluyla mahkemeler tarafından verilen kesinleşmiş hatalı kararların düzeltilmesi amaçlanmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesi ile 323. maddeleri arasında yargılamanın yenilenmesi müessesesi düzenlenmiştir. Yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulabilmesi için hükmün yargı halini almış olması gereklidir.<sup>1</sup> Kanunda sınırlı sayıda gösterilen nedenlere dayanılarak, kesinleşen bir hükümde adli hata olduğu gerekçesiyle söz konusu hükme konu olan suç hakkında yeniden yargılama yapılmasına imkân veren olağanüstü kanun yollarından olan yargılamanın yenilenmesi ile mahkemeler tarafından verilen hükümlerdeki hataların giderilmesine olanak tanınmıştır.

Çalışmamızda ilk olarak yargılamanın yenilenmesi kurumunun tanımı yapılarak bu kanun yolunun niteliği açıklanmış, ardından yargılamanın yenilenmesi kurumu diğer kanun yolları ile karşılaştırılmıştır. Söz konusu kurum, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecek kişiler, yargılamanın yenilenmesi usulü, başvuru süresi ve yargılamanın yenilenmesi talebinin etkisi yargılamanın yenilenmesi şartları başlığı altında irdelenmiştir. Daha sonra yasada tek tek sayılan lehe ve aleyhe yargılama nedenleriyle yargılamanın kabul edilemeyeceği haller ayrıntılı olarak incelenmiştir. Son olarak yargılamanın yenilenmesi muhakemesi anlatıldıktan sonra Yasadaki mevcut düzenlemenin eleştirilecek noktaları ve Yasa'da değişmesini gerekli gördüğümüz hususlar üzerinde durulmuştur.

## I. TANIM

Kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı tanınan başvuru yollarına “olağanüstü kanun yolları” denilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi, kesinleşen son kararlara karşı başvuru olan olağanüstü bir kanun yoludur.

Yürürlükte olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) “yargılamanın yenilenmesi” terimi ile ifade edilen bu kurum, yürürlükten kalkan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) “muhakemenin iadesi” adı altında yer almaktaydı. Gerek 1412 sayılı CMUK'ta, gerek 5271 sayılı CMK'da yargılamanın yenilenmesi tanımlanmış değildir. Öğretide yargılamanın yenilenmesi kanun yolu çeşitli şekillerde tanımlanmışsa da üzerinde görüş birliğine varılan bir tanım yoktur. Özgen yargılamanın yenilenmesini “*hatalı oldukları anlaşılan kesin hükümlerin talep edilmesi üzerine yeniden tetkik edilmesi*” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>2</sup> Önder'e göre yargılamanın yenilenmesi, “*kesinleşmiş bir hükmün maddi te-*

<sup>1</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, 18. Bası, İstanbul, 2010, s.1793.

<sup>2</sup> Eralp Özgen, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara, 1968, s.14.

mellerini sarsabilecek mahiyette yeni sebeplerin tahaddüsü zımında hükmü bertaraf etmek için müracaat edilen olağanüstü hukuki çare”dir.<sup>3</sup> Yurtcan, “yargılama sonunda ortaya çıkan kesin hükümde yanlış bulunduğu sonradan anlaşılması üzerine başvurulmuş yasa yolunun” yargılamanın yenilenmesi olduğu görüşündedir.<sup>4</sup> Bir diğer tanıma göre yargılamanın yenilenmesi, “kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde kararı veren mahkemenin yargılamayı baştan itibaren tekrarlayarak yeniden karar vermesi”dir.<sup>5</sup> Yargıtay yargılamanın yenilenmesinin, mahkemece verilip kesinleşen hükümde, hukuksal hatanın yapıldığının bilahare tespiti üzerine, başvurulmuş özel nitelikli bir kanun yolu olduğunu ve kesin hükmün dokunulmazlığının istisnasını oluşturduğunu belirtmektedir.<sup>6</sup>

## II. YARGILAMANIN YENİLENMESİ KANUN YOLUNUN NİTELİĞİ

Yargılamaya konu olan uyuşmazlıkların kesin bir kararla çözülmesi hukuki barışın sağlanması ve hukuk devletinin işlerlik kazanabilmesi için gereklidir. Suç işlenmesiyle ortaya çıkan uyuşmazlığın tekrar tekrar gündeme getirilerek mahkeme tarafından tartışılması bazı hallerde toplumsal barışa suçun neden olduğu zarardan daha fazla zarar verici niteliktedir. Ceza muhakemesinin bir türlü sonlandırılmayarak verilen hükmün her zaman değiştirilebilir nitelikte olması, ceza muhakemesinin tam olarak şüpheliyi yok etmediği anlamına geldiğinden adalet kavramıyla da bağdaşmamaktadır.<sup>7</sup>

Ceza muhakemesinin sonucunda maddi gerçekliğe ulaşıldığının farz edilerek belli bir noktada sonlandırılması ihtiyacı, mahkeme tarafından verilen hükmün kural olarak değiştirilemez kılınması gerekliliği, kesin hüküm kurumunu meydana getirmiştir.<sup>8</sup> Ancak hükümde işin niteliğine ya da hukuka aykırı bir değerlendirmenin mevcudiyeti sonucu sanığın lehine veya aleyhine bir neticenin doğmasına neden olan ve hükmün kesinleşmesinden sonra anlaşılan “adli hatanın” bulunması mümkündür.<sup>9</sup> Mahkeme tarafından verilen kararlar adli hata niteliğindeyse, Ceza Muhakemesi Hukuku’nun amacı olan şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmak mümkün olmayacaktır. Suçluların bulunup cezalandırılmasında toplumun yararı vardır. Muhakemenin amacı hukuki barışı sağlayacak bir hükme ulaşmaktır. Bu sebeple gerçek suçluların bulunması ve gerçekten suç olan fiilin cezalandırılması önem taşımaktadır.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Ayhan Önder, “Muhakemenin İadesinde Reform”, İÜHFEM, C.38, No:1-4, İstanbul, 1973, s.61.

<sup>4</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2005, s.560.

<sup>5</sup> Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s.801.

<sup>6</sup> Yarg.1.CD.13.01.2010, 2009/10007, 2010/4 (www.kazancı.com.tr).

<sup>7</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul, 1987, s.4.

<sup>8</sup> M.Murat Ülkü, “Türk Ceza Hukuku Yargılamasında Adli Hataların Tamir Yolu Olarak Muhakemenin İadesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996, s.8.

<sup>9</sup> Özgen, s.6-7.

<sup>10</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2012, s.5-6.

Kesin hükümde yer alan adli hatanın düzeltilmesine ve sanık hakkında aynı fiil nedeniyle tekrar muhakeme yapılmasına imkân tanıyan yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yollarının bir çeşidini oluşturmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun altıncı kitabının üçüncü kısmında yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolları başlığı altında düzenlenmiştir.<sup>11</sup> Doğruluğu hukuken tartışılmayan kesin hükmün temellerinin bazı hallerde sarsılmış olduğu ve hükmün de bu sarsılmış temeller üzerine oturmasının artık mümkün olmadığı istisnai hallerde hukuki barışın sağlanması yeterli olmadığı için hukuka olan güvenin sağlanmasının da gerekliliği karşısında yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

### III. YARGILAMANIN YENİLENMESİ İLE DİĞER KANUN YOLLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Olağan kanun yollarından olan itiraz, istinaf ve temyiz yoluna kesinleşmemiş hükümler aleyhine başvurulabilirken, olağanüstü kanun yollarından olan yargılamanın yenilenmesine kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulabilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi yolu, olağan kanun yollarından konu, amaç, başvuru, etki ve sonuç bakımından da farklıdır. Ancak yargılamanın yenilenmesiyle olağan kanun yolları arasındaki temel ve belirleyici farkı kesinleşmiş hüküm-kesinleşmemiş hüküm ayırımı oluşturmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan diğer olağanüstü kanun yolları, olağanüstü itiraz ve kanun yararına bozmadır.

CMK m.308'de düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisine olağanüstü itiraz da denilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü itiraz da olağanüstü kanun yolları arasında düzenlenmiştir. Yargılamanın yenilenmesi için hükmün nasıl kesinleştiği önemli değilken, olağanüstü itirazda hükmün mutlaka Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmesi gerekmektedir. Yargılamanın yenilenmesine kişiler doğrudan başvurabilir. Ancak olağanüstü itiraza re'sen veya istem üzerine sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı başvurabilir. Yargılamanın ye-

<sup>11</sup> CMUK döneminde muhakemenin yenilenmesinin hukuki niteliği konusunda "denetim muhakemesinin bir türü", "olağanüstü kanun yolu", "olağanüstü hukuki çare", "hukuki vasıta", "taarruz yolu", "hususî mahiyette bir usul" olduğu şeklinde birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin ortak yanı ise, muhakemenin yenilenmesi kanun yolunun olağan bir kanun yolu olmadığı yönündeydi. Bkz. Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C.2, İstanbul,1976, s.180; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2002, s.839; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*, 10. Bası, İstanbul, 1998, s.1102; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 2002, s. 843; M.Naci Ünver, *Ceza Yargılamasında Yasayolları ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara, 1998, s.143; Önder, *Muhakemenin İadesinde Reform*, s.61; Turhan Tufan Yüce, *Türk-Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları*, Ankara, 1967, s.10; Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955, s.401; Faruk Erem, "Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler", *AÜHFD*, S.1-4, C.19, Ankara,1962, s.5.

<sup>12</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1791-1792.

nilenmesi kararları hangi mahkeme tarafından verildiği önemli olmaksızın kesinleşmiş hükümler için söz konusu olurken, olağanüstü itiraz yoluna sadece ceza dairesi kararlarına karşı başvurulabilmektedir.<sup>13</sup> Olağanüstü itiraz başvurusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na, yargılamanın yenilenmesi kural olarak hükmü veren mahkemeye yapılır.<sup>14</sup>

CMK m.309 ve m.310'da düzenlenen kanun yararına bozma (yazılı emir), istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. Yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için hükmün nasıl kesinleştiği önemli değildir, önemli olan hükmün kesinleşmiş olmasıdır. Kanun yararına bozma başvurusunu, sadece Adalet Bakanlığı'nın istemi üzerine veya hükümlünün cezasının kaldırılmasını ya da daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiren bozma nedenlerinin bulunması durumlarında re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yapmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi başvurusunu yapma hakkına sahip olanlar ise doğrudan bu yola başvurabilmektedirler. Yargılamanın yenilenmesi talebi kural olarak hükmü veren mahkemeye yapılırken, kanun yararına bozma talebi Yargıtay Ceza Dairesi'ne yapılmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi hem maddi hem de hukuki hatadan kaynaklanan adli hataların giderilmesine yönelikken, kanun yararına bozma yoluna sadece kararda hukuki hata bulunması sebebiyle gidilebilmektedir.<sup>15</sup> Hükümden sonra ortaya çıkan ya da hüküm verilinceye kadar mahkemeye bildirilmeyip sonradan bildirilen sebeplere dayanarak kanun yararına bozma yoluna gidilemez. Kanun yararına bozmayı gerektiren hukuki hatanın karar veya hükmün verildiği anda bulunması gerekmektedir. Hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkan yeni olaylara dayanılarak ancak yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna gidilebilir.<sup>16</sup>

#### IV. YARGILAMANIN YENİLENMESİ KANUN YOLUNA BAŞVURUBİLECEK KİŞİLER

Yargılamanın yenilenmesinin mutlaka istek üzerine yapılması gerekmektedir. Bir başka anlatımla mahkeme re'sen yargılamanın yenilenmesi yoluna gidemez.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Yasa'da sadece ceza dairesi kararlarına karşı olağanüstü itiraz yoluna başvurulabileceği belirtilip kararın türü belirtilmemektedir. Öğretide Centel/Zafer, sadece onama kararlarına karşı bu yola gidilebileceği, hükmün kesinleşmesini engelleyen bozma kararlarına karşı olağanüstü itiraz yoluna gidilemeyeceği görüşündedir. Bkz. Centel/Zafer, s.763-764.

<sup>14</sup> Yargılamanın yenilenmesi istisnai olarak, temyiz yargılaması yapmış olan Yargıtay hakimlerinin suç teşkil eden görev kusuru yenileme sebebi olarak ileri sürülmüşse, yetkili makam CMK m.318/2 uyarınca Yargıtay'ın ilgili dairesidir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1812.

<sup>15</sup> Nurullah Kunter, "Olağanüstü Kanun Yolunda Reform", İÜHFİM, C.38, No:1-4, İstanbul, 1973, s.169; Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanun Yolları, İstanbul, 1990, s.229, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.796; Centel/Zafer, s.768.

<sup>16</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 6. Baskı, Ankara, 2012, s.414; Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, s.1796; Yarg.11.CD.11.11.2005, 1812/3170 (www.kazancı.com.tr).

<sup>17</sup> Centel/Zafer, s.771; Ünver/Hakeri, s.414.

Hükümlü yargılamanın yenilenmesini talep edebilir. Hükümün infaz edilmiş olması veya hükümlünün ölümü, yargılamanın yenilenmesine engel değildir (CMK m.313/1). Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 313. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına göre; hükümlü ölmüşse, eşi, üst soyu, altsoyu ve kardeşleri, şayet bu kişiler mevcut değilse Adalet Bakanı yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilir. Adalet Bakanının yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunması istisnai bir haldir. Bakan sadece yargılamanın lehe yenilenmesini isteyebilir.<sup>18</sup>

Hükümlü kendi lehine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilir. Hükümlünün kendi aleyhine yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı yoktur.<sup>19</sup> Be-  
raat eden sanık ise gerek kendi lehine gerek kendi aleyhine muhakemenin yenilenmesini isteyemez.<sup>20</sup>

Kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümler, yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında da uygulanır (CMK m.317/1). Buna göre, kanun yollarına başvuru hakkını düzenleyen CMK m.260 vd. maddeleri sanık veya hükümlünün hayatta olması halinde yargılamanın yenilenmesine başvurabilecek kişiler bakımından da uygulanacaktır.

Cumhuriyet savcısı hükümlünün hem lehine hem de aleyhine yargılamanın yenilenmesini talep edebilir (CMK m.260). Müdafî de hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesini isteyebilir.

Müdafinin mahkeme tarafından tayin edilmiş olması ya da hükümlü tarafından seçilmiş olması arasında fark yoktur. Ancak bunun için müdafinin başvurusunun hükümlünün açık arzusuna aykırı olmaması gerekmektedir.<sup>21</sup>

Hükümlünün yasal temsilcisi ve eşi de hükümlünün lehine olmak üzere yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilir (CMK m.262).

CMK m.242 ve m.260 uyarınca katılan veya ceza muhakemesi sırasında katılma isteği karara bağlanmış ya da reddedilmiş olanlarla katılan sıfatını alabilecek nitelikte suçtan zarar görenler de kanun yollarına başvurabileceklerinden mağdur, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişi, sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesini talep edebilir. Malen sorumlu olanlar ve malı müsadere edilen üçüncü kişiler ise, sanık ya da hükümlü lehine veya aleyhine yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunabilirler.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Centel/Zafer, s.771.

<sup>19</sup> Baha Kantar, Ceza Muhakemesi Usulü I, Ankara, 1957, s.419.

<sup>20</sup> Ahu Karakurt, Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, Ankara, 2009, s.128.

<sup>21</sup> Aydoğan Alper Kavak, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:6, S:16, Ağustos 2011, s.215.

<sup>22</sup> Karakurt, s.129.

## V. YARGILAMANIN YENİLENMESİ KANUN YOLUNA BAŞVURU SÜRESİ

Yargılamanın yenilenmesi başvurusu kural olarak herhangi bir süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Kesin hükmün adli hata içerdiğinin ne zaman ortaya çıkacağını bilmek mümkün olmadığından yargılamanın yenilenmesi başvurusunun herhangi bir süreyle sınırlandırılmaması isabetli olmuştur.<sup>23</sup> Yargılamanın yenilenmesi süre bakımından dava zamanaşımına tabi olsa da hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesi başvurusu süreye tabi değildir.<sup>24</sup>

Yargılamanın yenilenmesi başvurularının süreye tabi olmaması kuralının istisnasını AİHM kararlarına dayanan başvurular oluşturmaktadır. CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde yer alan AİHM kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi talebinde süre sınırı, AİHM kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır. Bu süre hak düşürücü süredir.

## VI. YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEBİ

CMK'nın 317. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yargılamanın yenilenmesi istemi bunun yasal nedenleri ile delillerini de içermelidir.

Yargılamanın yenilenmesi talebi kural olarak hükmü veren mahkemeye yapılmalıdır. Temyiz yargılaması yapmış olan Yargıtay hakimlerinin suç teşkil eden görev kusuru yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak ileri sürülmüşse, istisnai olarak yetkili makam CMK m.318/2 uyarınca Yargıtay'ın ilgili dairesidir.<sup>25</sup> CMK m.303 gereğince Yargıtayca davanın esasına hükmedilerek hukuka aykırılığın düzeltildiği hallerde, yani Yargıtay'ın hüküm kurduğu hallerde, Yargıtay hakimlerinin suç teşkil eden görev kusuru yenileme nedeni yapılmışsa yetkili makam hükmü kuran Yargıtay dairesidir. İstem yazılı olarak yapılmalıdır. Yargılamanın yenilenmesi istemini içeren dilekçede yenilenme nedenleri ve bu konudaki deliller gösterilmelidir (CMK m.317/2). Ancak, yargılamanın yenilenmesi davası ilk hükmü veren hakim tarafından görülemez. (CMK m.23/3).<sup>26</sup> Bir hakim kendi kararı karşısında objektif kal-

<sup>23</sup> Karakurt, s.135.

<sup>24</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.809. Dava zamanaşımı süresi geçtikten sonra cezası infaz edilemeyecek bir suçtan dolayı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuranın dava ekonomisine uygun olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Centel/Zafer, s.771. Yargıtay lehe yargılamanın yenilenmesinde zamanaşımının söz konusu olmadığı, yargılamanın iadesi kararı üzerine asli dava geri gelmeyeceğinden bu aşamada dava zamanaşımının söz konusu olmayacağı görüşündedir. Yarg.1.CD.08.12.1999, 3547/4139 (www.kazancı.com.tr).

<sup>25</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1812.

<sup>26</sup> Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda yargılamanın yenilenmesi isteminde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamayacağına hükmetmiştir. Söz konusu karara göre; yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemeye, ancak asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette görev alan hakim yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında ka-

ması zor olduğundan yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev yapan hakimin aynı işte görev alamamasına yönelik bu düzenleme yerindedir.<sup>27</sup> Bu düzenlemedeki amaç, yargılamanın yenilenmesine karar verecek olan makamın da, bu karar sonrasında yargılamayı yapacak olan makamın da hiçbir önyargısı olmaksızın davaya bakmasını sağlamaktır.<sup>28</sup>

Şayet başvuruda bulunan kişi tutuklu ise, zabıt katibine ya da tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürüne kendi beyanıyla veya bu beyanını içeren dilekçe ile başvurabilir. Bu başvuru ilgili deftere kaydedilerek başvuruya ilişkin tutanağın bir örneği başvuruda bulunana verilir. Daha sonra tutanak ve dilekçe derhal ilgili mahkemeye gönderilir (CMK m.263).

CMK m.316'ya göre, yenileme nedeninin bir suç olması halinde, yenileme istemi ancak bu suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü verilmiş olması halinde ya da mahkumiyeti gerektirecek nitelikte kuvvetli delil bulunmaması dışında bir nedenle ceza soruşturmasına başlanamamış veya sürdürülmemişse kabul edilmektedir.

Mahkeme yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığına karar verir. Yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna yalnızca bir kere başvurulacaktır diye bir kural yoktur. Yargılamanın yenilenmesi istemi reddedilirse, yeni bir sebeple tekrar yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmak mümkündür. Burada önemli olan husus, hükümlünün lehine veya aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin varlığı ve yeni nedenlerin ortaya çıkmasıdır. Ancak her yeni başvurunun dayandığı nedenin önceki başvuruda belirtilenden farklı olması gerekmektedir.<sup>29</sup>

## VII. YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEBİNİN ETKİSİ

Yargılamanın yenilenmesi davasının açılması, hatalı olduğu iddia edilen hükmün infazını ertelemez. Ancak mahkemenin infazın geri bırakılmasına ya da durdurulmasına karar vermesi mümkündür (CMK m.312). Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi mevcuttur. Mahkeme infazın geri bırakılması veya durdurulması kararını derhal verilebileceği gibi, yenileme muhakemesinin evrelerinde de verebilir.<sup>30</sup> Yargılamanın yenilenmesi kişinin hükümlülük sıfatını etkilemez, sadece infaza ara

rar veren heyette de görev alması usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair kararın ortadan kaldırılmasına ve talebin kabulüne karar verilmesilmelidir. Yarg.1.CD.13.01.2010, 2009/10007, 2010/4 (www.kazancı.com.tr).

<sup>27</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1794.

<sup>28</sup> Yarg.4.CD.28.05.2008, 864/14072(www.kazancı.com.tr).

<sup>29</sup> Centel/Zafer, s.772; Ünver/Hakeri, s.414; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1796.

<sup>30</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1796. Muhakemenin yenilenmesi başvurusunda hükümlü infazının durdurulmasını veya geri bırakılmasını istememiş olsa bile, mahkemenin infazın geri bırakılmasına ya da durdurulmasına karar verme yetkisi bulunduğu yönünde bkz. Ayhan Önder, "Muhakemenin İadesine Ait Bazı Meseleler", İÜHFİM, C.39, No:1-4, İstanbul, 1974, s.33.

verme sebebidir.<sup>31</sup> Yargılamanın yenilenmesi başvurusu üzerine infazın geriye bırakılması veya durdurulması veyahut infazın geri bırakılmaması ya da durdurulmaması kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemez. Nitekim hangi hallerde yargılamanın yenilenmesi kararlarıyla ilgili olarak itiraz yoluna başvurulacağı CMK'nın 319. ve 321. maddelerinde düzenlenmiştir. Belirtilen maddelerde infazın durdurulması ya da ertelenmesi kararlarına karşı itiraz hali yer almamaktadır. Yasada yapılacak bir değişiklikle, adli hata içeren kesin hükümlerin infazıyla hükümlülerin mağduriyetinin önüne geçilebilmesi için veya tam tersine infazın geri bırakılması halinde hükümlünün kaçmasının önlenmesi amacıyla yönelik olarak yargılamanın yenilenmesi başvurusunun değerlendirilmesi aşamasında mahkeme tarafından verilen infazın durdurulması ya da geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun tanınması yararlı olacaktır.

## VIII. YARGILAMANIN YENİLENMESİ NEDENLERİ

### 1. Genel Olarak

Yargılamanın yenilenebilmesi için hükmün verilmesinde önemli bir adli hatanın yapılmış olması gereklidir. Yargılamanın yenilenmesini gerektiren bu hata hükümlünün lehine ya da aleyhine olarak yapılmış olabileceğinden hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi hem hükümlünün lehine hem de aleyhine olarak başvurulabilecek bir kanun yolu olarak kabul edilmiştir.

Bazı ülkelerde aleyhe yargılamanın yenilenmesi kabul edilmemiştir. Aleyhe yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmemesi şu gerekçelere dayanmaktadır: 1) Beraat hükmü sanığa özgürlüğünü sağladığı için mutlak bir güvence sağlamalıdır. 2) Savcılık makamının sahip olduğu imkânlar ceza davasının bütün delillerini temin ettirebilecek niteliktedir. Bu sebeple delil yokluğundan beraat eden kimse aleyhine yargılamanın yenilenmesi kabul edilmemelidir. Savcılık makamının görevini ifa ederken gösterdiği ihmâl beraat eden sanığın aleyhine tesir edemez. 3) Aleyhe yargılamanın yenilenmesi beraat eden kişi için daima bir tehdit unsuru oluşturduğundan kamuoyunda bir kez suçlanan kişinin aleyhine tekrar yargılamanın yürütüleceği kanaati oluşur. 4) Yargılamanın lehe yenilenmesindeki kamu çıkarı, aleyhe yenilemede aynı ölçüde mevcut değildir. 5) Mahkeme şayet sanığın lehine bir hata yapmışsa, ortaya çıkan kesin hükme hiçbir zaman ve hiçbir şekilde karşı çıkılmamalıdır. 6) Aleyhe yargılamanın yenilenmesi yargı otoritesinin bireye tanıdığı teminata aykırıdır. Aksinin kabulü, kanunun kesin hüküm kuvveti tanıdığı hükümlerin bu şekilde daima değiştirilebilir bir mahiyet taşımasına yol açacaktır. 7) Aleyhe yargılamanın yenilenmesi siyasi suçlarda şüphe uyandırabilecek nitelikteki uygulamalara vesile olabilecektir. 8) Ceza davasında fiil ile hüküm arasında geçen zaman ne kadar uzarsa, tesis olunan hüküm de o kadar güvenilmez olduğundan, aleyhe yargıla-

<sup>31</sup> Centel/Zafer, s.772.



manın yenilenmesi daha büyük bir adli hatayı meydana getirmektedir. 9) Toplum işlenmiş olan bir suçun aydınlanması için adli mercilerin bütün gayretleriyle çalıştığını görünce tatmin olur. Esaslı bir şekilde yapılan soruşturma ve yargılama ceza kadar tesirlidir.<sup>32</sup>

Yargılamanın yenilenmesi için kanunda sayılan sınırlı sayıdaki nedenlere dayanılabilir.<sup>33</sup> Yasa'da tek tek sayılan yargılamanın yenilenmesi nedenleri kıyas veya genişletici yorumla arttırılamaz.<sup>34</sup> CMK m.311'de lehe yargılamanın yenilenmesi nedenleri, CMK m.314'te ise aleyhe yargılamanın nedenleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yürürlükten kalkan CMUK'ta olduğu gibi CMK'da da bazı yenileme nedenleri hem aleyhe hem de lehe yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almaktadır. CMK m.317 uyarınca yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bu talebin yasal nedenlerinin ve delillerinin gösterilmesi zorunlu olduğundan yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal nedenlerin ve bu nedenlerin dayandığı delillerin gösterilmemesi yargılamanın yenilenmesi başvurusunun reddedilmesine sebep olur.

Yenileme nedeni bir suçta dayanıyorsa, yenileme istemi ancak bu suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü verilmiş ya da mahkumiyeti gerektirecek nitelikte kuvvetli delil bulunmaması dışında bir nedenle ceza soruşturmasına başlanamamış veya sürdürülemediği olması halinde söz konusu olmaktadır. Lehe yenileme isteminin yeni olaylar ya da delillere dayandırılması durumunda bu koşul aranmaktadır (CMK m.316).

## 2. Hükümlünün Lehine Yargılamanın Yenilenmesi Nedenleri

Kesinleşmiş olan hükümde yer alan adli hataya dayanan yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi sebepleri CMK'nın 311. maddesinde tek tek sayılarak gösterilmiştir. Belirtilen maddede sayılan nedenlerin gerçekleşmesi halinde kesinleşmiş hükümle sonuçlanmış dava hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür.

### a. Sahte belge kullanılmış olması

Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliğinin anlaşılması yargılamanın hükümlü lehine yenilenme sebeplerindedir (CMK m.311/1-a). Burada sahte belgeden bahsedebilmek için suç teşkil eden sahteliğin bulunmasının

<sup>32</sup> Önder, Muhakemenin İadesinde Reform, s.68-69. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı Protokolü, aleyhe yenilemeyi insan haklarına aykırılık saymadığı için yasaklamamaktadır (m.4/2).

<sup>33</sup> Kanunda sayılan sınırlı sayıdaki nedenler dışında bir nedenle yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurma kanuna aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. Yarg.8.CD.11.05.2005, 11135/3218 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr).

<sup>34</sup> Ünver/Hakeri, s.416.

aranması gerektiği öğretide savunulmaktadır.<sup>35</sup> Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, sahte belge kullanılması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için mutlaka belgede sahtecilik suçuna konu olabilen bir nesnenin bulunması gerekli olmayıp, belgede sahtecilik suçunun oluşması açısından belge sayılmayan nesnelere varlığı halinde de yargılamanın yenilenmesi mümkündür.<sup>36</sup> Aksi görüşün kabulü, sahte belge kullanılması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi olanağını kanunda öngörülme-yen nedenlere dayanmak suretiyle sınırlandırmanın yolunu açabilecek niteliktedir.

İleri sürülen belge, tek başına ya da diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde önceki hükmün hukuka aykırılığına yol açabilecekse, bu sebeple yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmelidir.<sup>37</sup>

Sahte belge kullanılmış olduğunun anlaşılması sebebine dayanılarak yargılamanın hükümlünün lehine yenilenmesi için, söz konusu belge duruşmada kullanılmalı ve hükmü etkilemelidir. Öğretide, soruşturma evresinde kolluk tarafından görülen fakat yargılamanın ileri aşamalarında yok olan bir belgenin kolluğun ifadesi doğrultusunda hükme esas teşkil edebileceği örneğinde olduğu gibi, duruşmada kullanılmayan fakat hükme esas olabilecek belgelerin bulunmasının mümkün olması sebebiyle yasada yer alan bu düzenlemenin sakıncalı sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir.<sup>38</sup> Bu durumda belgenin hükmü etkilediği tespit edilse bile duruşmada incelenip incelenmediğinin de araştırılması gerekmektedir. Bu görüşe karşılık başka bir görüş ise, duruşmada kullanılmayan belgenin hükme etkisi olmayacağından belgenin hem duruşmada kullanılmasını hem de hükmü etkilemesini aramanın gereksiz olacağını, sahte belgenin sadece hükme etki etmesini aramanın yeterli olduğunu ifade etmektedir.<sup>39</sup> Duruşmada incelenmeyen bir belgenin hükmü

<sup>35</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, sahtelik suç teşkil etmiyorsa CMK m.311/1-e'de yer alan "yeni olay ve yeni delil" kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedirler. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1796; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.802; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 371. Buna karşılık Önder, bu madde kapsamında belirtilen "belge" kavramının 5237 sayılı TCK m.197 vd. maddelerinde düzenlenen belge kavramından daha geniş anlaşılması gerektiğini, sahtecilik suçunun oluşmasına sebebiyet vermesi açısından belge sayılmayan fakat yargılamada hükme esas alınan belgelerin de yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebileceğini, burada önemli olan meselenin belirtilen belgelerin duruşma evresinde tartışılmış ve hükme etki etmiş olması olduğu görüşündedir. Ayhan Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Muhakemenin İadesinde Müşterek Sebepler", İÜHFİM, C.32, S.1, İstanbul 1966, s.34-35; Centel/ Zafer, s.774.

<sup>36</sup> Özgen, s.64, 65, 89; Erem, s.20; Centel/Zafer, s.774.

<sup>37</sup> Yarg.7.CD.17.11.1996, 7571/7544 (www.kazancı.com.tr).

<sup>38</sup> Özgen, s.65, dn.25.

<sup>39</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.803. Askeri Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında sahtelikten söz edebilmek için, sahteliğin hükümlüyle saptanması gerektiğini ifade etmiştir. Askeri Yargıtay, 4.D.22.12.1970, 597/604. Karar için bkz. Osman Yaşar, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş Yeni İçtihatlı Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, III. Cilt, Ankara, 2009, s.3047.

etkilemesi hukuka aykırı olacaktır. Sahte belgenin sanığın ya da hükümlünün haberi olmadan hazırlanması lehe yargılamanın yenilenmesi nedeni, şayet sanık veya hükümlü sahte belgeden haberdarsa ya da bizzat sahte belgeyi kendisi hazırlamışsa bu durum da aleyhe yargılamanın yenilenmesi nedenidir. Bu sebeple sahte belgenin duruşmada incelenmesine ek olarak, sahte belge kullanılmasının hükümlünün lehine mi yoksa aleyhine mi kullanıldığına tespit edilebilmesi için hükme etkisinin de ayrıca mahkeme tarafından duruşmada değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Şayet belge sahte değilse, sadece belgenin içeriği gerçeği yansıtmıyorsa yasanın açık hükmü karşısında sahte belge kullanılması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. Bu durumda yeni delil ve olaylara dayanarak yargılamanın lehe yenilenmesi yoluna gidilebilirse de, aleyhe yenilenme talep edilemez.<sup>40</sup>

### **b. Yalancı tanıklık ya da gerçeğe aykırı bilirkişilik yapılmış olması**

1412 sayılı CMUK'ta muhakemenin yenilenmesinin ortak nedenlerinden olan bu neden 5271 sayılı CMK'da aleyhe yargılama nedenleri arasında düzenlenmeyerek sadece lehe yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almaktadır.<sup>41</sup> Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılması yargılamanın lehe yenilenme nedenidir (CMK m.311/1-b). Yargılamanın bu sebeple yenilenebilmesi için tanık ya da bilirkişinin yeminle dinlenmiş olması gerekmektedir. Öğretide bu durum haklı olarak eleştirilmiştir. Tanıkların yeminle dinlenilmesi kuralının istisnaları yani hangi hallerde yeminsiz tanık dinlenebileceği CMK m.50 ve m.51'de yer almaktadır. Yeminsiz dinlenen tanıkların da verdikleri ifadelerde hükmü etkileyebilecek adli hatalara sebebiyet vermeleri mümkünken, yargılamanın yenilenme sebeplerini sadece yemin vererek dinlenmiş tanıklarla sınırlı tutmak hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecektir.<sup>42</sup>

Belirtilen bu sebepte bilirkişiler bakımından yalan beyanda bulunmak da yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukuku'nda kural olarak kıyas yapmak mümkün olduğundan tercümanlar da kıyas yoluyla bu hükme girebilecektir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Özgen, s.69.

<sup>41</sup> CMK'daki bu yasal düzenleme doğrultusunda sanığın tanığı tehdit ettiği veya bilirkişiye rüşvet verdiği anlaşılabilir, bu sanığın aleyhinde yargılamanın yenilenmesi nedeni olamayacağı için tanığın ya da bilirkişinin yalan beyanının yargılamanın aleyhe yenilenmesi sebepleri arasından çıkarılması eleştirilmiştir. Serdar Talas, "Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s.107.

<sup>42</sup> Erem, s.22; Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Muhakemenin İadesinde Müşterek Sebepler", s.38; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1797; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.803; Centel/Zafer, s.775; Ünver/Hakeri, s.418.

<sup>43</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1797. Tercümanların da bilirkişiler kapsamında görülmesi gerektiği yönünde bkz. Centel/Zafer, s.775; Ünver/Hakeri, s.418; Yaşar, s.3020. CMK m.311'e karşılık

Burada önemli olan gerçeğe aykırı olarak tanıklık veya bilirkişilik ya da tercümanlık yapılmış olması ve bunun da hükmü etkilemiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle bu yenileme nedeninin söz konusu olabilmesi için tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılmalıdır. Yalan tanıklığın ya da gerçeğe aykırı bilirkişi raporunun hükme etki etmediği hallerde yargılamanın yenilenmesi olanağı yoktur.<sup>44</sup>

### c. Hakim görevini ifa ederken suç işlemesi

Hükme katılmış olan hakimlerden birinin, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkumiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmesi hali de yargılamanın lehe yenilenmesine sebep olmaktadır (CMK m.311/1-c). Görevini ifa ederken suç işleyen kişi hükme katılmış olan hakimdir.<sup>45</sup> Yasada belirtilen bu sebepte hakimlerin bir görev suçu işlemiş olması aranmaktadır. Hakimlerin işlediği disiplin suçları bu kapsamda değerlendirilmemektedir.<sup>46</sup>

Hakim tarafından işlenen suçun hükmü etkilemesi aranmamaktadır.<sup>47</sup> Hakim suç işlediği gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmesi için ya suç işleyen hakim hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunmalı ya da mahkumiyet hükmünün, delil yetersizliğinden başka bir nedenle verilmemiş olduğu anlaşılmalıdır.<sup>48</sup>

Yasada hakim kusuruna hükümlünün neden olmaması gerektiği de açıkça ifade edildiğinden muhakemenin bu sebeple lehe yenilenebilmesi, suça bizzat hükümlü tarafından sebebiyet verilmemesine bağlıdır.

### d. Dayanak hükmün ortadan kalkması

Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da, bu hükmün kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılması CMK m.311/1-d uyarınca yargılamanın lehe yenilenmesinin bir başka nedenidir. Söz konusu yargıla-

gelen CMK Tasarısı'nın 346. maddesinin gerekçesinde bilirkişi, tanık ve tercümanın gerçek dışı beyanda bulunması lehe yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak gösterilmiştir.

<sup>44</sup> Özgen, s.74; Centel/Zafer, s.775.

<sup>45</sup> Savcılar ve müdafî bu düzenlemenin dışındadır. Savcının kusurlu olması halinde ancak yeni delil sebebine dayanılarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir. Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, Ankara, 1953, s.122; Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Muhakemenin İadesinde Müşterek Sebepler", s.50; Özgen, s.77. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.803; Yaşar, s.3020.

<sup>46</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1798.

<sup>47</sup> Centel/Zafer, s.775; Kubilay İnan, Ceza Yargılaması Yasa Yolları, Ankara, 2006, s.230; Talas, s.121.

<sup>48</sup> Centel/Zafer, s.775.

manın lehe yenilenmesi nedeni için yasada öncelikle bir hukuk mahkemesi hükmünün bulunması aranmaktadır.<sup>49</sup> Ceza mahkemesi hükmünün dayanağını bir hukuk mahkemesi hükmü gerçekleştirmelidir. Bunun için de ceza mahkemesi hükmü ile hukuk mahkemesi hükmü arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu da ya ceza davasında hukuk mahkemesinin kesinleşmiş hükmünün delil olarak kullanılmasıyla ya da hukuk mahkemesi hükmü için bekletici sorun kararı vermek suretiyle alınan kararın ceza hükmüne dayanak yapılmasıyla veyahut hukuk mahkemesi hükmünün ortadan kaldıran yeni hükmün ceza hukuku açısından sonuç doğuran bir hukuki durumu değiştirmesiyle gerçekleşmektedir.<sup>50</sup>

Yasada belirtildiği üzere, hukuk mahkemesince verilen hüküm bir başka hüküm ile ortadan kaldırılmış olmalıdır. Bu nedene dayanarak yargılamanın yenilenebilmesi için diğer hükmün kesinleşmiş bir hüküm olması şarttır.<sup>51</sup> Bir başka anlatımla ceza mahkemesi hükmünün dayanağını oluşturan hukuk mahkemesi hükmünü kaldıran karar kesinleşmelidir.

Öğretide bu hükmü kıyas yoluyla idare mahkemesi kararlarına da uygulamanın doğru olacağı yönündeki görüşe biz de katılmaktayız.<sup>52</sup> Bu görüşe karşılık, yasada açıkça hükmün dayanağı olan hükmün hukuk mahkemesi tarafından verilmesi şartına bağlandığından burada kıyas yapılamayacağı, böyle bir durumda ancak yeni olayın bulunması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir.<sup>53</sup>

#### **e. Yeni olay veya yeni delilin bulunması**

Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunların yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olması yargılamanın bir diğer lehe yenilenme nedenidir (CMK m.311/1-e).

Yeni delil veya yeni olay (vakıa),<sup>54</sup> mahkumun sadece beraat etmesini değil,

<sup>49</sup> Yabancı devletlerin hukuk mahkemeleri tarafından verilen hükümler, ceza muhakemesi hukukunda bir hüküm olarak değil de olay olarak değerlendirildiği için, CMK m.311/1-d kapsamında değerlendirilmez. Erem, s.19.

<sup>50</sup> Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, s.113; Hamdi Öner, "Ceza Muhakemesinde Kazıyye Muhakemenin İstisnaları I- Muhakemenin İadesi", Adalet Dergisi, Y.38, S.1, 1947, s.471; Kavak, s.223.

<sup>51</sup> Centel/Zafer, s.777.

<sup>52</sup> Erem, s.18; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1798; Toroslu/Feyzioğlu, s.373.

<sup>53</sup> Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, s.113; Özgen, s.94.

<sup>54</sup> Yeni vakıa ve delil, evvelce yargıya sunulmamış olan onun bilgisi dışında kalmış olan delildir. YCGK, 27.05.1985, 1-72/306 (www.kazancı.com.tr). Yargıtay, yapılan kanun değişikliklerinin hükmünün lehine olması durumunda yargılamanın yenilenmesi nedeni olmayacağı görüşündedir. Yarg.8.CD.11.06.2002, 6260/6846, Yarg.9.CD.01.07.2004, 3407/3587 (www.kazancı.com).

daha hafif bir suç işlediğini ve bu sebeple daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğini ortaya koyuyorsa yargılamanın yenilenmesi nedenidir. Sadece yeni delil ve olayların varlığı halinde yargılamanın lehe yenilenmesi bu sebebe dayanabilir. Yeni deliller ve olaylar ortaya konulduklarında bunlar tek başlarına ya da önceden sunulan delillerle birlikte değerlendirildiğinde sanığın beraatini veya daha hafif bir ceza uygulanmasını gerektirecek nitelikte olmalıdır.

CMK m.311'de mahkemeye sunulan delillerin veya vakıaların yeni olması aranmaktadır.<sup>55</sup> Hükmü veren mahkemeye bildirilmemesi sebebiyle, hükümde dikkate alınmamış olan her olay ve delil mahkum tarafından bilinip bilinmemesi önemli olmaksızın "yeni" olarak nitelendirilmektedir. Olay ya da delilin yeniliği, olayın kesin hükümden sonra gelmiş olmasıyla bağlantılı değildir. Kesin hükümden önce meydana gelen ancak mahkemenin bilgisine sunulmayan ya da mahkeme tarafından değerlendirilmeyen deliller ve olaylar da yeni sayılır. Bir olayın yargılama sırasında kullanılmış bir delile ilişkin olması da yeniliği etkilememektedir.<sup>56</sup> Bu doğ-

---

tr). Öğretide "içtihat değişikliğinin" yeni olay olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1798, 1799, dn.28. Aksi görüşte olan Kantar, Erem, Özgen, Önder ise, kanun ve içtihat değişikliklerinin maddi meseleye değil hukuki meseleye ilişkin olması sebebiyle içtihat değişikliği nedeniyle muhakemenin yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını belirtmektedirler. Kantar, s.25; Erem, s.25; Ayhan Önder, "Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi", İÜHFİM, C.31, No:1-4, İstanbul 1966, s.62; Özgen, s.100-101. Yargıtay, içtihatla meydana gelen değişiklik öncesi kesinleşmiş hükmün yeni vakia kabul edilemeyeceğini ve bu sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesinin istenemeyeceğini belirtmektedir. Yarg.11.CD.11.11.2005, 9295/10869 sayılı karar için bkz Yaşar, s.3041-3042. Bilirkişi raporunun yeni delil olarak değerlendirilebilmesini ise çok dar koşullarda kabul etmenin mümkün olduğu görüşünde olan Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, daha önceki yargılamaadaki bilirkişinin uzmanlık alanının yetersiz olduğu veya raporun çelişkili olduğu iddia edilerek, yeni bilirkişinin uzmanlık alanında daha üstün bilgilere sahip olduğu ya da yeni bilirkişi raporunun önceki bilirkişinin raporunu temelden sarstığı durumlarda bilirkişi raporunun yeni delil olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedirler. Ayrıca geçen zaman zarfında yeni bilimsel gelişmelerin ortaya çıkmasıyla daha önceki bilirkişi raporuyla elde edilmesi mümkün olmayan verilere ulaşılmaması halinde de bilimdeki gelişmeleri takip eden bilirkişi raporu yeni delil niteliği kazanabilecektir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1799, 1800.

<sup>55</sup> "Evvelce yargıya sunulmamış, onun bilgisi dışında kalmış, yalnız başına veya evvelce mevcut delillerle birlikte gözetildiğinde sonuca etkili olacak yeni vakia veya delil bulunmadığından, yargılamanın yenilenmesi isteminin reddi gerekir". YCGK,05.06.1995, 164/190 sayılı karar için bkz.Yaşar, s.3022.

<sup>56</sup> Kantar, s.114. Aynı doğrultuda Yargıtay da bir kararında, yargılamanın yenilenmesi davasına konu yargı kararının verildiği bir tarihte, yargılama heyetinin bilmediği delil veya olay diye tanımlayabileceğimiz olay ve delilin yeni olay veya delil olup olmadığına bakılması gerektiğini, bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, hükümlünün beraatini veya daha hafif bir ceza içeren yasa hükmünün uygulanmasının gerekip gerekmeyeceğinin saptanması gerektiğini belirtmiştir. YCGK, 01.10.1990, 4-197/212. Karar için bkz. Mehmet Uygun/Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 1991, s.431. İleri sürülen deliller, hükmün kesinleşmesinden sonra elde edilse ve önceden mahkemeye ibraz edilmese de, yeni olay ve yeni delil olarak kabul edilmelidir. YCGK, 26.06.1979, 9/244-311. Karar için bkz. Yaşar, s.3031-3032.

rultuda hükmü veren mahkemeye bildirilmediğinden yargılama yapılırken dikkate alınmayan her türlü olgu ve delil de yeni sayılmaktadır. Daha önceden mahkemeye bildirilen ancak mahkeme tarafından inandırıcı bulunmadığı için değerlendirme dışı tutularak dikkate alınmayan delil ve olgular yeni değildir.<sup>57</sup> Buradaki yenilikten anlaşılması gereken taraf bakımından değil, mahkeme bakımından olay ya da delinin yeni olmasıdır. Mahkemece bilinmeyen, incelenmeyen, yargılama konusu yapılmayan, dikkate alınmayan ya da değerlendirilmeyen deliller yeni delil veya olay kapsamında değerlendirilmektedir. Yenilik açısından önemli olan delil vasfına sahip olan içerikteki yeniliktir.<sup>58</sup>

Yasada yeni deliller veya olaylar ifadesi yer alsa da bu şartın gerçekleştiğinin kabulü için tek bir olay ya da delilin varlığı yeterli görülmektedir.<sup>59</sup>

Yeni olay ya da delilin yargılamanın yenilenmesi sebebi olması için aynı zamanda önemli de olması gerekmektedir. Yeni delil veya olayın, tek başına veya daha önceki delillerle beraber değerlendirildiğinde hükümlünün beraatini veya hükümlü hakkında daha az ceza içeren normun uygulanmasını gerektirmesi öğretide “önemlilik şartı” olarak adlandırılmaktadır.<sup>60</sup>

#### **f. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin karar vermesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukta dört temel etkisi vardır. 1- İnsan hakları ihlallerine yol açan sebep bir kanun ise, bunun değiştirilmesi ve kaldırılması, 2- İnsan hakları ihlallerine yol açan sebep idari bir uygulama ise, bunun düzeltilmesi, 3- Tazminat, 4- Yargılamanın yenilenmesi. AİHS'ne taraf olan

<sup>57</sup> Ünver/Hakeri, s.419; Centel/Zafer, s.776. “Ortada yeni delil veya vaka yok ise, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmemelidir.” Yarg.7.CD.19.06.1996, 4272/4790 (www.kazancı.com.tr).

<sup>58</sup> Özgen, s.94-96.

<sup>59</sup> Erem, s.25; Önder, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi, s.62.

<sup>60</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1800; Ünver/Hakeri, s.420. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, önemlilik şartını “sonuç cezanın kullanılması kanun gereği olan, diğer bir söyleyişle mahkemenin takdir denilegelen serbest değerlendirme yetkisine bırakılmamış bulunan herhangi bir hukuk normunun uygulanması sonunda cezanın hafifleyeceğinin görülmesi” olarak anladıklarını ve böyle yeni delil ya da olayın bulunması ile onların ortaya çıkardığı hatanın lehe yenilenme sebebi olarak kabulünü gerektirecek ölçüde önemli sayıldığını ifade etmektedirler. YCGK, 01.10.1990 tarihli, 4-197/212 sayılı kararında; yargılamanın yenilenmesi sırasında sanık tarafından gösterilen tanıkların dinlenmesi sonucunda ortaya çıkan yeni durumun önceki yargı kararlarının verildiği tarihte yargılama heyeti tarafından bilinmekte olduğunu ve bu hususun değerlendirme dışı tutularak mahkumiyet hükmü kurulduğunu saptadıktan sonra, şimdiki aşamada ortaya çıkan yeni durumun eski kanıtlarla birlikte değerlendirildiğinde hükümlünün beraatini gerektirir nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple CMUK m.327/5'e uyan yargılamanın yenilenmesi sebeplerini yerinde bularak aynı yasanın 341. maddesi uyarınca yargı kararlarının iptaliyle sanığın beraatine karar vermek gerektiğinden yerel mahkemenin hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Naci Ünver, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları, Ankara, 1995, s.118.

devletler, AİHM'nin kararlarının gereği olarak iç hukuklarında yasal düzenlemeler yaparak yargılamanın yenilenmesine iç hukuklarında işlerlik kazandırabilirler.<sup>61</sup>

Türk mahkemeleri tarafından verilen ceza hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin veya eki Protokolleri'nin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi durumu, yargılamanın lehe yenilenme nedenini oluşturmaktadır. Belirtilen bu nedene dayanılarak sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulamaz. CMK m.311/1-f uyarınca bu sebebe dayanılarak yargılamanın yenilenmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde istenebilir. Bir yıllık süre hak düşürücü süre olduğundan süresinden sonra yapılan başvuruların kabul edilmemesi gerekmektedir.<sup>62</sup>

Bu sebebe dayanarak yargılamanın lehe yenilenebilmesi için öncelikle AİHM tarafından verilmiş ve kesinleşmiş esasa ilişkin bir kararın varlığı gereklidir. AİHM'nin kararının kesinleşmiş olması şarttır. Ayrıca AİHM'nin kararlarında ceza hükmünün AİHS'nin veya Sözleşme'nin eki Protokoller'in ihlali suretiyle verildiğinin tespit edilmiş olması gerekmektedir.

CMK m.311'de öngörülen bu düzenleme yürürlükten kalkan CMUK m.327/a'ya göre farklılık göstermektedir. CMUK m.327/a'ya dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için ceza hükmünün AİHS'ne veya eki Protokolleri'ne yönelik olarak aykırılığa dayanması koşulu aranmadığı halde,<sup>63</sup> CMK m.311/1-f uyarınca yargılamanın lehe yenilenme nedeni olabilmesi için AİHS veya eki Protokolleri'ne yönelik aykırılığın yargılamanın yenilenmesi yoluyla giderilebilecek olması aranmaktadır. Tespit edilen ihlal karşılığında AİHM m.41

<sup>61</sup> Fikret İlkiz, "Anayasa Madde 90 ve Yargılamanın Yenilenmesi", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, s.486.

<sup>62</sup> İbrahim Şahbaz, "AİHM Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesi-Yazılı Emir-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, s.429.

<sup>63</sup> Mehmet Handan Surlu, Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi (İfade-i Muhakeme), Ankara, 2003, s.60-61. Sanık veya hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenlerine ilişkin CMUK m.327/a'nın ilk şeklinde, AİHM'nin ihlal kararı sonrasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, saptanan bu ihlalin sanığa veya hükümlüye tazminat ödeyerek giderilmesi mümkün bir ihlal olup olmadığını inceleyecekti. Eğer tazminatla giderilebilecek bir ihlal ise, bu tazminat ödenecekti, ancak bu durumda yeniden bir yargılama yapılamayacaktı. Şayet tazminatla giderilemeyecek türden bir ihlal varsa bu takdirde yargılama yenilenecekti. Bu düzenleme yürürlüğe girmeden, bir sistem değişikliğine gidilmiştir. Öğretide hatalı olarak nitelenmesine bizim de katıldığımız mevcut düzenleme önce mülga CMUK'ta, şimdi de aynı hatalı haliyle CMK'da yer almıştır. Ünver/Hakeri, s.426-427.



veya iç hukukumuz gereğince başvurana tazminat ödenmiş olması, bu sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmaya engel değildir.<sup>64</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre, sadece ihlal kararı ile yetinilmeyip hükmün bu aykırılığa dayandığının AİHM'nin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması ölçütünün kabul edilmiş olması sebebiyle bundan sonraki yargılamanın yenilenmesi taleplerinde incelemede bulunacak ilk hükme katılmamış hakim, AİHM kararının söz konusu kararını inceleyerek hükmün tespit edilen aykırılığa dayanıp dayanmadığını belirleyecektir.<sup>65</sup>

Yargılamanın yenilenmesi uygulanmasında AİHM kararlarının yeniden yargılamaya elverişli içerikte olması gerekmektedir. AİHM'nin verdiği karar Türkiye'deki mahkeme tarafından verilen kararın fiili olgularına ilişkin bir etki ortaya koyuyorsa, bir diğer anlatımla hükmü etkiliyorsa yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.<sup>66</sup> Örneğin yakalama ve gözaltında sürelerin aşılması, yargılamanın makul sürede tamamlanmaması hallerinde bu sebeplerden yeniden yargılamaya gidilmesi mümkün değildir.<sup>67</sup> CMK'nın 323. maddesine göre, yargılamanın yenilenmesi duruşmasının sonunda Türk Mahkemeleri önceki hükmü onaylar ya da hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir. Öğretide onama kararının kesin olduğu, ancak önceki hüküm iptal edilmişse yeni hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Yeniden kurulan bu hüküm uyarınca temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Yine bu görüş taraftarlarınca, AİHS'ndeki ilkelerin yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğinden hareketle, yargılamanın yenilenmesi sürecinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'ne başvurulabileceği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız.<sup>68</sup>

Yargılamanın yenilenmesi bakımından herhangi bir süre şartı diğer yargılamanın yenilenme nedenleri için aranmadığı halde, bu yenileme nedeni için iki ayrı süre şartı aranmaktadır. CMK m.311/1-f'nin son cümlesinde belirtildiği üze-

<sup>64</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin Saygılar Kırıt/Özlem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2012, s.677. Yapılacak bir kanun değişikliğiyle AİHM'nin ihlal kararlarının sanık lehine yargılama nedeni sayılırken tazminatla giderilebilecek ihlal ve giderilemeyecek ihlal arasında ayırım yapan sisteme geçilmesi gerektiği görüşü için bkz. Ünver/Hakeri, s.426-427.

<sup>65</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1806. Öğretide Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşmeye aykırılık tespit eden kararının da hukuki tespit niteliği taşıması halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olmayacağı, ancak hükmün dayanağını oluşturan maddi tespitler bakımından hukuka aykırılık tespit edilmişse bu hususun yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1799, 1805.

<sup>66</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1808.

<sup>67</sup> Şahbaz, s.425. Ünver ve Hakeri de, AİHM kararları dolayısıyla yapılacak yeniden yargılamanın, ancak yeniden yargılama ile söz konusu aykırılığın giderilmesinin mümkün olduğu hallerde yapılabileceğini belirtmektedirler. Ünver/Hakeri, s.426.

<sup>68</sup> Centel/Zafer, s.781; Öğretide Şahbaz, Bakanlar Komitesi ile taraf Devlet arasında, AİHM'nin ihlal kararı üzerine iç hukukta gereğinin yapıldığından bahisle anlaşma sağlanmış ve dosya işleminden kaldırılmış olsa bile, bu anlaşmadan tatmin olmayan başvurucunun yeniden AİHM'ne başvurusunun mümkün olduğu fikrini savunmaktadır. Şahbaz, s.428.

re, AİHM kararları kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde istendiği takdirde yargılamanın yenilenmesi nedeni teşkil etmektedir. CMK'nın 311. maddesinin 2. fıkrasında "birinci fıkranın (f) bendi hükümlerinin, 04.02.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile, 04.02.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı" belirtilmektedir. Düşüncemize göre, belirtilen bu sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmek için böyle bir süre sınırlaması getirmek Anayasa'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır.<sup>69</sup> Nitekim, 04.02.2003 tarihinden önce başvuru olan ama bu tarihten sonra kesinleşen AİHM kararlarına ya da AİHM'de hala görülmeye devam eden davalara bu yolu tanımamak hiçbir mantıklı gerekçeye dayanmamaktadır. CMK m.311/2'de sınırlı tutulan dönem dışında gerçekleşen ve AİHM kararlarıyla da saptanan adli hataların sanık ya da hükümlü lehine düzeltilmesinin önünü kapamak hukuka aykırı sonuçlar doğuracağı gibi hakkaniyete ve adalete de aykırıdır.

11.04.2013 tarihinde 5271 sayılı CMK'ya eklenen geçici 2. maddede,<sup>70</sup> AİHS'nin veya eki Protokoller'in ihlali suretiyle bir ceza hükmünün verildiğini tespit eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarından, 15.6.2012 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde denetlenmekte bulunanlar bakımından CMK m. 311/2'nin uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Bu durumda olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilirler.

Öğretide Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararlarının, Türk mahkemesi tarafından verilmiş olan kesin hükmü otomatik olarak kaldırma durumu eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, ülke mahkemelerinin üstünde bir fiili olgu denetimi yapması arzulanan AİHM, giderek "süper istinaf mahkemesi" haline dönüşerek, devletin temel unsurlarından biri olan yargı bağımsızlığını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Aynı görüşte Şahbaz, s.422-423; Yaşar Metin Özdemir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Ulusal Hukuk Düzenine Etkisi ve Yerine Getirilmesi", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2005, s.261-262,286; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2007, s.575.

<sup>70</sup> Söz konusu madde, 11.04.2013 kabul tarihli 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle CMK'ya eklenmiştir. RG. 30.04.2013 Sayı: 28633.

<sup>71</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1808, 1816. Güvenlik güçleri tarafından evleri tahrip edilen ve köylerini terk etmeye zorlanan başvuru sahiplerine Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkum ettiği 01.04.1998 tarihli, 99/1995, 605/693 sayılı Akdivar ve Diğerleri/Türkiye kararında, başvuru sahiplerinin köylerine dönmelerine engel olan nedenlerin ortadan kaldırılması ve eski hale iade talebi hakkında AİHM; devletlerin mahkeme kararlarına nasıl uyacaklarını belirlemede serbest olduklarını, mahkemenin bu konuda beyan veremeyeceğini belirtmiştir.

### 3. Sanık veya Hükümlünün Aleyhine Yargılamanın Yenilenmesi Nedenleri

Aleyhe yargılamanın yenilenme nedenleri CMK m.314'te düzenlenmiştir. Sahte belge kullanılması, hakimın suç işlemesi ve sanığın beraat ettikten sonra hakimın önünde suça ilişkin güvenilir ikrarının bulunması yargılamanın aleyhe yenilenme sebepleridir. Yürürlükten kalkan 1412 sayılı CMUK m.330/2'de yer alan "yalancı tanık veya bilirkişi" CMK'daki yargılamanın aleyhe yenilenme sebepleri arasında bulunmamaktadır.<sup>72</sup>

#### a. Sahte belge kullanılması

Bu sebep yargılamanın lehe yenilenme sebepleri arasında da yer almaktadır. Belgeyi hazırlayan kişi, sahteliğin lehe ya da aleyhe değerlendirilmesinde esas alınır. Eğer sahtelik sanığın haberi olmaksızın hazırlanmışsa, lehe yenilenme sebebi olmaktadır. Şayet sanık sahte belgeyi kendisi hazırlamışsa veya sahtelikten haberdarsa, bu durumda sahte belge kullanılması aleyhe yargılamanın yenilenmesi nedenidir.<sup>73</sup>

Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliğinin anlaşılması yargılamanın aleyhe yenilenmesi nedenlerindedir (CMK m.314/1-a). Sanığın bilgisi dışında üçüncü kişiler tarafından yapılan sahte belgelere dayanılarak yargılamanın aleyhe yenilenmesinin kabul edilmesi haksızlık oluşturacak niteliktedir.<sup>74</sup> Bu madde kapsamındaki belge, evrakta sahtekarlık suçundaki belgeden daha geniş bir kavram olarak kabul edilmektedir. Belgenin baştan itibaren sahte olarak hazırlanmasıyla sonradan sahte hale getirilmesi arasında hükmün uygulanması açısından fark yoktur. Burada önemli olan husus, maddeye konu olan belgenin duruşma devresinde tartışılmış ve hükme etki etmiş olmasıdır.<sup>75</sup>

#### b. Hakim görevini ifa ederken suç işlemesi

Hükme katılmış olan hakimlerden birinin, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkumiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmesi yargılamanın aleyhe yenilenme nedenlerindedir (CMK m.314/1-b). Yargılamanın bu yenilenme sebebi, hem lehe hem de aleyhe

<sup>72</sup> CMUK m.330/2'de yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükme müessir olacak şekilde sanık veya mahkum lehine kast veya ihmal ile, hakikat hilafına tanıklıkta bulunmasının veya rey verdiğinin anlaşılmasını, yargılamanın aleyhe yenilenme nedenleri arasında sayılmaktaydı. Mülga CMUK m.330/2'deki yalancı tanık veya gerçek dışı görüş bildiren bilirkişinin hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak CMK'da düzenlenmemesi öğretide yerinde bulunmamıştır. Öztürk/Tezcan/ Erdem/Sırma/Kırıt/ÖzaydınAkcan/Erdem, s.677.

<sup>73</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.802-803.

<sup>74</sup> Özgen, s.64 vd.

<sup>75</sup> Centel/Zafer, s.777.

yargılamanın yenilenme sebepleri arasında yer alan ortak nedenlerden ikincisidir.<sup>76</sup> Yasada hakimın görevini ifa ederken suç işleminin yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için hakimın görevini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmesi aranmaktadır. Belirtilen aleyhe yargılama sebebinin söz konusu olabilmesi için, hakimın görevinin ifası sırasında işlediği suçun sanık ya da hükümlünün lehine sonuç doğurması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle hakimın görevini ifa ederken işlediği suç neticesinde sanık hak etmediği bir şekilde beraat etmeli ya da hak ettiğinden daha az bir ceza almış olmalıdır.

### c. Sanığın ikrarı

Aleyhe yargılamanın yenilenmesi nedenleri, beraat etmiş bir sanıkla da ilgili olabileceğinden, yasada sadece hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesinden değil, sanık aleyhine de yargılamanın yenilenmesinden bahsedilmektedir.<sup>77</sup>

Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hakim önünde güvenilirlik nitelikte ikrarda bulunması da yargılamanın bir diğer aleyhe yenilenme nedenidir (CMK m.314/1-c). CMK'daki bu düzenleme ile yürürlükten kalkan CMUK'un ilgili hükmü arasında fark vardır. CMUK m.330/4'te sanığın beraat ettikten sonraki ikrarın hakim önünde olması koşulu aranmıyordu. İkrar herhangi bir ikrar olabilmekteydi. CMK'da ise ikrarın "hakim önünde ve güvenilir nitelikte olmasını" şart koşturmaktadır. Kanaatimize göre, CMK'daki düzenleme ile getirilen ikrarın hakim önünde gerçekleşmesinin aranması koşulu yerinde olmuştur.<sup>78</sup> Sanığın kollukta veya yargılamanın tarafı olan savcılık makamı önündeki ikrarının sanığın iradesini sakatlayacak yöntemlerle alınarak hukuka aykırı delil vasfını kazandırabilecek olması ihtimali böylelikle engellenmiş olmaktadır. Sanık beraat ettikten sonra bile kolluk tarafından ya da savcılık makamı tarafından sanığın beraat ettiği suçla ilgili olarak ikrarının alınması amacıyla sorgulanmasının önüne geçilmiş olduğundan bu düzenleme, kesin hükmün konusunu oluşturan fiillerden dolayı sanık hakkında ikinci defa yargılama yapılamayacağı yönündeki "ne bis in idem ilkesi" ile de uyumludur.

Yasadaki açık düzenleme uyarınca hakim önündeki ikrar, sadece beraat kararı verilmişse göz önüne alınacaktır. Bu ikrarın beraat hükmünün kesinleşmesinden sonra yapılması gerekmektedir.<sup>79</sup> Mahkumiyetten sonra daha ağır bir cezanın ve-

<sup>76</sup> Sahte belge kullanılması ve hakimın görevini ifa ederken suç işlemesi, hem lehe hem de aleyhe yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında düzenlenen ortak nedenler arasında yer almaktadır.

<sup>77</sup> Ünver/Hakeri, s.428.

<sup>78</sup> Sanığın aleyhine olan durumun uygulanma alanını daralttığı için ikrarın hakim önünde gerçekleşmesinin yerinde olduğu öğretilde ifade edilmiştir. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.809. Karşı görüşe göre ise, sanığın ikrarının hakim önünde olmasını aramak kurumun neredeyse uygulanmaz hale gelmesine neden olacaktır. İnan, s.236.

<sup>79</sup> Yargılamanın aleyhe yenilenmesi sebebi olarak sanığın beraat ettikten sonraki ikrarını arayan Yasa'nın açık hükmüne rağmen, Yargıtay kanaatimizce hatalı olarak, beraat kararından önce dü-

rilmesi sonucunu doğuracak ikrar, yargılamanın yenilenmesi nedeni değildir. Bu ikrarın suçun hukuki niteliğini değiştirmesi sonucunu doğurması durumunda yenilenme nedeni teşkil etmesi mümkündür.<sup>80</sup> Ceza Muhakemesi Hukuku'nda kural olarak kıyas yapılabilirse de, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda da yasallık ilkesini bir sonucu olarak, istisnai hükümlerin söz konusu olması durumunda kıyas yapılamaz.<sup>81</sup> İstisnai nitelikteki hükümlerin sadece düzenledikleri kişi ya da durumlar hakkında uygulanması gerektiğinden, ceza verilmesine yer olmadığı kararına karşı yargılamanın aleyhe yenilenmesi yoluna gidilemez.

İkrar, iştirak halinde işlenen suçlarda diğer suç ortaklarına sirayet etmez. Sadece ikrarda bulunan kişi açısından etkili olmaktadır.<sup>82</sup>

Bu yenileme nedeninin uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart da, ikrarı sanığın yapmış olmasıdır. Sanık dışındaki kişilerin ikrarına dayanılarak yargılamanın aleyhe yenilenmesi yoluna gidilemez. Sanık dışındaki kişilerin suçlarının ikrarı halinde yeni delil ve olay sebebine dayanılarak hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir.<sup>83</sup>

Sanığın ikrarının yargılamanın aleyhe yenilenmesi nedeni olabilmesi, ikrarın güvenilir olması halinde mümkündür. İkrarın güvenilirliği kararını, yargılamanın yenilenmesi başvurusunu inceleyen mahkeme vermektedir.<sup>84</sup> Yenileme başvurusunu alan mahkeme, ikrarın kişinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığını da belirlemelidir.

## IX. YARGILAMANIN YENİLENMESİNİN KABUL EDİLMEMEYECEĞİ HALLER

Yargılamanın yenilenmesi sebepleri ve bu talebin kabulüne ilişkin sebepler Yasa'da tek tek sayılmıştır. Yargılamanın yenilenmesi nedenleri Yasa'da açık olarak belirlendiğinden bu nedenler genişletilemez. Yargılamanın yenilenmesinin caiz olmadığı yargılamanın lehe ve aleyhe yenilenmesi bakımından ortak nitelikte olması mümkün, fakat şart olmayan genel engeller ayrıca CMK m.315'te düzenlenmiştir.<sup>85</sup>

CMK m.315/1'de kanunun aynı maddesinde yer almış sınır içinde olmak üzere, cezanın değiştirilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Mahkemenin takdir yetkisine dayanarak Yasa ile çizilmiş olan

zenlenmiş ikrar tutanağının beraat hükmünden sonra dosyaya intikali halinde aleyhe yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılabileceğine karar vermiştir. Yarg.1.CD.05.07.2007, 3118/2915 (www.kazancı.com.tr).

<sup>80</sup> Centel/Zafer, s.778; Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, s.120; Özgen, s.104; Erem, s.28; Önder, Muhakemenin İadesinde Reform, s.91.

<sup>81</sup> Centel/Zafer, s.46.

<sup>82</sup> Özgen, s.105.

<sup>83</sup> Önder, Muhakemenin İadesinde Reform, s.91; Erem, s.27-28.

<sup>84</sup> Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, s.119; Özgen, s.109.

<sup>85</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1810.

sınırlar arasında belirlediği cezanın değiştirilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesi kabul edilmemektedir. Böylelikle belirlediği cezalardaki mahkemenin takdir hataları önemsiz sayılmaktadır.<sup>86</sup> Öğretide “kanunun aynı maddesi” ifadesinin yanıltıcı olduğu, bu ifadenin “kanunun aynı hükmü” şeklinde anlaşılması gerektiği, böylelikle aynı madde içinde geçen iki bent ya da fıkranın farklı hüküm olarak değerlendirilebileceğine imkân tanınabileceği haklı olarak ifade edilmiştir.<sup>87</sup>

Yargılamanın yenilenmesinin kabul edilemeyeceği bir diğer hal de, hatanın giderilmesini sağlayacak başka bir yol olmasıdır. Hatanın giderilmesini sağlayacak bir başka yolun mevcut olması halinde, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği CMK m.315/2 ile hükme bağlanmıştır. Adli hatanın giderilmesi, olağan kanun yollarına başvurmak suretiyle ya da diğer olağanüstü kanun yollarına başvurarak mümkün olabiliyorsa artık yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilerek sonuca ulaşılamayacaktır. AİHM’ne bireysel başvuruda bulunulması, hatanın giderilmesini sağlayacak bir yol olmadığından, bu halde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir.<sup>88</sup>

## X. YARGILAMANIN YENİLENMESİ MUHAKEMESİ

### 1. Yargılamanın Yenilenmesi Talebinin Usulden İncelenmesi

Yargılamanın yenilenmesi talebi kural olarak hükmü veren mahkemeye sunulur (CMK m.318/1). CMK’nın 303. maddesi gereğince, Yargıtay’ın doğrudan hüküm kurduğu hallerde de yargılamanın yenilenmesi istemi hükmü vermiş olan mahkemeye yani Yargıtay ilgili Dairesi’ne ya da Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na sunulmaktadır. Bu mahkeme, yapmış olduğu inceleme sonunda istemin kabule değer olup olmadığına karar verir. Yargılamanın kabule değer olup olmadığına dair olan karar duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden verilmektedir (CMK m.318/3).

Başvurunun görevli mahkemeye yapılıp yapılmadığı, yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunulan kararın yenilemeye konu bir karar olup olmadığı ve başvuruda bulunanın başvuruda bulunma hakkına sahip olup olmadığı, hükmü veren mahkeme tarafından ilk etapta değerlendirilecek olan başvurunun şekil açısından incelenmesinin kapsamındaki hususlardır.<sup>89</sup>

Yargılamanın yenilenmesi talebini usul bakımından inceleyen mahkeme, oluşturduğu iddia edilen yenileme nedenlerinin var olup olmadığını ve delillerin doğruluğunu tartışmadığı gibi ayrıca başvuruda belirlenenler dışında bir yenileme nedeninin bulunup bulunmadığını da araştıramaz.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1811; Önder, Muhakemenin İadesinin Caiz Olmadığı Hal, s.397.

<sup>87</sup> Özgen, s.109-110; Erem, s.30; Önder, Muhakemenin İadesinin Caiz Olmadığı Hal, s.399.

<sup>88</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.676.

<sup>89</sup> Özgen, s.130; Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, s.127; Erem, s.36.

<sup>90</sup> Önder, Muhakemenin İadesine Ait Bazı Meseleler, s.50; Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları, s.127.

Yargılamanın yenilenmesi talebi, kanunda belirtilen şekilde yapılmamışsa veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek hiçbir yasal neden gösterilememişse ya da yargılamanın yenilenmesi sebeplerini doğrulayacak deliller açıklanmamışsa, bu istem kabule değer görülmeyerek reddedilir (CMK m.319/1). Aksi halde ise yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilir. Bu karara karşı CMK'nın 319. maddesinin 3. fıkrası uyarınca itiraz yolu açıktır.

Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz. Hatta yargılamanın yenilenmesi davasına konu kararı veren hakim ile, yenileme talebinin reddi ya da kabulü kararı veren hakim de aynı olmalıdır.<sup>91</sup>

Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi halinde, yedi gün içinde talep hakkında diyeceklerini bildirmeleri için ilgili tarafa ve Cumhuriyet savcısına tebligat yapılır (CMK m.319/2).

## 2. Delillerin Toplanması

Yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edildikten sonra yapılan yargılamada tüm eksikler giderilmelidir. Burada sadece talep eden tarafın ileri sürdüğü ve sunduklarıyla yetinilmemesi gerekmektedir. Ceza muhakemesinin maddi gerçeği araştırmak amacı yalnızca yerel mahkemeler ve olağan kanun yollarında değil, olağanüstü kanun yollarında da geçerlidir.<sup>92</sup>

Yargılamanın yenilenmesini usul bakımından yerinde bulan mahkeme esas bakımından incelemeye geçer. Delillerin toplanması aşamasına geçilmesi için başvurunun kabule değer olduğuna karar verilmesi yeterlidir. Delillerin toplanmasına başlanması için başvurunun kabule değer olduğuna dair kararın kesinleşmesi gerekmediği gibi, başvurunun Cumhuriyet savcısı ve ilgili tarafa tebliğ edilmesinin bek-

<sup>91</sup> Ünver/Hakeri, s.429. Yargıtay bir kararında yargılamanın yenilenmesi isteminde, önceki yargılamada görev yapan hakimin aynı işte görev alamayacağını belirttiikten sonra, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece ancak asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerektiğini, asıl kararı veren heyette görev alan hakimin yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında karar veren heyette de görev almasının usul ve yasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Yarg.1.CD.13.01.2010,1007/4. Aynı yönde Yarg.10.CD.25.02.2008, 409/2890; Yarg.1.CD.27.04.2011, 3298/2610 (www.kazancı.com.tr).

<sup>92</sup> Ünver/Hakeri, s.431. AİHM'nin saptadığı ihlallerin sonuçlarını etkin biçimde ortadan kaldıracak, yeni bir adil yargılamanın yapılması amacıyla yargılamanın yenilenmesi istemi yerinde görülerek duruşma açılıp gerçekleştirilen yeni yargılama sonunda toplanan deliller karar yerinde tartışılıp suçun ne şekilde işlendiği açıklanmalı, mevcut deliller irdelenmeli, delillerle sonuç arasında bağ kurulmalı bir başka deyişle bu delillerle neden bu sonuca varıldığı anlatılmalı, suçun nitelendirilmesi yapılarak yenilenen yargılamanın daha önce yapıлып bitirilen yargılama sonucunda ulaşılan sonuçları değiştirecek bir yenilik getirip getirmediği duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça gösterilmelidir. Yarg.9.CD.01.03.2007, 5836/1735 Karar için bkz. Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara, 2008, s.2145-2146.

lenmesi de gerekli değildir.<sup>93</sup> Mahkeme delillerin toplanması için bir naip hakimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi, kendisi de bu hususları yerine getirebilir (CMK m.320/1). Delillerin mahkemece veya naip hakim ya da istinabe olunan hakim tarafından toplanması sırasında, soruşturmaya ilişkin hükümler uygulanır (CMK m.320/2).

Bu aşamada sadece iddia edilen yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin oluşup oluşmadığına dair muhtemel deliller toplanabilir. Yenileme nedeniyle bağlantısı olmayan delilleri mahkeme araştıramaz. Buna karşılık mahkeme yenileme başvurusunda bulunan kişinin yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğunu iddia ettiği delillerle bağlı değildir. Mahkeme başvuruda belirtilen deliller dışındaki delilleri de re'sen araştırabilir.<sup>94</sup>

Delillerin toplanması bittikten sonra Cumhuriyet savcısı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişiden yedi günlük süre içinde görüş ve düşüncelerini bildirmeleri istenir (CMK m.320/3).

### 3. Yargılamanın Yenilenmesi Talebinin Reddi veya Kabulü Kararı

Yargılamanın yenilenmesi isteminin reddi kararı, talepte ileri sürülen iddialar yeteri derecede doğrulanmazsa (şüphenin kuvvetlenmemesi sebebiyle) ve sahte belgenin, tanığın yalan beyanının ya da bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaasının önceki hükme etkisinin olmadığına anlaşılması üzerine verilmektedir (CMK m.321/1).<sup>95</sup> Belirtilen sebeplerin varlığı durumunda yargılamanın yenilenmesi talebi esassız olması sebebiyle duruşma yapılmaksızın reddedilir. Söz konusu ret yargılamanın yenilenmesi istemini kabule değer bulunmasından sonraki aşamada gerçekleşmektedir. Burada yargılamanın yenilenmesi talebi kabule değer bulunmuştur ancak yapılan inceleme sonunda yeterli veya inandırıcı delilin ileri sürülmediği saptanmıştır.<sup>96</sup>

CMK m.321'e göre, sahte belge, gerçek dışı tanıklık ya da bilirkişilik nedeniyle lehe yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulduğunda bu hallerin hükmü etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekmektedir. Yasa'da belirtilen tüm lehe yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin hükme etkili olma ihtimali aranmalıdır. Sebep ile hüküm arasında sebep-sonuç ilişkisinin aranması gerektiğinden, aynı şekilde aleyhe yenileme nedenleri de hükme etkili olma ihtimalinin varlığı halinde, yenileme sebebi olabilecektir.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> Özgen, s.137.

<sup>94</sup> Özgen, s.137,139; Önder, Muhakemenin İadesine Ait Bazı Meseleler, s.54-55; Erem, s.37.

<sup>95</sup> Öğretide Centel ve Zafer, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen başvurularda, Sözleşme ile eki Protokoller'i ne aykırılığı tespit ettiğini, ancak belirlediği aykırılığın hükme etkisinin olup olmadığı konusunda bir tespit yapmadığını, bu tespitin yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen ilk derece mahkemesi tarafından yapılacağını, bu sebeple Sözleşme ile eki Protokoller'i ne her aykırılığın hükmü etkilemeyebileceğini belirtmektedirler. Centel/Zafer, s.779.

<sup>96</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.811.

<sup>97</sup> Centel/Zafer, s.779; Ünver/Hakeri, s.432.



Yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesinden sonra yeni delillerle tekrar yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmemesi halinde mahkeme yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verir. Öğretide bu noktada “şüpheden sanık yararlanır” prensibinin kullanılmayacağını, burada “şüpheden kesin hüküm faydalanır (in dubio pro res judicata) kuralının” geçerli olduğu ifade edilmektedir.<sup>98</sup> Bu görüşe göre, mahkeme tarafından yargılamanın yenilenmesi nedeninin olduğu konusunda kesin bir kanaate ulaşılmadığı takdirde, kesin hükmün olumsuz etkisi tercih edilerek başvurunun esassız olması nedeniyle reddine karar verilmelidir.<sup>99</sup>

Gerek yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi gerekse kabulü kararına karşı CMK m.321/3 uyarınca itiraz yoluna başvurulabilir.

Mahkeme tarafından talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zaman aşımı süresi yeniden işlemeye başlar (TCK m.66/5).<sup>100</sup>

#### 4. Yargılamanın Yenilenmesi Talebinin İncelenmesi ve Hüküm

##### a. Yenilenme isteminin duruşmalı incelenmesi ve duruşma sonunda verilecek hüküm

Yargılamanın yenilenmesi kural olarak duruşma yapılması suretiyle olur. Yargılamanın yenilenmesi durumunda yapılacak duruşmanın usulüne ilişkin Yasa'da açık bir hüküm yoktur. Bu duruşma önceki duruşmanın devamı niteliğinde olmadığından, duruşmayla ilgili olarak Yasa'daki hükümlerin tümü burada da uygulanmalıdır.<sup>101</sup>

Yeniden yapılan duruşma sonunda mahkeme, ya önceki hükmü onaylar ya da hükmü iptal ederek dava hakkında yeniden hüküm verebilir (CMK m.323/1).

Mahkeme önceki hükmün onaylanmasına karar verirse burada aslında yargılamanın yenilenmesi davasını reddettiği yönünde bir karar vermektedir.<sup>102</sup> Yürürlükten kalkan 1412 sayılı CMUK m.342'ye göre haksız çıkan ve yenileme davasını kötü niyetle açtığını anladığı hükümlünün davasını reddederken mahkeme tarafından hükümlüye bir de ağır para cezası verilmesine hükmedilmesi öngörülmüştü. Ceza Muhakemesi Kanunu yargılamanın yenilenmesi davasının reddedilmesi halinde hükümlüye yaptırım uygulanmasını kanaatimizce isabetli olarak kabul etme-

<sup>98</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1803, 1815.

<sup>99</sup> Özgen, s.142-143.

<sup>100</sup> Centel/Zafer, s.779.

<sup>101</sup> Centel/Zafer, s.780; Erem, s.39; Özgen, s.158; Önder, Muhakemenin İadesine Ait Bazı Meseleler, s.65. Aynı yönde YCGK, 05.11.1990, 8/220-258; Yarg.2.CD.13.12.2006,8359/20207; Yarg.5.CD.12.02.1991, 5524/594; Yarg.5.CD.02.02.1978, 426/278 (www.kazancı.com.tr).

<sup>102</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1818; Toroslu/Feyzioğlu, s.378.

miştir. Bir hakkın kullanılması hiçbir şekilde yaptırıma tabi tutulmamalıdır.<sup>103</sup> Bu değişiklik cezaya maruz kalma endişesiyle hükümlünün yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmadan çekinmesi ihtimalini bertaraf ettiği için olumludur.

Yargılamanın yenilenmesine karar verildikten sonra yargılama yenilediğinde mahkeme bu safhada yenileme sebepleriyle bağlı değildir. Önceki hüküm henüz kalkmamış olsa da, önceki hükmün kalkıp kalkmamasına karar vermek için yeni bir yargılama yapılmasına karar verilmiş olduğundan, ilk defa yargılama yapılıyor mu gibi hareket edilecektir.<sup>104</sup> Öte yandan mahkeme yargılamanın yenilenmesi başvurusunda ileri sürülen neden ve delillerle bağlı olmadığından gerek gördüğü tüm konularda delil araştırmasına da girişebilmektedir.<sup>105</sup> Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi yargılamanın yeniden yapılacağı anlamına gelmektedir. Buna karşılık, yeni ileri sürülen delillere rağmen, yargılamanın yenilenmesi talebine konu önceki hükmün onanarak aynı hükmün tekrar verilmesi mümkündür.<sup>106</sup>

Aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius) uyarınca yargılamanın yenilenmesi istemi, hükümlünün lehine yapılmışsa, yeniden verilen hüküm önceki hükümle belirlenmiş cezadan daha ağır bir cezayı içeremez (CMK m.323/2).

Yargılamanın yenilenmesi davasının sonunda verilen yeni hüküm beraat kararı ise, aleyhe yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunulan hükme dayanılarak alınan para cezalarının iadesine karar verilir. Ayrıca önceki hükümde verilen müsadere kararı da kaldırılır.<sup>107</sup>

Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuran taraf, bu başvurusunu geri almasından veya başvurunun reddolunmasından ileri gelen giderleri öder. Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuran Cumhuriyet savcısı ise, sanığın ödemek zorunda bulunduğu giderler Devlet Hazinesine yükletilir. Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuranın istemi kısmen kabul olunmuş ise, mahkeme uygun gördüğü şekilde giderleri bölüşür (CMK m.330/1,2).

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen mahkumiyet hükmü ya da önceki hükümde değişiklik yapan tüm hüküm ve kararlar Adli Sicile işlenir (Adli Sicil K.m.4/2).

## **b. Yenilenme isteminin duruşma yapılmaksızın incelenmesi ve karar**

Yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verilmiş olsa bile, istisnai bazı durumlarda yenileme istemi duruşma yapılmadan da incelenebilir. Hükümlü ölmüşse mahkeme yeniden duruşma yapmaksızın gerekli delilleri topladık-

<sup>103</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.813.

<sup>104</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1817; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.813.

<sup>105</sup> Özgen, s.157.

<sup>106</sup> Ünver/Hakeri, s.433.

<sup>107</sup> Erem, s.43.

tan sonra hükümlünün beraatine veya yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verir (CMK m.322/1). Bunun dışındaki durumlarda da mahkeme bu hususta yeterli delil olması halinde, Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra, duruşma yapmaksızın hükümlünün derhal beraatine karar verir. Mahkeme beraat kararı ile birlikte önceki hükmün ortadan kaldırılmasına da karar verir (CMK m.322/2,3).

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunan kimse isterse, gideri Devlet Hazinesine ait olmak üzere önceki hükmün iptaline ilişkin karar Resmi Gazete ile ilan olunacağı gibi mahkemenin takdirine göre diğer gazetelerle de ilan edilebilir (CMK m.322/4). Beraatle neticelenen kararın ilanı suretiyle, hatalı mahkumiyet hükmünden sanığın görmüş olduğu zararın bir nebze manevi olarak tamiri amaçlanmaktadır.<sup>108</sup>

### c. Kanun yolları

Yargılamanın yenilenmesi duruşması sonucunda verilen son kararlara karşı temyiz ve istinaf yoluna başvurulabilir.<sup>109</sup> Öğretide yargılamanın yenilenmesi davasında verilen onama kararlarının kesin olduğu, ancak önceki hükmün iptal edildiği hallerde yeniden kurulan hükme karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız.<sup>110</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokolleri'ndeki ilkeler yargılamanın her aşamasında başvurulabilecek ilkeler olduğu için yargılamanın yenilenmesi sürecinde de Sözleşme'ye veya eki Protokolleri'ne aykırılık iddiasıyla yeniden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilir.<sup>111</sup>

Hükmün kesinleşmesi ve şartların oluşması halinde tekrar yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkündür.

## XI- YARGILANMANIN YENİLENMESİ SONUCUNDA VERİLEN BERAAT VEYA CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARININ ETKİSİ: TAZMİNAT

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen

<sup>108</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1818; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara, 2012, s.241.

<sup>109</sup> Öğretide ayırım yapılmadan yargılamanın yenilenmesi davası sonunda verilen onama kararı veya önceki hükmün iptal edilmesi kararlarının her ikisine karşı da temyiz yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1819; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.678; Ünver/Hakeri, s.433.

<sup>110</sup> Centel/Zafer, s.781. Yargıtay da yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olmadığı noktasından reddine dair karara karşı CMUK 340. maddesinde yapılan itiraz üzerine verilen red kararının kesin olup temyizen incelenmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Yarg.1.CD.08.07.1999, 2506/2617 (www.kazancı.com.tr).

<sup>111</sup> Centel/Zafer, s.781.

infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ila 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir (CMK m.323/3).

## SONUÇ

Yargılamanın yenilenmesi kesin hükümler açısından başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu, mahkemenin vermiş olduğu kesinleşmiş hükümlerin adli hata içermesi durumunda sanık ya da hükümlü hakkında yeniden yargılama yapılarak adalet sistemine olan güvenin korunmasına katkı sağladığı gibi, toplumsal barışa da hizmet etmektedir. Mahkemelerce verilen kesin hükümlerindeki adli hataların düzeltilmesine imkân tanıyan yargılamanın yenilenmesi yoluyla, Ceza Muhakemesi Hukuku'nun amacı olan şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmak da mümkün olmaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi “non bis in idem ilkesinin” (bir eylemden bir kez yargılanma yani aynı suçtan dolayı iki kez yargılanamama ilkesinin) istisnasını oluşturmaktadır.

Yargılamanın yenilemesi muhakemesi, kesinleşmiş hükümdeki adli hataların giderilmesi amacıyla Yasa'da sınırlı sayıda sayılan yenileme nedenlerine dayanılarak kural olarak hükmü veren mahkemeye başvurulması suretiyle başlar. Başvurunun kabule değer olduğuna karar verilmesiyle ilgili mahkeme tarafından yargılamanın yenilenmesi başvurusu esas açısından incelenmeye başlanır. Bu aşamadan sonra iddia edilen yenileme nedenlerinin tespit edilmesi halinde yargılama yeniden yapılarak ya adli hata içerdiği iddia olunan hükmün hatalı olmadığı mahkeme tarafından saptanarak önceki hüküm onaylanır ya da adli hata içeren önceki hüküm iptal edilerek dava hakkında yeniden hüküm verilir. Böylelikle mahkemelerin kesinleşmiş kararlarında barındırdıkları adli hatalar giderilerek halkın adalete olan güveninin sarsılmasının önlenmesi de mümkün olabilmektedir.

Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu CMK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, hatalı hükümler ve eksik düzenlemeler içeren Yasa'nın mevcut hali aşağıda belirttiğimiz sebeplerle eleştiriye açıktır.

Tanık beyanının veya bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılması halinin CMUK'ta olduğu gibi hem aleyhe hem de lehe yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak değil de CMK'da sadece lehe yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Mevcut yasal durum karşısında sanığın tanığı tehdit ettiğinin ya da bilirkişiye rüşvet verdiğinin anlaşılması halinde dahi aleyhe yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecek olması adaletsiz sonuçlar doğuracak niteliktedir. Bu sebeple, Yasa'da yapılacak bir değişiklikle tanık beyanının veya bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılmasının aleyhe yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasına alınması gerekmektedir.

Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmâl ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiğinin anlaşılması CMK m.311'de hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında sayılmaktadır. Yeminsiz dinlenen tanıkların da verdikleri ifadelerle hükmü etkileyebilecek adli hatalara sebebiyet vermeleri mümkün olduğundan ilgili Yasa maddesinden "yemin verilerek dinlenmiş" ifadesinin çıkarılmasının hakkaniyete daha uygun sonuçlar sağlayacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar Ceza Muhakemesi Hukuku'nda kıyas yapmak mümkün olsa da tercümanların da tanık ve bilirkişilerle birlikte bu hükümde yer aldığına açıkça Yasa'da düzenlenmesiyle farklı uygulamaların da önüne geçilebilecektir. Bu madde açısından aranan, tanık veya bilirkişinin kast veya ihmali olmasa da, belirtilen kişilerin gerçek dışı beyanları sebebiyle adli hatanın giderilmesi ihtiyacıdır. Bu nedenle, burada ifade edilen "kast ve ihmalin" Yasa metninden çıkartılması gerektiği kanısındayız.

CMK m.311/1-d'deki yargılamanın lehe yenilenme nedenleri arasında yer alan ceza hükmünün hukuk mahkemesince verilen hükmü dayandırmış olup da bu hükmün kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış olmasına yönelik düzenleme eksiktir. Nitekim ceza mahkemesi hükmü askeri mahkeme ya da idare mahkemesi hükümlerine de dayanabileceğinden mevcut düzenleme, hukuk mahkemesi dışında diğer mahkemelerin verdiği hükmün kaldırması durumuna da uyumlu olacak şekilde değiştirilmelidir.

Ceza hükmünün, AİHS veya eki Protokoller'in ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması yargılamanın lehe yenilenme nedenlerinden bir diğeridir. CMK m.311/de sadece 04.02.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini kesinleşmiş kararları ile, 04.02.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilen kararlar için yargılamanın lehe yenilenmesi nedenine dayanılabileceği yönündeki düzenleme Anayasa'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bu süre sınırlamasının kaldırılması yargılamanın yenilenmesi kurumunun amacına da uygun olacaktır.

Yargılamanın yenilenmesinin kabul edilemeyeceği hallerin yer aldığı CMK m.315'te "kanunun aynı maddesi" ifadesi yanıltıcı niteliktedir. Bu ifadenin "kanunun aynı hükmü" şeklinde değiştirilerek, böylelikle aynı madde içinde geçen iki bent ya da fıkranın farklı hüküm olarak değerlendirilebilmesine imkân tanınmalıdır.

Sanığın beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hakim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunması yargılamanın aleyhe yenilenme nedenleri arasında yer almaktadır. Ancak Yasa'nın açık düzenlemesi karşısında sanığın hakim önündeki güvenilir nitelikteki ikrarı üzerine ceza verilmesine yer olmadığı kararına karşı yargılamanın aleyhe yenilenmesi yoluna gidilememektedir. Sadece beraat eden sanık

aleyhine değil, hakkında ceza verilmesine yer olmayan sanık aleyhine de yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmeye imkân veren bir Yasa değişikliği yapılmalıdır.

Yargılamanın yenilenmesi kararıyla ilgili olarak itiraz yoluna başvurulacak haller arasında yargılamanın yenilenmesi başvurusu üzerine infazın geriye bırakılması veya durdurulması veyahut infazın geri bırakılmaması ya da durdurulmaması kararlarının yer almaması Yasa'daki bir diğer eksikliktir. Yasa'da yapılacak bir değişiklikte yargılamanın yenilenmesi başvurusunun değerlendirilmesi aşamasında infazın durdurulması ya da ertelenmesi kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma olanağının tanınması oluşabilecek mağduriyetlerin giderilmesinde etkili olabilecektir.

Hükümlü ölmüşse mahkemenin yeniden duruşma yapmaksızın gerekli delilleri topladıktan sonra hükümlünün beraatine veya yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar vereceğine ilişkin CMK m.322 hükmü ölen hükümlü hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerektiğinin anlaşılması halini de kapsayacak şekilde değiştirilmelidir. Nitekim ölen hükümlü hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken mahkumiyet kararı verilmesine yol açan adli hatanın düzeltilmesi ihtiyacı, hükümlü hakkında ceza verilmesine yer olmadığı durumlarda da mevcuttur.

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda önceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararların tazmin edileceği yönündeki CMK m.323/3 hükmü kanaatimizce eksiktir. Madde kapsamında sayılan beraat eden veya ceza verilmesine yer olmayan hükümlüye ilave olarak cezası hak ettiğiinden fazla infaz edilen hükümlünün de maddi ve manevi zararları için tazminat isteme hakkı bulunmalıdır.

### **KAYNAKÇA**

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, İstanbul, 2012.

EREM Faruk , “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler,” AÜHFİD, S.1-4, C.19, Ankara, 1962, ss.3-48.

İLKİZ Fikret, “Anayasa Madde 90 ve Yargılamanın Yenilenmesi”, *Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, ss.484-508.

İNAN Kubilay, *Ceza Yargılaması Yasa Yolları*, Ankara, 2006.

KANTAR Baha, *Ceza Muhakemesi Usulü I*, Ankara, 1957.

KANTAR Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü Üçüncü Kitap Kanun Yolları*, Ankara, 1953.

KARAKURT Ahu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*, Ankara, 2009.

- KAVAK Aydoğın Alper , “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:6, S:16, Ağustos 2011, ss.208-239.
- KUNTER Nurullah, “Olağüstü Kanun Yolunda Reform”, *İÜHFİM*, C.38, No:1-4, İstanbul, 1973, ss.163-175.
- KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*, 10. Bası, İstanbul, 1998.
- KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- ÖNDER Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Muhakemenin İadesinde Müşterek Sebepler”, *İÜHFİM*, C.32, S.1, İstanbul 1966, ss.29-61.
- ÖNDER Ayhan, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi”, *İÜHFİM*, C.31, No:1-4, İstanbul 1966, ss.55-78.
- ÖNDER Ayhan, “Muhakemenin İadesinde Reform”, *İÜHFİM*, C.38, No:1-4, İstanbul, 1973, ss.59-114.
- ÖNDER Ayhan, “Muhakemenin İadesine Ait Bazı Meseleler”, *İÜHFİM*, C.39, No:1-4, İstanbul, 1974, ss.17-75.
- ÖNER Hamdi, “Ceza Muhakemesinde Kazıyyei Muhakemenin İstisnaları I- Muhakemenin İadesi”, *Adalet Dergisi*, Y.38, S.1, 1947, ss.467-485.
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2012.
- ÖZDEMİR, Yaşar Metin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Ulusal Hukuk Düzenine Etkisi ve Yerine Getirilmesi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2005.
- ÖZGEN Eralp, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, Ankara, 1968.
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖZBEK Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2002.
- ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR KIRIT Yasemin/ÖZAYDIN Özlem/ALAN AKCAN Esra/ERDEM Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2012.
- PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara, 2008.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2007.
- SURLU Mehmet Handan, *Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*, Ankara, 2003.

- ŞAHBAZ İbrahim, “AİHM Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesi-Yazılı Emir-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı”, *Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul, 2009, ss.416-483.
- ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara, 2012.
- TALAS Serdar, “Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.
- TANER Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955.
- TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2006.
- TOSUN Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.2*, İstanbul, 1976.
- UYGUN Mehmet/SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, *Ceza Genel Kurulu Kararları*, Ankara, 1991.
- ÜLKÜ M.Murat, “Türk Ceza Hukuku Yargılamasında Adli Hataların Tamir Yolu Olarak Muhakemenin İadesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.
- ÜNVER Naci, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları*, Ankara, 1995.
- ÜNVER M.Naci, *Ceza Yargılamasında Yasayolları ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara, 1998.
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 6. Baskı*, Ankara, 2012.
- YAŞAR Osman, *Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş Yeni İçtihatlı Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, III. Cilt*, Ankara, 2009.
- YENİSEY Feridun, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanun Yolları*, İstanbul, 1990.
- YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, İstanbul, 1987.
- YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 2002.
- YÜCE Turhan Tufan, *Türk-Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları*, Ankara, 1967.





**CUMHURİYET SAVCISI'NIN  
DELİLLERİ VE FİİLİ TAKDİR YETKİSİ**  
*(The Prosecutor's Authority in Terms of the  
Evaluation of Evidences and Criminal Act)*

**Fatih BİRTEK\***

**ÖZET**

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Cumhuriyet Savcısı, suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrendiğinde, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere “işin gerçeğini” araştırmaya başlar. Bu araştırma sonucunda elde edilen delillerden hareketle “yeterli şüpheye” ulaşmış ise, bir iddianame düzenleyerek görevli ve yetkili mahkemeye sunar. İşte bu aşamada, soruşturma evresinde elde edilen delillerin “yeterli” olup olmadığı ve elde edilen delillerin şüpheliye isnat edilen suçun işlendiği hususunda “yeterli şüpheye” vücut verip vermediği hususunun “değerlendirilmesi/takdir edilmesi” gerekmektedir. Çalışmamızda, Cumhuriyet savcısının delilleri ve fiili takdir yetkisi ve bu yetkinin sınırları ele alınacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Soruşturma, Cumhuriyet savcısı, Delil, Yeterli şüphe, Fiili ve delili takdir yetkisi, İddianame, Şüpheden sanık yararlanır ilkesi.

***Abstract***

According to the Criminal Procedure Code, the Public Prosecutor set in the investigation about “nature of act” when learned any situation about committing of crime whether need to drawing up an indictment. The Public Prosecutor drafts an indictment to court when reached “sufficient doubt” as a result of obtained evidence. At this point, Public Prosecutor needs to discuss about the obtained evidence, are they adequate? For the answer, Public Prosecutor should acquire the authority in terms of the evaluation of evidences and criminal act.

In our study, the prosecutor's authority of evaluation of evidence and criminal act the actual limits of the discretion will be discussed.

**Keywords:** Criminal Investigation, Public Prosecutor, evidence, reasonable/enough doubt, the power of discretion of evidence and act, accusation, the principle of in dubio pro reo.

\* Yrd.Doç.Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, fatihbirtek@hotmail.com

## GİRİŞ

Ceza muhakemesi, suçun işlediğine ilişkin iddianın soruşturma makamlarına ulaşmasıyla ya da diğer bir deyişle, suçun işlendiğine ilişkin iddianın bu makamlar tarafından öğrenilmesiyle başlar<sup>1</sup>. CMK'ya göre, bir suçun işlendiği izlenimini veren ve “somut gerçeklere dayanan”<sup>2</sup> bir hâli (basit başlangıç şüphesini) öğrenen Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere “işin gerçeğini/maddi gerçeği” araştırmaya başlar (CMK m. 161). O halde, Cumhuriyet Savcısı'nın yapması gereken ilk iş, suçun işlendiğine ilişkin iddianın veya suçun işlendiği izlenimi veren halin (basit başlangıç şüphesinin) öğrenilmesiyle birlikte, bizzat veya emrindeki adli kolluk marifetiyle delil araştırmasına başlamak ve topladığı delilleri iki aşamalı olarak takdir etmektir. İlk aşama olarak, işlenmiş bir suçun olup olmadığı, ikinci aşama ise, toplanan delillerin işlendiği iddia olunan suçun ispatı için yeterli olup olmadığıdır.

Soruşturma aşamasında toplanan deliller, soruşturma konusu eylemin bütün unsurlarıyla tamamlanmış bir suçu oluşturduğu hususunda bir kanaate ulaştırıyor ise ve toplanan deliller yeterli veya başka bir deyişle mahkûmiyeti sonuçlandırabilecek nitelikte ise (şüphelinin mahkûm olma ihtimali beraat etme ihtimalinden yüksek ise) Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye sunmalıdır. Eğer, elde edilen delillerin değerlendirilmesi sonucu bir “suçun” oluşmadığı kanaatine ulaşılır ise (suçun unsurlarından birisinin eksik olması, cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmemesi veya olayın hukuki uyumsuzluktan ibaret olması vs.), bu aşamadan sonra, delillerin yeterli olup olmadığı hususundaki değerlendirmeyi yapmaya gerek kalmayacaktır<sup>3</sup>. Çünkü bir kişinin cezalandırılabilir bir fiil işlediğine dayanan şüphe, her suçlamanın “bağlantı noktasını” oluşturur<sup>4</sup>. Cezalandırılabilir bir fiil olmadan, fail ile fiil arasında suçlamanın esas olan bağlantı noktasından söz edilemeyeceği için artık delillerin “*yeterli şüpheyi oluşturup oluşturmadığının*” değerlendirilmesine de gerek kalmaz<sup>5</sup>.

Cumhuriyet Savcısı, kanuni unsurları itibariyle bir suçun oluştuğunu takdir etmiş ise ancak bu aşamadan sonra mevcut delillerin sayısını, vasıflarını ve elde edilmiş

<sup>1</sup> Yargıtay 5. CD. 23.09.2010 tarih ve E. 2010/949, K. 2010/6831.

<sup>2</sup> Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 39.

<sup>3</sup> Soruşturma aşamasında, suçun var olup olmadığının araştırılacağı hususunda bkz. Keyman, Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Yayın No: 266, Ankara 1970, s. 30.

<sup>4</sup> Demirbaş, s. 33.

<sup>5</sup> Nitekim mülga 1412 Sayılı CMUK'un 148/2 hükmünde bu husus açıkça zikredilmiştir. Anılan hükme göre: “*Kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde Cumhuriyet savcısı, ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davasını açmakla mükelleftir.*” Kanaatimizce, bu hükümde yer verilen “*ceza takibini gerektirecek husus*” ibaresi, hem eylemin suç olup olmadığının hem de cezalandırılabilir bir eylem olup olmadığının (cezalandırılabilirliği ve kovuşturma şartlarının bulunup bulunmaması) Cumhuriyet Savcısı tarafından takdir edilmesi gereğini ifade etmektedir. 5271 Sayılı CMK, bu hükmü karşılamak üzere, m. 170/2 ve 172/1 hükümlerini ihdas etmiştir.

biçimlerini (hukuka uygun elde edilip edilmediğini) değerlendirerek mahkûmiyete yetecek ölçüde olup olmadığını takdir edebilecektir. Ceza muhakeme sistemimizde serbest ve vicdani delil sistemi esastır (CMK m. 217/1). Delilsiz mahkûmiyet düşünülemez<sup>6</sup>. Hâkim, hükmünü, somut delillerden elde ettiği vicdani kanaate dayanarak verir. Ancak, hâkimin hükmüne esas alabilmesi için delilin, yargılama konusu olayı temsil edici niteliğinin bulunması, akla ve mantığa uygun olması, kovuşturmada kolektif bir nitelik kazanması ve nihayet hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Delillerin değerlendirilmesi, Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme/hâkim tarafından, elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı ve kanıtlanmak istenen konuyu aydınlığa kavuşturma yeteneğinin bulunup bulunmadığını belirlemek amacıyla yapılan bir muhakeme işlemidir<sup>8</sup>. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi sadece kovuşturma evresine özgü olmayıp, soruşturma evresinde de geçerli bir ilkedir.

Çalışmamızda, soruşturma evresi ve bu evreden sonuç çıkarılması, Cumhuriyet Savcısı'nın delilleri ve fiili takdir yetkisi, yetkisi teori ve uygulamada ortaya konulan görüşler bağlamında ele alınacak, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin (in dubio pro reo) soruşturma evresinde uygulanabilirliği tartışıldıktan sonra değerlendirme ve sonuçlara yer verilecektir.

### **Ş.1. SORUŞTURMA EVRESİ VE CUMHURİYET SAVCISI'NIN SORUŞTURMA EVRESİNDEN SONUÇ ÇIKARMASI**

İddia, savunma ve yargılama eylemlerinin gayesi, hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmaktır<sup>9</sup>. Bir bütün olarak ceza muhakemesinde düşünce, şüpheden kesinliğe uzanan bir yol takip etmektedir<sup>10</sup>. Soruşturma aşamasında gerçekleştirilen delil toplama, delillerin ve fiilin takdiri gibi işlemler maddi gerçeğin ya da mahkemenin kesin kanaatinin dayanağını teşkil etmektedir.

Soruşturma ve kovuşturma mercilerinin (Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme/hâkimin), ceza muhakemesinin “maddi gerçeğe” ulaşma gayesine uygun faaliyetleri sırasında şüpheli veya sanığın haklarını koruma yükümlülükleri de vardır (CMK m. 147, 148 ve 161/2)<sup>11</sup>. Bu yönüyle ceza muhakemesinde, sanığın temel hakları ile

<sup>6</sup> Hafizoğulları, Zeki, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi” Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 2, S. 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 638.

<sup>7</sup> Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 105.

<sup>8</sup> Gökcan, Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s. 195.

<sup>9</sup> Demirbaş, s. 27.

<sup>10</sup> Keyman, s. 3.

<sup>11</sup> Nitekim Yücel'e göre, soruşturma ve ayıklama işlevlerini içeren ve makul şüpheden hareketle başlayan soruşturma evresine geçilmesi, insan hakları ve usul ekonomisi bakımından önemli olduğu gibi, bu evreye geçişteki hassasiyet, de facto vatandaşlara “bahşedilen” hürriyetin bir ölçüsüdür. Yücel, Mustafa Tören, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adaletinin –De

devletin cezalandırma hakkı çatışma içindedir ve muhakeme faaliyeti de bu çatışma ile şekillenmektedir<sup>12</sup>. Soruşturma evresinin varlık nedeni, “*kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının*” araştırılmasıdır<sup>13</sup>. Soruşturma evresinin sonucunda Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açılmasına gerek bulunduğu kanaatine ulaşarak iddianame düzenlediğinde<sup>14</sup> artık mahkeme, bu iddianın yargısal olarak doğruluğunu araştıracaktır. Bu yönüyle ceza iddiası (cezalandırılabilir bir fiili veya suçun var olup olmadığına ilişkin iddia) “maddi hukuka” ilişkin olup; ceza mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen eylemler ya da bir bütün olarak yargılama eylemi “yargılama hukukuna” ilişkindir<sup>15</sup>. Soruşturma evresi bakımından, iddianamenin düzenlenmesi için “yeterli şüpheye” ulaşmak amaçlanırken; kovuşturma evresinin temel amacı, “şüphenin yenilmesidir”.

Ceza muhakemesinde atılan ilk adımlar büyük öneme sahip olduğu için, soruşturma aşamasında ortaya çıkan hatalar, genellikle düzeltilemezler<sup>16</sup>. Her ne kadar soruşturma evresinde maddi gerçeğe ulaşma gayesi olsa da, hukuk devleti şüpheliyi bir hak süjesi olarak kabul ettiği için, şüphelinin soruşturma makamlarına yardım etme yükümlüğü bulunmamaktadır. Aksine, soruşturma makamlarının şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü söz konusudur (CMK m. 161/2). Bu açıklamadan hareketle, soruşturma evresinden beklenen görevlerin, delillerin toplanması, isna-dın açıkça belirlenmesi ve delillerin ve şüphelinin haklarının korunması<sup>17</sup> ve adil yargılama<sup>18</sup> olduğu ifade edilebilir.

Cumhuriyet Savcısı soruşturmanın sonucunda, failin gerçekleştirdiği eylemin suç olduğu (suçun kanuni unsurlarının takdiri), cezalandırılabilir olduğu (kovuşturma şartlarının takdiri) ve elde edilen delillerin mahkûmiyet için “yeterli” olduğu yönünde, somut delillere, emarelere veya olgulara dayanan “yeterli şüphe”ye ulaşmış ise, kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca iddianame düzenlemek zorundadır (CMK m. 170/2)<sup>19</sup>.

Facto Görünümü Ve Sosyolojik Çıkmazlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), S. 57, Y. 2005, s. 31.

<sup>12</sup> Gökpınar, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 5, S. 12, Nisan 2010, s. 208.

<sup>13</sup> Demirbaş, s. 29.

<sup>14</sup> Kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca, Cumhuriyet Savcısı bu durumda iddianame düzenlemekle yükümlüdür.

<sup>15</sup> Keyman, s. 32.

<sup>16</sup> Demirbaş, s. 29.

<sup>17</sup> Bıçak, soruşturma evresinin görevlerini, delil toplama, ithamın belirlenmesi ve delillerin muhafazası olarak üçe ayırmıştır. Bize göre, CMK m. 161 hükmüne bakıldığında, Cumhuriyet Savcısı'nın “şüphelinin haklarını korumak” görevi de bulunduğu biz, yazarın üçüncü görevini “delilleri ve şüphelinin haklarını korumak” olarak değerlendirmekteyiz. Soruşturmanın amacı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 339. Aynı yönde bkz. Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “5271 Sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 32, Ağustos 2005, s. 2921.

<sup>18</sup> Yazıcıoğlu, s. 2919

<sup>19</sup> Ancak, kamu davası açmada Cumhuriyet Savcısı'na takdir yetkisi verilen hallerde (CMK m. 171)

Kovuşturma evresine geçilebilmesi için şüphenin, “*sanı*” haline dönüşmesi<sup>20</sup> ve bu dönüşümün “delillere, emarelere veya olgulara” dayanması gerekmektedir. Bu yönüyle, CMK m. 171/2 hükmünde yer verilen “yeterli şüphe” kavramı “yeterli delil” kavramı ile yakın ilişki içinde<sup>21</sup> ve fakat daha geniş bir anlama sahiptir<sup>22</sup>. Yeterli şüpheye, “delillerden” hareketle ulaşılabileceği gibi, emarelerden veya olgulardan hareketle de ulaşılabilir. Ceza muhakemesinde şüphe ancak delillere dayanan şüphedir<sup>23</sup>.

Eldeki “deliller”, sanığın mahkûm olması olasılığını beraat etmesi olasılığından kuvvetli gösteriyor ise “*yeterli şüpheye*” ulaşılmıştır<sup>24</sup>. Bu noktada, somut vakialara dayalı verilerle desteklenmeyen soyut tahminler, hipotezler, olasılıklar ceza muhakemesi anlamında şüpheye vücut veremez<sup>25</sup>. Bu nedenle, Cumhuriyet Savcısı'nın

kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olmayıp; maslahata uygunluk (takdirlik) ilkesi geçerlidir. Özen, s. 20. Kanun koyucunun iddianamenin düzenlenmesi için “yeterli şüphe”, tutuklama için ise, “kuvvetli şüphe” araması öğretilerinde, “Hakkında tutuklama kararı verilen bir kimsenin mahkûm olmuş bir kimse gibi hürriyetinin kısıtlanması” olarak açıklanmıştır. Bu yönüyle, tutuklama bakımından aranan “kuvvetli şüphe”, “yeterli şüphe” den daha yoğun bir şüphe derecesini ve “*acil ve zorlayıcı suç şüphesini*” ifade eder. Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 501. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'a göre, yeterli şüphe soruşturma evresinin “sonunda” ortaya çıkan bir şüphe iken; tutuklama bakımından aranan “kuvvetli şüphe”, soruşturmanın o anki durumuna göre söz konusu olan şüphe derecesidir. Görüş için bkz. Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./ Alan, Esra, Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 486, 487. Kanaatimizce, iddianame bakımından aranan yeterli şüphe “kamu davasının açılması için aranan” ve soruşturmanın bütünü itibariyle bulunması gereken “*sonuç şüphe derecesidir*”. Oysa tutuklama bakımından aranan şüphe, tutuklamaya karar verileceği anda aranan ve somut olgulardan hareketle (CMK m.100/1) edinilen ve tutuklama nedenlerine ilişkin yine o anda ve “tutuklama nedenlerinin varlığı konusunda” (CMK m. 100/2, son cümle) somut olgulara dayanması gereken “kuvvetli şüphe”dir. Bu yönüyle, “yeterli şüphe” kişinin mahkûm edilebilmesi (kamu davasının açılabilmesi) için; yani kişinin mahkûm olma olasılığının ağır bastığı bir şüphe derecesi iken; tutuklamada aranan şüphe kişinin suçu işlediği izlenimini veren ve kişinin mahkûm edilebilme yargısını içermeyen, sadece şüpheli ile suç arasındaki bağı ifade eden ve “sadece o an için”, yapılan bir değerlendirmenin sonucu olan, “*kesin bir ispatı gerektirmeyen acil ve zorlayıcı*” bir şüphedir. Bu sebeple, biz, yeterli şüphe ile kuvvetli şüphe arasında mutlak bir kademelenme bulunmadığını, her iki şüphenin “nite-liğinin” farklı olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>20</sup> Yenisey, Feridun, Kamu Davasının Açılması Ve İddianamenin İadesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. Yılı, TCHD, İstanbul 2009, s. 234.

<sup>21</sup> Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul 2012, s. 438.

<sup>22</sup> Yargıtay 4. CD. 13.03. 2007 tarih ve E. 2007/1403 ve K. 2007/2438 Sayılı kararında da, “*Cumhuriyet Savcısının, dava açma görevini düzenleyen 5271 Sayılı CMK 170 hükmüne göre, suçun işlendiği hususunda “yeterli delil” değil daha geniş anlamlı bir kavram olan “yeterli şüphe” bulunmasının, Savcının dava açan iddianameyi düzenlemesi için gerekli bir neden ve zorunlu koşul olduğu kabul edilmelidir*” denilerek, bu husus açıkça vurgulanmıştır.

<sup>23</sup> Öztürk, Bahri, “1999 CMUK Tasarısında Şüpheli ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı” İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001, s.76.

<sup>24</sup> Centel/Zafer, s. 79, 439; Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991, s. 144; Yenisey, s. 234.

<sup>25</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 13

her ihbarı araştırma yükümlülüğü yoktur<sup>26</sup>. Genel ve soyut nitelik taşımayan, somut olaylarla ilişkilendirilen ihbarlar soruşturmayla konu edilebilir<sup>27</sup>.

Her ne kadar, CMK m. 170/2 hükmünde yer alan “yeterli şüphe” kavramı “yeterli delil” anlamına gelmeseydi de, bu hüküm Cumhuriyet Savcısı'nın mevcut delilleri toplamaksızın, zanna, müştekinin soyut iddialarına veya varsayımlara dayanarak iddianame düzenleyebileceği anlamına gelmez. Cumhuriyet Savcısı, mevcut/ulaşılabilir delilleri toplamalı (CMK m. 174/1,b), delilleri olaylarla ilişkilendirmeli (CMK m. 170/4)<sup>28</sup> ve deliller ile şüpheli arasında somut bir bağlantı noktası bulur ve mahkûmiyet olasılığını yüksek görür ise “yeterli şüpheye” ulaştığından veya şüphenin “sanıya” dönüştüğünden bahisle iddianame düzenlemelidir<sup>29</sup>. Mevcut delillerin toplanmadığı,<sup>30</sup> soyut isnatlara dayanan, delillerin olaylarla ve şüpheli ile ilişkilendirilmediği<sup>31</sup> ve sadece delillerin alt alta yazıldığı bir metnin kanun koyucunun amaçladığı türden bir “iddianame” olmadığı da açıktır<sup>32</sup>.

Nitekim Yargıtay'a göre de, “İddianamenin ayrıntılı olması, sanığa yüklenen fiilin nelerden ibaret olduğunun hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açıklanması zorunludur. Sanık sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı ve buna göre savunmasını yapabilmeli, kanıtlarını sunmalıdır. Yüklenen suç belirsiz olmamalı, açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Suç yükleme niteliğine sahip olmayan belge hukuken iddianame sayılamayacağından, usulüne uygun açılmamış bir davada hüküm kurulmasının

<sup>26</sup> Özen, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, s. 19.

<sup>27</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 486, 487; Centel/Zafer, s. 77.

<sup>28</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'a göre de (s. 213, 214), Cumhuriyet Savcısı topladığı delilleri değerlendirmeye ve olayla ilgilendirmeye mecburdur. Yargıtay 2. CD.'nin 27.10.2007 tarih, E. 2011/57096 ve K. 2011/37787 sayılı kararında bu hususa işaret edilerek “Ceza Muhakemesinin konusunu ve hükmün sınırlarını oluşturan iddianamede, sanığın gerçekleştirdiği iddia olunan eylemin delillerle bağlantısı açıkça gösterilmelidir” denilmektedir.

<sup>29</sup> Öztürk'e göre, sanığın mahkûm olması “ihtimali” beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise “yeterli şüphe”; sanığın mahkûm olması “kuvvetle muhtemel” ise, “kuvvetli şüphe” var demektir. Açıklama için bkz. Öztürk, 1999 CMUK Tasarısında..., s. 77.

<sup>30</sup> Mevcut delilden maksat, Cumhuriyet Savcısı tarafından ulaşılabilmesi mümkün olduğu halde, soruşturmanın eksik yapılması sonucu ulaşılamayan delildir. Açıklama için bkz. Sonay Evik, Vesile, İddianamenin İadesi, Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, Ankara 2008, s. 826. Yargıtay'a göre de, “Cumhuriyet Savcısı tarafından ceza yargılamasının temel hedefi olan maddi gerçeğe ulaşma amacına yönelik olarak gerekli kanıtların toplanmadığı hatta buna teşebbüs bile edilmediği çok açık olarak anlaşılabilir, başka bir anlatımla soruşturma evresinin tamamlanmadığı net bir biçimde tespit edilmekteyse, soruşturma evresi Cumhuriyet Savcısınca tamamlanmalıdır”. Yargıtay 4. CD. 11.4.2012 tarih, E. 2012/4997 ve K. 2012/8779.

<sup>31</sup> Yüklenen suçu oluşturan olayların, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması unsuru (CMK m. 170/4), Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe tarafından, “iddianın somutlaştırılması” olarak açıklanmaktadır. Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 494. Yazarlar, uygulamada, genellikle suçun delillerinin sıralanarak, yukarıdaki delillerle anlaşıldığından şeklinde bir ibareye yer verildiğini dile getirmektedir.

<sup>32</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre bu şekilde hazırlanan bir iddianame iade edilmelidir (zikredilen hususlar iddianamenin iadesi sebebidir. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 495.

*AIHS'nin adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesine aykırılık teşkil edeceği gözetilmelidir. Açıklamalarla desteklenip bir kısmı fiili olgulara dayanan şikâyete konu iddiaların ispat edilememiş olmasının tek başına iftira suçunun oluşumu için yeterli sayılamayacağı gözetilip Anayasal bir hak olan şikâyet hakkının kullanılıp kullanılmadığı tartışılmalıdır.*<sup>33</sup>

Delil toplanmaksızın, deliler şüpheliye isnat edilen fülle (veya şüpheliyle) ilişkilendirilmeden hazırlanan bir iddianame, şüphelinin adil yargılanma hakkını (lekelenmeme hakkını)<sup>34</sup> ihlal eder. Hiç şüphesiz adil yargılanma hakkı sadece koşturma evresiyile ilişkili bir hak değildir.

AIHM, Imbrioscia/İsviçre Kararı'nda<sup>35</sup>, ceza davalarında adil yargılanma hakkına ilişkin garantilerin (lekelenmeme hakkı, isnadı öğrenme hakkı vs.) polis tarafından gerçekleştirilen duruşma öncesi soruşturmalarda, soruşturma evresinde ve daha açık bir ifade ile *"itham başladığı anda"* uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yukarıda zikrolunduğu üzere, soruşturma evresindeki eksiklik ya da yanlışlıkların çoğunlukla sonradan düzeltilme veya tamamlanma imkânı bulunmadığından, bu eksiklikler adil bir yargılamaya engel olabilecek ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvenceleri zayıflatabilecektir. Bu önemi sebebiyle AIHM, yargılama öncesi idari aşamaların da yargılamaya dâhil olduğunu ve adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin soruşturma öncesindeki idari aşamada<sup>36</sup> ve hatta kabahat isnadı hakkında da<sup>37</sup> geçerli olduğuna karar vermiştir<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Yargıtay 4. CD. 11.6.2012 tarih, E. 2010/21275 ve K. 2012/13997.

<sup>34</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 45.

<sup>35</sup> 24 Kasım 1993 tarihli (Application no. 13972/88). karar, par. 36. Karar metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"respondent":\["CHE"\],"documentcollectionid":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57852"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Erişim Tarihi: 18.07.2013

<sup>36</sup> Örneğin 4483 Sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 5.maddesine göre yapılan incelemeler ya da 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nunm. 53/c-1 bendine göre yapılan "ön" soruşturmalar.

<sup>37</sup> Yenisey, Feridun/Schroeder, Friedrich- Christian, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), İstanbul 1997, s. 12,13. Gözübüyük/Gölcüklü'ye göre, "...Sözleşme'nin uygulanmasında ulusal kanunların suç olarak nitelemediği bir fiil (örneğin disiplin kabahati), Sözleşme'deki anlamında pekala suç teşkil edebilecek ve bu sıfatla 6. Maddenin uygulama alanına girebilecektir... Sözleşme organları, bir fiilin 6. madde uygulamasında suç işlemi görüp göremeyeceğini, bu fiilin a) ulusal hukuktaki nitelemesi b) niteliği ve özelliğini (örneğin disiplin kabahatlerinde olduğu gibi, sınırlı bir meslek grubunu yahut toplumun tümünü ilgilendirmesi) ve nihayet c) söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliğini ve ağırlık derecesini (örneğin hapis cezasının süresi gibi) gözönünde tutarak bir sonucu varmaktadırlar." Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2011, s. 276. Aynı yönde bkz. Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 234.

<sup>38</sup> AIHM'in 1996 tarihli Johansen/Norveç kararı (application no. 17383/90), par. 88. Karar metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"res](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)



Haksız dava açmamak (iddianame düzenlememek) bir Cumhuriyet Savcısı'nın görevine en uygun endişe olmalıdır<sup>39</sup>. Şüpheli hakkında düzenlenen haksız ve yersiz bir iddianame, kişi hakkının ihlalidir<sup>40</sup>. Kişinin haksız yere “sanık” sıfatına sokulması ve bazen belki de yıllarca sürecek bir yargılama sürecine “mahkum edilmesi!!!” psikolojik bir travmadır<sup>41</sup>.

Yargıtay'a göre, “*Nitelikli hırsızlık suçunda; Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde benimsenen, “Kişilerin Lekelenmeme Hakkı” ile “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkûl sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev'i filtre görevi yapmaları gerekir. Cumhuriyet savcısının, suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunu nereden, ne şekilde alındığını belirlemeden iddianame düzenlemesi hukuka aykırıdır.*”<sup>42</sup>

Bu düşüncelerle, olayın mahkeme tarafından değerlendirilmesinde kamu düzeni, güvenliği ve toplumun adalet anlayışı bakımından yarar görülen hallerde, beraatle sonuçlanma olasılığı yüksek olsa da bazı hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın yetkisini dava açmak yönünde kullanabileceğini benimseyen görüşe<sup>43</sup> iştirak etmemekteyiz. Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı en yakın yer ağır ceza mahkemesinin denetimine tabi olduğu (CMK m. 173/1) ve şüpheliyi tekrar tekrar soruşturma tehdidi altına alma konusundaki “yetkinin kötüye kullanılmasını” engelleyen güvencenin de kanunda yer aldığı nazara alındığında (CMK m. 172/2), kişilerin lekelenmeme hakkının, kamu düzeni ve güvenliği veya toplumun adalet anlayışı gibi soyut, muğlak ve kapsamı belirsiz kavramlar uğruna feda edilmesi yerinde değildir.

pondent”:[“NOR”],”documentcollectionid2”:[“JUDGMENTS”],”itemid”:[“001-58059”]}. Erişim Tarihi: 18.07.2013. 1980 tarihli Deweer/Beçika kararına (Application no. 6903/75)göre de (par. 42) Mahkeme, suçlama kavramını resmi değil “maddi” niteliği itibariyle ele almakta ve uyumsuzluğun mahkeme önüne götürülmesinden önceki bir süreçte de başlayabileceğini ifade etmektedir. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#i{“languageisocode”:\[“ENG”\],”appno”:\[“6903/75”\],”documentcollectionid2”:\[“CHAMBER”\],”itemid”:\[“001-57469”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#i{“languageisocode”:[“ENG”],”appno”:[“6903/75”],”documentcollectionid2”:[“CHAMBER”],”itemid”:[“001-57469”]}) Erişim Tarihi: 18.07.2013

<sup>39</sup> Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 427, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1978, s. 227.

<sup>40</sup> Gökcan, Hasan Tahsin, “Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, Haziran 1997, s. 278, 279.

<sup>41</sup> Yücel, s. 982

<sup>42</sup> Yargıtay 13. CD. 30.11.2011 tarih, E. 2011/17629 ve K. 2011/6976.

<sup>43</sup> Gökcan, s. 198.

## Ş.2. CUMHURİYET SAVCISI'NIN DELİL TOPLAMA VE DELİLLERİ TAKDİR YETKİSİ

### I. Cumhuriyet Savcısı'nın Delil Toplama ve Delilleri Takdir Yetkisi

CMK'ya göre Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli (basit başlangıç şüphesini) öğrenir öğrenmez, bizzat veya emrindeki adli kolluk marifetiyle "işin gerçeğini" araştırmaya başlar (CMK m. 160/1, 161/1). Bu kapsamda Cumhuriyet Savcısı, her türlü araştırmayı yapabilir; işin gerçeğini araştırmak için delil toplama ve şüphelinin haklarını korumak amacıyla bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir (CMK m. 161/1)<sup>44</sup>.

CMK, Cumhuriyet Savcısı odaklı hazırlanmıştır<sup>45</sup>. CMK'nın benimsediği sistemde Cumhuriyet Savcısı, bütün delilleri toplayacak, hazırlayacağı iddianamede "*adeta hüküm verir gibi*" delilleri değerlendirerek ve soruşturduğu olayla ve şüpheliyle irtibatlandırarak, ulaştığı sonuçları gerekçelendirecek ve nihayet duruşmada daha önce toplanmış bulunan deliller ortaya konulup tartışılarak tek oturumda (celsede) duruşmanın bitirilmesi için gereken çaba harcanacaktır<sup>46</sup>. Bu gerçekten hareketle Cumhuriyet Savcısı, "*soruşturmanın tek karar merkezi ve imparatoru*" olarak tanımlanmıştır<sup>47</sup>. Bu nedenle, haklı olarak CMK'nın getirdiği sistemde, delilsiz mahkûmiyet olmaz prensibine "*delilsiz kamu davası açılmaz*" prensibini de eklemek gerektiği ifade edilmiştir<sup>48</sup>.

Öğretide, delillerin sadece soruşturma evresinde toplanacağı ve mahkemenin delil toplayamayacağı, eğer bir delilin tamamlanması ihtiyacı ortaya çıkar ise, mahkemenin bunu savcılık marifetiyle yapacağı da ifade edilmiştir<sup>49</sup>. Bu sebeple, suçun sübutuna etki edecek mevcut/ulaşılabilir deliller toplanmaksızın hazırlanan iddianamenin, mahkemece iade edilmesi hüküm altına alınmıştır (CMK m. 174/1,b).

Diğer bir görüşe göre, deliller "asıl olarak" soruşturma evresinde toplanmalı-

<sup>44</sup> Cumhuriyet Savcısı'nın talep ettiği bilgilerin, on gün içerisinde verilmemesi TCK m. 257 kapsamında, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı ve bu halde, kamu görevlilerinin soruşturmalarının (soruşturma izni aranmaksızın) doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacağı CMK m. 332 hükmüyle güvence altına alınmıştır.

<sup>45</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 205.

<sup>46</sup> Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. s. 119

<sup>47</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 205, 206.

<sup>48</sup> Koca, Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S. 2, Aralık 2006, s. 207.

<sup>49</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 303. Toroslu/Fezyioğlu'na göre, "*Mahkeme başkanı veya yargıcın –tanık ve bilirkişi celbine ve başka sübut sebeplerinin toplanmasına- karar verebileceğine dair CMUK m. 214 benzeri bir hükme yer verilmediğinden, başka veya yargıcın kendiliğinden tanık veya bilirkişi celbine veya delillerin toplanmasına karar verip veremeyeceği konusu açık değildir.*" Toroslu, Nevzat/ Fezyioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 279.

dır, soruşturma evresinin eksik yürütülmesi söz konusu ise, “sınırlı bazı hususlarda” mahkemece duruşma hazırlığı evresinde delil toplanabilmelidir<sup>50</sup>.

Hakeri/Ünver ise, delillerin elde edilmesine ilişkin hükümlerin sadece soruşturma evresiyle ilgili olarak düzenlenmediğinden bahisle, varlığı, bilgisi veya elde edilme olanağı kovuşturma evresinde ortaya çıkan delillerin; ister hâkim veya mahkeme tarafından doğrudan doğruya toplansın isterse hâkim veya mahkemenin talebi üzerine Cumhuriyet Savcısı veya Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine kolluk tarafından toplansın hâkimin/mahkemenin delil toplaması mahiyetinde olduğunu, kovuşturma aşamasında delil toplanamayacağı veya ancak zorunlu hallerde delil toplanabileceği yönündeki görüşün isabetli olmadığını ifade etmektedir<sup>51</sup>.

Centel/Zafer'e göre de, bir delilin kovuşturma aşamasında ortaya çıkması mümkün olduğu için bu türden delillerin duruşmaya getirilmesi talep edilebilir. Mahkeme veya mahkeme başkanı, bizzat maddi gerçeği araştırır ve o ana kadar söz konusu edilmeyen bir delilin duruşmaya getirilerek tartışmaya açılmasına talep olmaksızın karar verebilir. Mahkemece bir delilin toplanmasına ilişkin olarak verilen karar aynı zamanda o delilin, hem araştırılmasına hem de ortaya konulmasına ilişkindir<sup>52</sup>.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre ise, delil olabilecek şeylerin sonradan öğrenilmesi halinde mahkeme delil toplayabilir ki, duruşma hazırlığı evresi bu türden eksikliklerin giderilmesi için ihdas edilmiştir<sup>53</sup>.

Öğretimde sıklıkla, delillerin soruşturma evresinde toplanması zorunluluğundan söz etmesi, CMK'nın benimsediği “etkin ve tam soruşturma ve tek celsede hüküm” prensibinin bir yansımasıdır. Kanaatimizce CMK, delillerin toplanması konusunda asıl “görevi” Cumhuriyet Savcısı'na vermiş olmakla birlikte, mahkeme veya hâkimin delil toplama yetkisini de elinden almamıştır. Özellikle, delillere ve delil araçlarına ilişkin hükümler (CMK m. 43 vd.) ve koruma tedbirlerini düzenleyen hükümler (CMK m. 90 vd.) dikkate alındığında, mahkeme veya hâkimin delil toplama yetkisinin elinden alındığını söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim delillerin ortaya konulması<sup>54</sup> ve reddini düzenleyen CMK m. 206 ve 207 ve delillerin tartışılmasını ve mahkemece takdirini düzenleyen CMK m. 216 ve 217 bir bütün

<sup>50</sup> Şahin, *Cumhur/ Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 84.*

<sup>51</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 103, 104.

<sup>52</sup> Centel/Zafer, s. 617, 657. Her ne kadar CMUK 214 benzeri bir hükme CMK'da yer verilmesi de yazarlar, MCK'nın hâkimin delil araştırabilmesi ilkesini kabul ettiğini ifade etmektedir (s. 674).

<sup>53</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 1276.*

<sup>54</sup> CMK m. 206/2 hükmüne göre, delilin ortaya konulabilmesi için öncelikle toplanması ve duruşmaya getirilmesi gerekmektedir. Mahkemece, ister doğrudan isterse Cumhuriyet Savcılığı veya kolluk marifetiyle duruşmaya getirilsin, delilin getirilmesi ve ortaya konulması mahkemenin bu yönde bir yetkisinin olduğunu ortaya koymaktadır.

halinde değerlendirildiğinde de mahkeme veya hâkimin re'sen veya tarafların istemi üzerine delil ortaya koyabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bizce, mahkemenin delil toplama yetkisi konusunda yukarıda yer verilen tartışmalar daha çok normatif değerlendirme farklılıkları ile ilgilidir. Oysa normatif değerlendirmeden daha önemli bir husus vardır ki, o da mahkemenin re'sen delil toplamasının sanığın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğidir. Şöyle ki, eksik bir soruşturma sonucunda kabul edilen iddianame üzerine, mahkemenin duruşma hazırlığı aşamasında adeta bir “*Cumhuriyet Savcısı kisvesine bürünerek*” bütün delilleri toplamaya çalışması mahkemenin tarafsızlığını ortadan kaldıracak niteliktedir. Hâkim, henüz sanığı sorguya çekmeden daha duruşma hazırlığı aşamasında delillerle bu kadar iç içe olur ise, sanık sorguya çekilmeden mahkeme veya hâkimin kanaatinin oluşması tehlikesi belirir. Hiç şüphesiz, bu türden bir uygulama tahkik sistemini andırmaktadır<sup>55</sup>. Oysa CMK'nın soruşturma evresi ve devamında söz konusu olan ara muhakeme evresi itham sisteminin unsurlarına ağırlık verilerek düzenlenmiştir.

Kanaatimizce mahkeme, suçun sübutuna etki edecek deliller toplanmadan veya yeterli şüphe ya da yeterli delile ulaşılmadan hazırlanmış bir iddianameyi iade etmelidir. Kanun koyucunun amacı da bu doğrultudadır (CMK m. 174/1,b). Aksi halde, gerek duruşma hazırlığı evresinde ve gerekse duruşmada bütün delilleri toplamak gayesini taşıyan bir mahkeme veya hâkim hem suçlayıcı hem de karar verici konumuna gelir ve tarafsızlığını yitirme tehlikesiyle karşı karşıya kalır ki<sup>56</sup>, bu durum şüphelinin adil yargılanma hakkını (bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, AİHS m. 6/2) bertaraf eder. Mahkeme, sadece soruşturma evresinde söz konusu edilmeyen veya kovuşturma evresinde “sonradan” ortaya çıkan bir delili veya hususu ortaya koymalıdır. Hâkim veya mahkeme, iddianame sürecinin içerisinde bütünüyle yer almamalı; duruşma hazırlığı veya duruşma evresinde ön yargı oluşturacak ve hâkimin kendine karşı tarafsızlığını (iç karşı tarafsızlık) zedeleyecek tarzda delil toplama faaliyetine girişmemelidir<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> AİHS m. 6/2 hükmünde yer verilen “suçsuzluk karinesinin” Avrupa’da yaygın olarak uygulanan tahkik sistemine uymadığı dile getirilmektedir. Görüş için bkz. Schroeder/Yenisey, s. 15.

<sup>56</sup> Schroeder/Yenisey, masumiyet karinesinin bu tehlikeden hareketle, hâkim için getirilmiş bir davranış kuralı olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Schroeder/Yenisey, s. 16, 17.

<sup>57</sup> Öğretide bir kısım yazarlar da iddianamenin iade sebebi olan suçun sübutuna etki edecek mevcut deliller toplanmaksızın hazırlanan iddianamenin iade edilmesi sırasında, mahkemenin iade gerekçesini açıklarken, bütünüyle soruşturma konusu suç hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapmasının mahkemenin tarafsızlığını etkileyeceğini belirterek iade sebebinden hareketle benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Görüşler için bkz. Karakurt, Ahu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, Y. 2009, s. 20; Gültekin, Özkan, Öğretide Ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Ankara 2011, s. 201. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu da, iddianamenin iadesi kararı verilirken, mahkeme sadece sevk maddesi doğrultusunda, maddi olgu tartışması yapmaksızın bir karar vermek durumunda dır. Mahkemenin, maddi olgu araştırması yaparcasına suç tavsifi yapması hukuka aykırıdır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1258,

CMK'da soruşturma evresinin odağında yer alan ve etkin soruşturma prensibinden hareketle mevcut/bilinen/ulaşılabilir bütün delilleri toplayan/toplaması gereken Cumhuriyet Savcısı'nın, toplanan delillerin “*suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheli*” oluşturup oluşturmadığını takdir yetkisinin varlığı konusunda herhangi bir duraksama söz konusu değildir. Yukarıda zikrolunduğu üzere Cumhuriyet Savcısı toplanan delilleri iki aşamalı bir değerlendirmeye tabi tutacaktır. İlk aşamada, soruşturma konusu eylemin suç oluşturup oluşturmadığını takdir edecektir. Cumhuriyet Savcısı tarafından, soruşturma konusu eylemin suç oluşturduğu kanaatine ulaşılması halinde, ikinci aşama olarak, toplanan delillerin söz konusu suçun ispatı ya da şüphelinin mahkûmiyeti için yeterli olup olmadığı hususunda “yeterli” olup olmadığını takdir edecektir. Ancak, şüphelinin yeterli olup olmadığı, sadece “delil” ile ortaya konulabilir<sup>58</sup>. Etkin ve eksiksiz olarak yürütülen bir soruşturmanın sonucunda ulaşılan delilleri değerlendiren Cumhuriyet Savcısı, suçun kanıtlanma ihtimalini zayıf görür ise dava açmaz<sup>59</sup>. Bu noktada önemli olan, şüphelinin fail olması ihtimalinin yüksekliği değil, dava açıldığı takdirde toplanan delillerle şüphelinin mahkûm olma ihtimalinin yüksekliğidir<sup>60</sup>.

Yargıtay 4. CD.'nin 14.10.2009 tarih, E. 2009/22283 ve K. 2009/16336 Sayılı kararına göre de: “... *Yasa tarafından Cumhuriyet Savcısı'na toplanan delilleri değerlendirme yetkisi verildiği ve yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli şüpheli olduğu kanısına ulaşılmaması durumunda kamu davasının açılmasının zorunlu olduğu, ancak ceza yargılamaya yasası her ne kadar soruşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiş ise de; bu ilkenin Cumhuriyet Savcısı'nın delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmadığı*” vurgulanmıştır.

Cumhuriyet Savcısı'nın yeterli şüphelinin varlığı konusunda yapacağı değerlendirme kesin bir kanaati veya bir “*belli oluşu*”<sup>61</sup> ifade etmez. Yeterli şüphelinin varlığında, şüpheli yoğunlaşmıştır ve fakat hala kuşkulu kalan kısım da vardır<sup>62</sup>. Hiç şüphesiz kuşkulu kalan kısım da mahkemece değerlendirilecek ve kuşkulu kalan kısma ilişkin şüpheli yenildiğinde mahkûmiyet kararı verilebilecektir. Bu bakımdan, delillerin serbestliği (serbest ispat kuralı)/delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi

dn. 20. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'a göre ise, mahkemenin sadece, “*iddianamede suçun unsurlarının tartışılıp tartışılmadığını*” denetlemesinin asla ihsas-ı rey (oy açıklaması) değildir. Görüş hakkında bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 512.

<sup>58</sup> Centel/Zafer, s. 438. Nitekim CMK m. 170/2 hükmünde de, “...*toplanan deliller, ... yeterli şüpheli oluşturuyorsa*” ifadesine yer vererek, yeterli şüpheliye toplanan delillerden hareketle ulaşılması gerektiği ifade olunmuştur. Görüş için bkz., Yenidünya, A.Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi” e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 60, Şubat 2007, Yenidünya, par. 68.

<sup>59</sup> Yenidünya, par. 73.

<sup>60</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1254.

<sup>61</sup> Gültekin, s. 126.

<sup>62</sup> Gültekin, s. 124.

soruşturma aşamasında da geçerlidir<sup>63</sup>. Ancak, Cumhuriyet Savcısı'nın delilleri değerlendirebilmesi için, olayı temsil etmesi, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekir<sup>64</sup>.

## II. Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkesinin Soruşturma Evresinde Uygulanabilirliği

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin (In dubio pro reo) temelleri Roma Hukuku'na dayanmaktadır. “Bir suçsuzun cezalandırılması yerine, birkaç suçlunun cezasız kalması yeğdir” prensibi bu ilkenin dayanağıdır<sup>65</sup>. Bu ilke, ceza yargılaması hukukunda geçerli olan ve mevzuatta yazılı olarak hükme bağlanmamış bir “ispat” kuralıdır<sup>66</sup>.

Eğer mahkeme, sanığın eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda vicdani bir kanaate ulaşamıyorsa, kuşkuyu yenemiyorsa ve eylemi sanığın gerçekleştirdiği hususunda delil elde edememiş ise, sanığın o fiili gerçekleştirdiği kabul edilir<sup>67</sup>. Çünkü şüphe ile gerçek bir arada bulunamaz<sup>68</sup>.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, masumiyet karinesinin (suçsuzluk karinesi) doğal bir sonucudur<sup>69</sup>. Bu ilke uyarınca mahkûmiyet, küçük veya büyük bir olasılığa değil, şüpheden arınmış bir kesinliğe dayanmalıdır<sup>70</sup>. Kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararından söz edilemez<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s.353; Ünver, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S.2, Aralık 2006, s. 106. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan'ın, bizim de katıldığımız tanımlamasına göre, delillerin değerlendirilmesinden anlaşılması gereken, “ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililerin, toplanan delillerden sonuç çıkarıp bu sonucu kararlarında kullanmaları”dır (Öztürk/Erdem, s. 353). Bu yönüyle, Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturmayı sonuçlandıran kararlarında da “delilleri değerlendirmesi” söz konusu olduğundan, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin soruşturma aşamasında da uygulanması konusunda tereddüt söz konusu değildir.

<sup>64</sup> Koca, s. 222.

<sup>65</sup> Altundere, Nazan, “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)”, Suç ve Ceza, TCHD Yayını, S. 2, Y. 2008, s. 167.

<sup>66</sup> Hakeri/Ünver, s. 91. Yazarlar eserin devamında, bu ilkenin esasında bir ispat kuralı olmayıp, bir “hüküm verme kuralı” olduğunu ifade etmektedir (s. 92).

<sup>67</sup> Gedik, Doğan, “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, Y. 2004 (Temmuz), S. 3, s. 5; Memiş, Pınar, “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In Dubio Pro Reo”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu & TCHD Yayını, İstanbul 2007, s. 491.

<sup>68</sup> Eryılmaz, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2013, s. 650.

<sup>69</sup> Savunma hakkının da, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin doğal bir sonucu olduğu hususunda bkz. Feyizioğlu, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, Y. 1999, S. 48, C. 1-4, s. 157.

<sup>70</sup> Ünver, s. 121.

<sup>71</sup> “Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin hiçbir duraksamaya yer kalmaksızın ortaya çıkarılmasıdır. Ceza hukukunun evrensel ilkesi ise kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer verilemeyeceğidir. O halde, sanığın üzerine yüklenen suçlar, hiçbir kuşkuya yer verilmeksizin kanıtlanmadığından, sübuta ermediği kabul edilmelidir”, YCGK, 11.04.1994, E. 1994/5-47, K. 1994/92, www.hukuk-

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi ispata ilişkin bir kural olup, bu ilke sadece maddi konularda, elde edilmesi mümkün tüm delillerin irad ve ikame edilmesine rağmen durumun kuşkulu kalması halinde sanık lehine uygulanır<sup>72</sup>. Ancak, şüpheden sanığın yararlanması, ispat edilemeyen hususların şüpheli lehine ispat edilmiş gibi sonuç doğurduğunun kabulünü gerektirmez; sadece bu hususların şüphelinin aleyhine sonuç doğurmasını engeller<sup>73</sup>.

Suçsuzluk karinesi, ispat yükünün dağıtılma usulünü belirlediğinden, bu ilkenin doğal bir sonucu olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi, hâkimlere/mahkemeye hitap eder<sup>74</sup>. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2013 tarih, E. 2012/1-1289 ve K. 2013/84 Sayılı Kararında, bu ilkenin, ceza yargılaması açısından taşıdığı değer ve gördüğü işlev şu şekilde vurgulanmıştır:

*“...Amacı, somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suçu işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden biri de, öğreti ve uygulamada; “suçsuzluk” ya da “masumiyet karinesi” olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince; “in dubio pro reo” olarak ifade edilen “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilme biçimi konusunda bir şüphe belirmesi halinde de geçerlidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak kesinlikte ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı, bu ispat, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşa imkân vermemeli, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp, diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir.”*

Yine Yargıtay'a göre, adli hataları önlemenin tek yolu, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanmasından geçmektedir<sup>75</sup>.

turk.com, Erişim Tarihi: 26.08.2010.

<sup>72</sup> Ünver, s. 120

<sup>73</sup> Eryılmaz, s. 650.

<sup>74</sup> Ünver, s. 121

<sup>75</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.2011 tarih, E. 2011/1-51 ve K. 2011/42 Sayılı Kararı'na göre: “...Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan “in dubio pro reo” yani “kuşkudan sanık yararlanır” kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuyla yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydın-

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, her türlü kuşkudan uzak ve kesinliğe dayanan bir kanaati gerektirdiği için ispat yükümlülüğü ile tam bir bağlantı içerisinde olup, bu ilkenin anlaşılması için ceza muhakemesinde ispat yükümlülüğünün hangi makama ait olduğunun ortaya çıkarılması gerekmektedir<sup>76</sup>. Ceza yargılamasında, medeni yargılamada uygulama alanı bulan “*ispat yükü kendisine düşen tarafın ispat ile yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde öne sürülen vakianın reddi*” gibi<sup>77</sup> taraflara yüklenen mutlak bir ispat yükümlülüğü yoktur.

Ceza muhakemesinde ispatın konusunu, hâkimin “gerçek” konusundaki kanaati oluşturmaktadır<sup>78</sup>. Ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve hukuki sorunun çözülmesi amaçlanmaktadır<sup>79</sup>. Maddi gerçek konusunda, yüksek bir olasılık değil, tam bir “vicdani” kanaat esastır.

Ceza muhakemesinde ispat yükünün hangi tarafta olduğu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, ispat yükünün iddia edene (Cumhuriyet Savcısı'na) ait olacağını öne sürerken,<sup>80</sup> diğer görüş, ispat yükünün Cumhuriyet Savcısı ve mahkemenin müşterek yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir<sup>81</sup>. Bu görüşten hareketle, Cumhuriyet Savcısı'nın hem iddia hem de ispat yükümlülüğü bulunur iken; mahkeme veya hâkimin kural olarak<sup>82</sup> sadece ispat yükümlülüğünün

*latılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayalı olarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayım dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir keskinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu budur.”*

<sup>76</sup> Altundere, s. 168

<sup>77</sup> Kuru, Bakı/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara, 2004, s. 423

<sup>78</sup> Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 592

<sup>79</sup> Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 68.; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1987, s. 212.

<sup>80</sup> TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul, 1984, s.303; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 266; Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 387; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 298. AİHM, suçluluğun yasal açıdan nasıl ispat edileceğini, her bir taraf devletin iç hukukuna bırakmıştır. Ancak AİHM, ceza muhakemesinin ön yargıya dayanarak itham edilen kişinin suç işlediği varsayımından hareketle işe başlamasının Sözleşme'nin 6/2 hükmüne aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Açıklama için bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 265, 266.

<sup>81</sup> Koca, s. 210; Ünver, s. 112. Ünver'e göre, şüphelinin suçluluğuna ilişkin kanıtları sunma, kural olarak iddia makamının yükümlülüğünde iken; ispat külfeti, hâkim/mahkeme ve savcılık üzerindedir.

<sup>82</sup> Yukarıda, Cumhuriyet Savcısı'nın delil toplama yetkisi bahsinde, bazı ayrı durumlarda (delilin kovuşturma aşamasında ortaya çıkması veya soruşturma aşamasında elde edilememiş olması) mahkeme veya hâkimin de duruşma hazırlığı evresinde “*sınırlı bir biçimde*” delil toplama yetkisinin bulunduğu görüşümüzü belirtmiştik. İşte bu surette delil toplayan mahkeme veya hâkim tarafından, ilk defa mahkeme veya hâkim tarafından toplanan delillerin yeni bir “vakia”ya ilişkin olması



bulunduğu söylenebilir<sup>83</sup>. Üçüncü görüşe göre de, ceza muhakemesi sistemimizde ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>84</sup>.

AİHM'e göre, ispat yükümlülüğü, iddia makamındadır<sup>85</sup>.

Kanaatimizce şüpheli veya sanığın “kimliğine ilişkin hususlar dışında” susma hakkı bulunduğu ve aksi kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispatlanıncaya kadar masum kabul edildiği için,<sup>86</sup> ispat yükümlülüğünün bulunmadığı açıktır. Eğer, şüpheli veya sanığa ispat mükellefiyeti yüklenir ise, şüpheli veya sanık “olmayanı” veya “yokluğu” ispat ile yükümlü kılınmış olur<sup>87</sup>. Hâkim, kanaatini, sanığın suçlu olmadığını ispat edememiş olması vakiasına dayandıramaz<sup>88</sup>.

İspat yükümlülüğünün sadece, Cumhuriyet Savcısı'na ait olduğu yönündeki görüşü ele aldığımızda ise, kanunda açıkça “*şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü*” kılınan (CMK m. 160/2) Cumhuriyet Savcısı'nın tek başına ispat yükümlülüğü altında bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Her ne kadar öğretilerde, ceza muhakemesinde mahkûmiyet veya beraat kararının savunmanın değil, iddianın sabit olması veya olmaması halinde verileceği ve bu itibarla ispat yükümlülüğünün isnatta bulunana ait olacağı ifade olursa da,<sup>89</sup> mahkûmiyet veya beraat kararlarının “her

durumunda, mahkeme veya hâkimin nispi, sınırlı ve zorunlu bir “iddia ya da itham” faaliyetine giriştiği kabul edilebilir. Ayrıntılı açıklama ve bu durumun sakıncaları için bkz. yuk. “Cumhuriyet Savcısı'nın Delil Toplama Yetkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>83</sup> Centel/Zafer'in de haklı olarak belirttiği gibi, hâkimin, bilirkişinin, zabıt kâtabinin reddi ve eski hale getirme gibi belirli tali uyuşmazlıkların çözümünde (CMK m. 26/2, 32/1, 41/2, 69/3) ispat külfeti bulunmamaktadır. Centel/Zafer, s. 672.

<sup>84</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1342; Centel/Zafer, s. 672; Öztürk/Erdem, s. 264. Koca'ya göre de, ceza muhakemesinde hâkim delil araştırıp toplayabildiği için ceza, böyle bir sorunun ceza muhakemesinde yerinin olmadığı kabul edilmektedir. Açıklama için bkz. Koca, s. 210. Hakeri/Ünver'e göre ise, ceza muhakemesinde bir ispat külfeti sorunu vardır. Ancak bu külfetin şüpheli/sanıkta olmadığı açıktır. Yazarların bizim de benimsediğimiz görüşüne göre, ispat külfetinin maddi gerçeğin araştırılması ile ilintili olduğunu ve maddi gerçeği araştırmakla yükümlü bulunan Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme/hâkimin ispat ile yükümlü olduğunu dile getirmektedir. Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 96

<sup>85</sup> AİHM'in 13 Ocak 2005 tarihli Capeau/Belçika Kararı. Açıklama için bkz. Cengiz, Serkan/ Demirağ, Fahrettin/ Ergül, Teoman/ McBride, Jeremy/ Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 131. Yazarların zikrettiği karara baktığımızda AİHM, “*Ceza davalarında delillerin toplanmasına ilişkin olarak bütün sorumluluğun iddia makamında olması hasebiyle, Sözleşme'nin 6/2 bükümü uyarınca, ispat yükümlülüğünün de iddia makamında olduğunu*” ifade etmektedir. (Par. 25). Karar Metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67961>. Erişim Tarihi. 20.07.2013.

<sup>86</sup> Yurtcan'a göre de, masumiyet karakterinin doğal bir sonucu, şüpheli veya sanığın ispat ile yükümlü kılınmasıdır. Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul 2006, s. 533

<sup>87</sup> Birtek, Fatih, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin Savunma Hakkı Ve Müdafii Yardımından Faydalanması”, Niğde Barosu Dergisi, Y. 1, S. 1, s. 31.

<sup>88</sup> Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986, s. 361

<sup>89</sup> Koca, s. 211. Ancak yazar, aynı çalışmasında ceza muhakemesinde bir ispat mükellefiyetinin bulunmadığını da ifade etmektedir. (Bkz. aynı eser s. 210)

zaman" soruşturma aşamasında toplanan delilere göre verilmediği, mahkemelerin de sınırlı da olsa re'sen veya tarafların istemi üzerine delil toplayabildiği/delilleri ortaya koyabildiği (CMK m. 206 vd.) bir sistem içerisinde ispat yükünün sadece Cumhuriyet Savcısı'na ait olduğunu söyleyebilmek bizce de mümkün değildir<sup>90</sup>.

Kanaatimizce, ceza muhakemesi sistemimiz bütünüyle nazara alındığında ispat mükellefiyeti, temelde delil toplama ve sunma yetkisinin kural olarak Cumhuriyet Savcısı'a ait olması ve hükmün, iddianın sabit olması veya olmaması halinde verilmesi nedeniyle "ağırlıklı" Cumhuriyet Savcısı'nda ve re'sen delil toplama ve delillerin ortaya konulması yetkisi dikkate alındığında da "kısmen" mahkeme veya hâkimdedir. İşin gerçeğini/ maddi gerçeği araştırmakla yükümlü bulunan bu mercilerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin olarak "kanuni" bir yükümlülük altında bulunduğu açıktır. İspat mükellefiyeti "sanık" dışında, "işin gerçeğini/maddi gerçeği araştırmakla yükümlü bulunan" bu iki yargılama süjesinin (Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme/hâkim) müşterek yükümlülüğündedir.

İspat yükümlülüğünün konusu olan şüphe, somut veriye dayalı olmalı, maddi vakıalar, ispat kuralları, bilimsel veriler vs. nedeniyle ve somut vakıaya dayalı maddi konularda ortaya çıkmalıdır<sup>91</sup>. Ayrıca, ispat için yenilmesi gereken şüphe, her türlü şüphe değil, doğru olabileceğine dair akla ve mantığa uygun gerekçe gösterilebilen, "gerçeğe ve gerekçeye dayanan" şüphedir<sup>92</sup>. Her türlü şüphenin yenilmesini beklemek, "maddi değil", "mutlak gerçeğe" ulaşılmasını umut etmek olur ki, bu neredeyse imkânsızdır<sup>93</sup>. Çünkü ispatın gayesi mutlak hakikat değil, hakikat konusunda ulaşılan kanaattir<sup>94</sup>. Mahkûmiyet için mahkeme veya hâkimin yenmesi gereken (%1'lik dahi olsa) şüphe, herhangi bir hipotez değil; maddi delillere dayanan bir şüphe olmalıdır<sup>95</sup>.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, maddi soruna,<sup>96</sup> suçun maddi unsurlarına (hukuka uygunluk sebepleri dâhil),<sup>97</sup> suçun manevi unsuruna,<sup>98</sup> ispat kurallarına (suçun sübutuna) ilişkin konularda ve kusur ve cezayı etkileyen hususlarla (nitelikli

<sup>90</sup> Benzer gerekçe ve aynı görüş için bkz. Yurtcan, s. 533 vd.

<sup>91</sup> Ünver, s. 123

<sup>92</sup> Altundere, s. 170

<sup>93</sup> Tozman, Önder, "Suçsuzluk Karanesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), *EÜHFD, C. XI, S. 3-4 (2007), s. 325.*

<sup>94</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1335

<sup>95</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1335.

<sup>96</sup> İlkenin "hukuki sorunlarda" uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Açıklama için bkz. Ünver, s. 124; Tozman, s. 327; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1338.

<sup>97</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 160.

<sup>98</sup> Birtek, Fatih, Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Yıl. 2009, C. 58, S. 2, s. 270-271.

haller, hafifletici/ağırлатıcı sebepler)<sup>99</sup> dava koşulları bakımından<sup>100</sup> uygulama alanı bulur<sup>101</sup>.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ilk bakışta suçun sübutuna (ispata) ve vicdani kanaate yönelik olduğu ve bu nedenle mahkeme veya hâkime hitap ettiği görülmektedir. Bu ilke maddi soruna, ispat eylemine, ispat kurallarına ve nihayet sanığın isnat edilen suçtan mahkûm edilip edilmeyeceğini ilişkin değerlendirme yapıldığı sırada uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Bu yönüyle, ilkenin geçerli olduğu evre kovuşturma evresidir<sup>102</sup>.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde geçerli olup olmadığı hususunda bazı görüşler öne sürülmüştür.

Erem, ilkenin soruşturma aşamasında da geçerli olmakla birlikte asıl değerinin kovuşturma aşamasında (Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davasının açılmasından sonra) anlaşılabilceğini ifade etmektedir<sup>103</sup>. Feyzioğlu da, kanunda yer alan “yeterli şüphe” ibaresi ile kanun koyucunun şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde geçerli olmadığını açıkça ortaya koyduğunu belirtmektedir<sup>104</sup>.

Kanaatimizce soruşturma evresinin gayesi suçun maddi anlamda ve kesin bir kanaatle ispatı olmayıp; suçun ispatı hususunda yeterli şüpheye (mahkûmiyet olasılığının beraat etme olasılığından fazla olması) ulaşmaktır. CMK’da, suçun her bir unsuruna ilişkin deliller yeterli dereceye ulaştığında<sup>105</sup> ve kovuşturma şartları mevcut olduğunda –kanunun ayrı tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla- iddianame düzenleme mecburiyeti (kovuşturma mecburiyeti ilkesi) söz konusu olduğundan, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde uygulanabilmesi mümkün değildir.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre de, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı’nın yapacağı değerlendirme, “iddianame düzenlenmesinin gerekip gerekmediği” hususundadır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, suçun işlenip işlenmediği hususunda uygulama alanı bulabilecek bir ilke olduğu için soruşturma aşamasında bu ilkenin uygulanma kabiliyeti yoktur<sup>106</sup>.

<sup>99</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1337; Centel/Zafer, s. 672; Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 194. Nitekim Yargıtay CGK. 18.11.2003 tarih ve 2-262/277 Sayılı Kararında da: “Sanık Hakkında cezayı kaldıran veya hafifleten nedenlerin bulunup bulunmadığı hususlarındaki kuşku da sanık lehine hüküm vermeyi gerektirir” denilerek, bu husus ortaya konulmaktadır.

<sup>100</sup> Yargıtay CGK, 18.11.2003 tarih, E. 2003/2-262 ve K. 2003/277.

<sup>101</sup> Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 387; Birtek, Kasten Öldürmeye Teşebbüs, s. 272.

<sup>102</sup> Centel/Zafer, s. 439; Hakeri/Ünver, s. 90, 91.

<sup>103</sup> Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 383.

<sup>104</sup> Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 37. (31-36)

<sup>105</sup> Centel/Zafer, s. 440.

<sup>106</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 488; Gültekin, s. 133. Özen’e göre de, bu ilke ancak

Her ne kadar bazı yazarlar,<sup>107</sup> Cumhuriyet Savcısı'nın yeterli şüpheye ulaşıp ulaşmadığı konusunda şüphe duyması halinde bu ilkenin uygulama alanı bulacağını ve bu şüphenin şüpheli lehine yorumlanarak, Cumhuriyet Savcısı'nın iddianame düzenlememesi gerektiğini ifade etse de biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Yeterli şüphenin oluşup oluşmadığı hususundaki şüphenin bu ilkeyle şüpheli lehine çözümlenmesi, şüphenin şüpheyle çözümlenmesi anlamına gelir ki, bu durum kabul edilemez. Aksi halde, herkes mutlak masumiyete sahip olur<sup>108</sup>.

Ceza soruşturmasının varlığı şüphe olduğuna göre, şüphenin oluşup oluşmadığı veya soruşturmanın sonucunda yeterli şüpheye ulaşıp ulaşılmadığının eldeki delillerden hareketle ve somut bir değerlendirmenin ürünü olarak yapılması gerekmektedir. Soruşturma evresi, şüphenin kesin olarak yenildiği, tam ispatın yapıldığı evre olmadığı için, her soruşturma bakımından yeterli şüpheye ulaşıp ulaşılmadığı hususunda bir "şüphe" daima bulunur. Çünkü eldeki delillerin mahkûmiyete yeterli olup olmadığı (yeterli şüphe) hususundaki değerlendirmenin bizzatı kendisi bir olasılık ve şüpheden ibarettir. Bu şüpheyi yenmek ise mahkemeye aittir.

Kanaatimizce, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, hem ispat hem de "hüküm verme" usulüne dair bir kuraldır. Soruşturma evresinde maddi anlamda bir "hüküm verme" faaliyete söz konusu olmadığından, söz konusu ilke, ancak kovuşturma evresinde uygulanabilen ve hâkime nasıl değerlendirme yapmasını gösteren değil; hâkimin değerlendirme yapma olanağının ortadan kalktığı anda ortaya çıkan ve uygulanan bir ilkedir. Kesin ve her türlü şüpheden uzak bir sübutu ve tam bir vicdani kanaati hedeflemeyen bir evrede (soruşturma evresi) bu ilkenin uygulanma kabiliyeti yoktur.

Soruşturma evresinin sonucunda "yeterli şüpheye" ulaşıp ulaşılmadığı hususundaki değerlendirme "kesin ispat amacıyla yapılan vicdani bir değerlendirme"

---

kovuşturma aşamasında geçerlidir. Özen, Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısı'nın Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, s. 22.

<sup>107</sup> İpekçioglu, Pervin Aksoy, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi Ve Delil Değeri", AÜHFD, Y. 2008, S. 57, C. 3, s. 66. Centel/Zafer ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde uygulama alanı bulmadığını belirttiikten sonra, ilkenin soruşturmanın sonunda (ilke sanığın işlediği suç nedeniyle beraat etme ihtimalini doğurduğundan) dolaylı bir etkisinin bulunduğunu ifade etmektedir. Centel/Zafer, s. 439-440. Özen ise, Cumhuriyet Savcısı'nın, araştırma neticesinde elde ettiği delilleri değerlendirirken, yeterli şüpheye ulaşma konusunda şüphe içinde kalırsa, bu şüpheyi "yeterli şüpheye" ulaşmadığı şeklinde yorumlayabileceğini ve yeterli şüpheye ulaşamamasından dolayı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilebileceğini ifade etmektedir. Yazarın bizim de iştirak ettiğimi görüşüne göre ise, Cumhuriyet Savcısı, topladığı delillerin, "şüphelinin mahkûm olması için yargılama makamının yüzde yüz kanaate ulaşması mümkün olamaz ve bu nedenle kovuşturama kararı verebilirim" gibi bir değerlendirme yapamaz. Bu değerlendirme tamamen mahkemeye aittir. (Özen, s. 22)

<sup>108</sup> Özar, Süleyman, "İddianamenin İadesi, Tespitler, Sorunlar ve Öneriler" Adalet Dergisi, Y. 98, S. 28, Mayıs 2007, s. 324.

değil; maddi ve objektif olarak toplanan delillerin kamu davası açmaya yeterli olup olmadığı hususunda yapılan bir değerlendirmedir. Oysa şüpheden sanık yararlanır ilkesi, her türlü şüpheden uzak ve tam bir vicdani kanaate ulaşılamayan hallerde (yüzde 1 bile olsa şüphenin bulunduğu) hâkimin mahkûmiyet kararı vermesini engelleyen bir niteliğe sahiptir. Bu bakımdan, Cumhuriyet Savcısı'nın asli fonksiyonunun vicdani değerlendirme yapmak olmadığı nazara alınır ise bu ilkenin soruşturma evresinde geçerli olamayacağı da açıkça ortaya çıkar.

Yeterli şüphenin oluşup oluşmadığı konusunda bu ilkenin “nispi” bir geçerliliğinin olup olmadığı hususunda ise, Cumhuriyet Savcısı'nın bu konuda yapacağı değerlendirme vicdani bir değerlendirme olmayıp maddi ve objektif bir değerlendirmedir. Cumhuriyet Savcısı, eldeki delillerin mahkûmiyeti sonuçlandırabilecek olup olmadığı konusunda (delilin niteliği ve niceliği) bir değerlendirme yapmakta dır. Soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tam bir vicdani kanaati değil; şüphelinin mahkûm olma olasılığının yüksek olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmaktadır. Eğer Cumhuriyet Savcısı bu hususta tereddüde düşer ise, elbette iddianameyi düzenlememe yönünde takdirini kullanmalıdır. Bu hususta Cumhuriyet Savcısı'nın yaşadığı tereddüt, yeterli şüphenin oluşmadığını gösterir. Eğer yeterli şüphe olsaydı, tereddüt söz konusu olmazdı. Yukarıda zikrolunduğu üzere, bu türden bir davranış adil yargılanma hakkının (lekelenmeme hakkı) gereklerine de uygun düşecektir.

### III. Soruşturma Evresinde Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Akıbeti

Soruşturma veya kovuşturma evresinde bir delilin değerlendirilerek, yetkili merciin kararına esas alınabilmesi için hukuka uygun bir biçimde elde edilmiş olması gerekmektedir. Hukuka uygun olarak ele geçirilmemiş bir delilin hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde kullanılabilmesi mümkün değildir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin hükme esas alınmasına ilişkin yasak, CMK m. 206/2,a ve 217/2 hükümlerinde açık bir biçimde düzenlenmiş ve hukuka aykırı delillere dayanılmış olması mutlak bir bozma sebebi (CMK 289/1,i) olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar, hukuka aykırı delillerin soruşturma evresinde kullanılmasını/değerlendirilmesini yasaklayan açık bir hüküm bulunmasa da hem öğretilerde hem de uygulamada, hukuka aykırı delillerin soruşturma aşamasında ve hatta hiçbir muhakemede (disiplin soruşturmaları dahil) kullanılamayacağı yönünde görüş birliği olduğu söylenebilir<sup>109</sup>.

Kaldı ki, Anayasa'nın m. 38/6 hükmü ve CMK'nın delil ikame (CMK m. 47,

<sup>109</sup> Gökcan, s.200; Eryılmaz, s. 657; Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 186, 192, 193; Ünver, s. 132 vd.; Öztürk/Erdem, s. 372; Centel/Zafer, s. 674; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 675; Koca, s. 222; Gültekin, s. 204; Birtek, Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Ankara 2013, s. 338, 339,

45, 46, 48, 147, 148) ve değerlendirme yasaklarını (CMK m. 206 ve 217) düzenleyen hükümlerine bakıldığında hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmasına ilişkin yasağın (delil yasakları), soruşturma evresini de kapsayan bir biçimde düzenlendiği açık bir biçimde görülmektedir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.07.2007 tarih, E. 2007/5.MD-23 ve K. 2007/167 Sayılı Kararına göre de, "Yasa dışı elde edilen bir kanıtın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır."

Soruşturma evresinde hukuka aykırı bir biçimde elde edilen delillerden hareketle hazırlanan bir iddianame iade edilmelidir. Her ne kadar, iddianamenin iadesini düzenleyen CMKm.174 hükmünde bu husus açık bir biçimde düzenlenmesi de, CMK m.174/1,b hükmünde yer alan "suçun sübütuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen" iddianamenin iade edileceğine ilişkin hükmün hukuka aykırı delillere dayanılarak düzenlenen iddianameyi de kapsadığı açıktır. Çünkü hukuk aykırı bir delil "suçun sübutuna etki edecek mutlak delil" olarak nitelendirilemez. Hukuka aykırı delillere dayanan bir iddianame, suçun sübutuna etki eden delilden yoksundur.

Nitekim öğretilerde haklı olarak, hukuka aykırı bir delil ile yüklenen suçu oluşturan olaylarla ilişkilendirilmiş iddianamenin iade edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>110</sup>. Ancak, iddianamede hukuka aykırı surette elde edilmiş deliller bulunmakla birlikte, yüklenen suçu oluşturan olaylar hukuku uygun deliller ile ilişkilendirilmiş ise iddianamenin iadesine karar verilemez<sup>111</sup>. Bu nedenle, hukuka aykırı deliller yok sayıldığında, toplanan diğer deliller olayla ilişkilendirildiğinde, suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheyi oluşturuyor ise, iddianame kabul edilmelidir<sup>112</sup>.

Soruşturma evresinde elde edilen hukuka aykırı delillerin soruşturma dosyasında muhafaza edilip edilemeyeceği hususunda CMK'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte konu öğretilerde de tartışmalıdır.

Öğretilerde süregelen tartışmalar çoğunlukla hukuka aykırı delillerin kovuşturma aşamasında dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı konusunda yoğunlaşmakla birlikte; söz konusu tartışmalar "soruşturma aşaması" bakımından da ışık tutar niteliktedir.

Bir görüşe göre, CMK m. 206/1,a hükmü, sadece ikamesi (toplanması) talep edilen delilin dosyaya konulmasına engel olduğu, bu hükmün tek başına hukuka aykırı delillerin dosyaya girmesine engel olmadığını<sup>113</sup> ve nihayet CMK'nın (ve Adli

<sup>110</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 373; Kanbur, M. Nihat, "Yeni Anayasa Reformu Çerçevesinde Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 6, S. 17, Aralık 2011, s. 48.

<sup>111</sup> Özar, s. 330.

<sup>112</sup> Gültekin, s. 204.

<sup>113</sup> Ünver, Yener, "Deliller ve Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 32, Ağustos 2005, s. 2900.

Kolluk Yönetmeliği'nin 6. maddesinin) hukuk aykırı olarak elde edilen delilin dosyadan çıkartılması anlayışını benimsememiştir<sup>114</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, CMK m. 206/2,a hükmü (ve Adli Kolluk Yönetmeliği'nin m. 6/6 hükmü) ilke olarak hukuka aykırı delilin dosyaya girmesine (ikamesine/toplanmasına) imkân vermemektedir. Ancak, dosyada bulunan bir hukuka aykırı delilin çıkarılması CMK m. 289/son hükmüyle engellenmiştir<sup>115</sup>.

Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkartılması görüşünü savunan yazarlar, dosyada bulunan hukuka aykırı delillerin hâkimin vicdani kanaatini etkileyeceğini, her ne kadar hâkimin kararı/gerekçeli kararı kanun yolu muhakemesinde değerlendirilecek olsa da, hâkimin gerçekte hukuka aykırı delilden oluşan vicdani kanaatini başka bir şekilde gerekçelendirebileceği (hataen veya akli sorun nedeniyle bu hususu açıkça yazamayacağı) için, bu konuda kanun yolu denetimi de etkili olmayacaktır<sup>116</sup>.

Kanaatimizce soruşturma evresinde hukuka aykırı delil ikame edilemez ve bu tür deliller soruşturma dosyasında muhafaza edilemez. CMK m.206/1 hükmü, soruşturma evresi bakımından da geçerli görülmelidir<sup>117</sup>.

Hukuka aykırı delillere dayanılarak iddianame düzenlenemeyeceğine göre, bu delillerin soruşturma dosyasından çıkartılması gerekmektedir. Hiç şüphesiz, Cumhuriyet Savcısı'nın hukuka aykırılığı açık olan bir delili muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Kaldı ki, özellikle haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eden ve soruşturma konusu suç ile ilgisi bulunmayan kayıtların soruşturma dosyasından çıkartılması kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından bir yükümlülüktür<sup>118</sup>. Nitekim AİHM, 2006 tarihli Chadimova/Çek Cumhuriyeti Kararı'nda,<sup>119</sup> şüphelinin avukatı ile yapmış olduğu görüşme kayıtlarının yok edil-

<sup>114</sup> Koca, s. 225; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 682; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s.371; Centel/Zafer, s. 686, 703; Bıçak, s. 565, 566.

<sup>115</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 192; Ünver, Ceza Muhakemesinde İspat ve CMK Uygulamamız, s. 160 vd; Birtek, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, s. 338. Yazar, iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ve soruşturma konusu suç ile ilgisi bulunmayan kayıtların soruşturma dosyasından çıkartılması hususundaki tereddütlerin giderilebilmesi için, CMK'da açık bir hükme ihtiyaç bulunduğunu ve hatta ilgisine bu yönde bir talep yetkisi verilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Özel hayatı ilgilendiren kayıtların iddianameden çıkarılması gerektiği ve tutanak tutularak derhal imhası gerektiği yönündeki görüş için bkz. Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010, s. 116. Kühne'ye göre de, "ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayan bilgileri içeren bantların ve bunların içeriklerine ait tutanakların "derhal" imha edilmesi gerekmektedir. Açıklama için bkz. Kühne, Hans Heiner, Strafrecht, 6. Auflage, Heidelberg, 2003, Rn. 527.

<sup>116</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 193; Bıçak, s. 566.

<sup>117</sup> Gökcan, s. 200.

<sup>118</sup> Aynı yönde bkz. Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 357, 358.

<sup>119</sup> Söz konusu kararda AİHM, başvuruçunun avukatı ile yapmış olduğu görüşmelere ilişkin kayıtların yok edilmemesini Sözleşme'nin 8. Maddesinin ihlali olarak görmüştür (par. 145). Karar

mesine ilişkin bir hüküm bulunmayışını dahi, Sözleşme'nin ihlali saymıştır.

Her ne kadar CMK'da, Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma dosyasındaki delilleri ayıklayabileceğine dair doğrudan bir hüküm olduğu savı ileri sürülse dahi, bu konuda bazı "özel" hükümlerin bulunduğu açıktır. CMK m. 135/2 hükmüne göre, "Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir." Bu hükümlerle kanun koyucu, hukuka aykırı bir delilin "derhal" yok edilmesini ya da diğer bir deyişle soruşturma dosyasına hiç konulmamasını açık bir biçimde düzenlemiştir<sup>120</sup>. CMK m. 170/5 hükmünde yer alan, Cumhuriyet Savcısı'nın iddianamenin sonuç kısmında "şüphelinin lehine olan hususları ileri sürme yükümlülüğü" de hukuka aykırı delillerin soruşturma dosyasında muhafaza etmesi gerektiği biçiminde anlaşılabilir. Yukarıda zikrolunduğu üzere, hukuka aykırı delillere dayanılarak düzenlenen iddianamenin iadesi gerektiğinden, hukuka aykırı delillerin, şüphelinin lehine bir husus olarak iddianamede yer alması gerektiğinin ileri sürülmesi<sup>121</sup> de açık bir çelişkidir ibarettir.

Kovuşturma aşaması bakımından ise, CMK m. 206/2,a hükmünün, hukuka aykırı bir delilin dosyaya girmesine engel olduğu açıktır. Dosyada mevcut olan bir hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması bakımından ise, CMK'nın 230/1,b hükmünün bu yönde bir işlemi engellediği görülmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay 7. CD.'nin 20.06. 2005 tarih, E. 2005/13539 ve K. 2005/8098 Sayılı Kararı'nda, "Hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu elde edildiğinden dosyadan çıkarılması gereken yasak delile dayanılarak...sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır" denilmiştir<sup>122</sup>.

Kanaatimizce, kovuşturma aşamasında dosyada bulunan hukuka aykırı bir delil hakim vicdani kanaatine göre hüküm vermesini etkileyebilecektir. Bir delilin hukuka aykırılığı iddia edildiğinde, kovuşturmayı yürüten hakim dışındaki bir mahkeme veya hakim bu iddia hakkında karar vermesi gerekmektedir. Çünkü hüküm veren hakim bir kez hukuka aykırı delilin içeriğine vakıf olduktan sonra, vicdani kanaatinin bu durumdan etkilenmeyeceğini söylemek hayatın olağan akışına ters bir durumdur. Bu nedenle, hukuka aykırılığı iddia olunan delilin dosyadan ayrılması ve delilin hukuka aykırılığına ilişkin iddianın da başka mahkeme/hâkim tarafından değerlendirilmesi yönünde bir kanun hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır.

metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-73377> Erişim Tarihi: 24.07.2013

<sup>120</sup> Benzer hüküm için bkz. CMK m. 140/4.

<sup>121</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s.371. Yazarlar, bir yandan hukuka aykırı delillere dayanan iddianamenin iadesi gerektiğini belirtmekte (s. 373) öte yandan, hukuka aykırı elde edilen delillerin şüphelinin lehine husus olduğunu belirterek, hukuka aykırı delillerin iddianamede gösterilmemesinin iddianamenin iadesi sebebi olduğunu dile getirmektedir (s. 371).

<sup>122</sup> Kararı nakleden, Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 192.



Bu yönde bir hüküm bulunmaksızın, hukuka aykırılığı iddia olunan delilin kovuşturma aşamasında dosyadan ayrılması veya çıkarılması mümkün değildir.

### §.3. CUMHURİYET SAVCISI'NIN “FİİLİ” TAKDİR YETKİSİ

Cumhuriyet Savcısı, soruşturma aşamasında toplanan delilleri serbestçe değerlendirirken ilk aşamada, soruşturma konusu eylemin “bütün unsurları ile tamamlanmış” bir suç oluşturup oluşturmadığını araştırmalıdır. Eğer eylem suç değil ise CMK m. 170/2 hükmünde belirtilen “suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe” den de söz edilemeyecek ve toplanan delillerin yeterli şüphelyi oluşturup oluşturmadığının incelenmesine de gerek kalmaz.

O halde, deliller toplandıktan sonra ilk basamak, isnadın suç oluşturup oluşturmadığının ortaya konulmasıdır. Suç, bütün unsurları itibariyle oluşmamış ise ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığı için Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi gerekmektedir. Hiç şüphesiz Cumhuriyet Savcısı'nın bu yönde bir karar verebilmesi için soruşturma konusu “fiili” değerlendirmesi ve bütün unsurları ile oluşmuş bir suçun/cezalandırılabilir bir fiilin bulunup bulunmadığını takdir etmesi gerekmektedir. Delilin yeterli olup olmadığını takdir yetkisi, fiili takdir yetkisini de içerisinde barındırmaktadır<sup>123</sup>.

Çalışmamızın bu bölümünde, suçun unsurları, hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu kaldıran sebepler ve kişisel cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler yönünden Cumhuriyet Savcısı'nın “fiili takdir yetkisinin” bulunup bulunmadığı ve fiili takdir yetkisinden hareketle kovuşturmaya yer olmadığına karar verip veremeyeceği konuları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

#### I. Suçun Unsurları Yönünden

Yukarıda zikrolunduğu üzere, Cumhuriyet Savcısı'nın dellilerin değerlendirilmesi bakımından mahkemeye nazaran bir kısıtlılık içerisinde bulunduğu söylenebilir. Cumhuriyet Savcısı toplanan delillerden hareketle suçun işlenip işlenmediğini takdir yetkisine sahiptir<sup>124</sup>. Cumhuriyet Savcısı, kovuşturmanın kanuni şartlarının varlığını araştırır iken, fiili takdir eder ve suçun kanuni unsurlarının bulunup bulunmadığı yönünde bir değerlendirme yapar<sup>125</sup>.

Cumhuriyet Savcısı, soruşturma konusu olayda suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak ve bir suç söz konusu değil ise soruşturmayı sonuçlandıracaktır<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Şahin, C.I, s. 120.

<sup>124</sup> Gökcan, s. 198

<sup>125</sup> Gökpınar, s. 208.

<sup>126</sup> Soyaslan, s. 183; Eryılmaz, s. 320; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 213.

Bu noktada Cumhuriyet Savcısı, eylemin suç oluşturup oluşturmadığını takdir ederken, inisiyatif almaktan çekinmemeli, soruşturma konusu eylemin suç hukuku sorumluluğu gerektirdiği kanaatinde ise, iddianame düzenlemelidir, aksi halde iddianame düzenlemekten kaçınmalıdır<sup>127</sup>. Cumhuriyet Savcısı bir eylemin suç olmadığını bile bile kamu davası açamaz, açmamalıdır<sup>128</sup>. Aksi düşünce, Cumhuriyet Savcısı'nın, soruşturma evresinin tek hukukçu kişisi ve soruşturmanın merkezi olması ile bağdaşmaz.

Cumhuriyet Savcısı fiili takdir ederken, toplanan delillerle “suçun her bir unsuruna” ve kovuşturma ve cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yeterli şüpheye ulaşıp ulaşılmadığını ayrı ayrı değerlendirmelidir<sup>129</sup>. Eğer toplanan deliller, suçun bütün unsurlarının oluştuğu ve eylemin kovuşturulabilir/cezalandırılabilir olduğu yönünde yeterli şüpheye ulaştırıyor ise, Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenlemelidir. Cumhuriyet Savcısı'nın bu değerlendirmeyi yapmaksızın, “...*hususun/evrakların bir de mahkemenizce değerlendirilmesi...*” diyerek iddianame düzenlemesi şüphelinin lekelenmeme hakkının ihlali olduğu gibi, mahkemelerin iş yükünü artıran önemli bir nedendir<sup>130</sup>. Cumhuriyet Savcısı, fiili takdir ederek, soruşturma aşamasının “filtre” fonksiyonunu yerine getirmeli ve mahkemeleri gereksiz iş yükü altına sokmamalıdır.

Cumhuriyet Savcısı, toplanan delillerden hareketle, suçun maddi unsurlarının yanında manevi unsurunu ve hukuka aykırılık unsurunu da takdir edebilecektir. Örneğin, karayolunda meydana gelen bir trafik kazasında, maddi deliller ve bilirkişi raporları değerlendirildiğinde failin taksir derecesinde dahi sorumluluğu bulunmuyor ise, Cumhuriyet Savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmelidir. Bu noktada, Yargıtay kararlarının bile kabullenilmediği bir toplumda hazırlık soruşturması sonunda savcının tek başına hukuki değerlendirme, kesin delil değerlendirme yapması tatmin edici olmayacağı yönündeki görüşün<sup>131</sup> kabul edilmesi mümkün değildir. Cumhuriyet Savcısı “kesin delil” değerlendirmesi yapmadığı gibi

<sup>127</sup> Bıçak, s. 345

<sup>128</sup> Aydın, Murat, “Cumhuriyet Savcısının Delileri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti”, [http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=51&Itemid=42](http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42) Erişim Tarihi: 24.07.2013.

<sup>129</sup> Gökcan, s. 198; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 510; Centel/Zafer, s. 440. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, iddianamenin düzenlenebilmesi için “fiil belli olması” gerekmekte ve fiilin belli olması her şeyden önce suçun unsurları bakımından yapılacak bir değerlendirmeyi zorlu kılar. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 487, 488. Öğretide Özen, Cumhuriyet Savcısı'nın suçun maddi unsurlarını takdir yetkisi bulunduğunu ve fakat manevi unsur yönünden takdir yetkisinin kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Görüş için bkz. Özen, s. 21

<sup>130</sup> Öğretide bu yaklaşımın gereksiz yere kamu davası açılması nedeniyle mahkemeleri meşgul ettiği ve nihayet yüksek beraat kararı verilmesine sebep olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Gültekin, s. 128.

<sup>131</sup> Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.I, Ankara 1998, s. 588.

Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara karşı da itiraz yolunun açık olduğu da dikkatten kaçırılmamalıdır.

Nitekim Yargıtay 9. CD. 18.03.2009 tarih, E. 2008/21903 ve K. 2009/2152 Sayılı Kararında: “*Taksirle iki kişinin ölümüne neden olmak suçundan şüpheli hakkında; kusursuzluk hallerinin Türk Ceza Kanunu’nda sayılan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında sayılmadığı belirtilerek verilmiş olan kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kanun yararına bozulması talep edilmektedir. Somut olayda şüphelinin yola giren yayaya çarpmamak için aracıyla sola doğru kaçması sonucu meydana gelen olayda şüphelinin kusurunun bulunmadığına ilişkin olarak düzenlenmiş ve oluşa uygun olan tutanak ve raporlar sonucu kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememiş olması nedeniyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar hukuka uygundur.*” denilmek suretiyle, soruşturma aşamasında suçun manevi unsurunun da Cumhuriyet Savcısı’nın “fiili” takdir yetkisi kapsamında olduğuna işaret edilmiştir.

Yargıtay’ın, Cumhuriyet Savcısı’nın eylemi takdir ve değerlendirme yetkisinin bulunmadığını,<sup>132</sup> Cumhuriyet Savcısı’nın delil takdiri yapmaması gerektiğini<sup>133</sup> ifade eden kararlarına katılabilmek mümkün değildir. Yine uygulamada, Cumhuriyet Savcısı’nın fiili takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığına karar verdiği durumlarda adalet müfettişlerinin ve kovuşturma davasına (kovuşturmayaya yer olmadığına itiraz) bakan ağır ceza mahkemelerinin, Cumhuriyet Savcısı’nın hiçbir değerlendirme yapmaksızın iddianame düzenlemesi gerektiği yönünde kanaat belirttiği görülmektedir<sup>134</sup>. Oysa CMK, Cumhuriyet Savcısı’nın fiili takdir yetkisini kabul etmiş ve Cumhuriyet Savcısı’nın fiil hakkındaki hukuki nitelendirmesi ile mahkemenin hukuki nitelendirmesindeki farklılık sebebiyle iddianamenin iade edilemeyeceğini de açıkça hükme bağlamıştır (CMK m. 174/2).

Ayrıca, CMK kapsamında gerek koruma tedbirlerine başvurulması (soruşturma konusu eylemin katalog suçlardan olup olmadığı) ve gerekse kamu davası açmada takdir yetkisinin kullanılması (cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığının tespiti) konusunda Cumhuriyet Savcısı’na takdir yetkisi verdiği ve hatta CMK m. 171/1 uyarınca, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kamu davasının açılmaması yönünde takdir yetkisinin kullanılması sonrasında, Cumhuriyet Savcısı’nın bu kararına karşı da herhangi bir itiraz yolu da öngörülmemiştir. Kanun koyucu, bütün bu durumlarda soruşturmanın tek hukukçusu ve odağı olan Cumhuriyet Savcısı’nın fiili takdir yetkisine güvenmiştir<sup>135</sup>. Nitekim Yargıtay

<sup>132</sup> Yargıtay 4. CD. 13.03.2007 tarih, E. 2007/1403 ve K. 2007/2438

<sup>133</sup> Yargıtay CGK, 04.12.2007 tarih, E. 2007/2-247 ve K. 2007/257 Sayılı Kararı.

<sup>134</sup> Gülşen, Recep, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007, s. 108.

<sup>135</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 501.

Ceza Genel Kurulu'nun 28.4.2009 tarih, E. 2009/6-35 ve K. 2009/103 sayılı kararında da, kanun koyucunun Cumhuriyet Savcısı'na duyduğu güven belirtilerek “*Soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması halinde bile kamu davasının açılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya takipsizlik gibi soruşturma evresinin sonunda verilecek kararlar yine Cumhuriyet savcısı tarafından verilebileceği*” ifade olunmuştur.

Bu açıklamalardan da görüleceği üzere, Cumhuriyet Savcısı'nın suçun unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisinin kullanılması aynı zamanda gerekli ve zorunludur. Ancak belirtmek gerekir ki, Cumhuriyet Savcısı'nın suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle vereceği kovuşturmayaya yer olmadığı yönündeki kararı CMK m. 173/1 kapsamında itiraz yoluna konu edilebilir.

## II. Hukuka Uygunluk Sebepleri Yönünden

Hukuka aykırılık, fail tarafından işlenen ve kanuni tipe uygun olan fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanması, fiilin mubah sayılmaması<sup>136</sup> ve bir bütün olarak kabul edilen hukuk düzeni ile çatışma halinde olmasıdır<sup>137</sup>. Fiil, hukuk düzeni içerisinde herhangi bir hukuk kuralına uygun olarak yapılmış ise Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılamaz<sup>138</sup>. Bu tür bir fiil, ilk doğduğu andan itibaren hukuka uygun kabul edilir<sup>139</sup>. Hukuka aykırılık, tipikliğin maddi bir unsuru değil, suçun genel ve maddi unsurlardan ayrı ve bağımsız bir unsurudur<sup>140</sup>.

Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturamama kararı verip veremeyeceği öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, aleni yargılamanın sağlayacağı yararlar ve kanun yoluna gitme imkânı var olduğundan hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiği hallerde dâhi, Cumhuriyet ve hukuka uygunluk sebeplerinin bağımsız ve tarafsız mahkemece değerlendirilmesi gerektiğinden bu hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davası açılmalıdır<sup>141</sup>.

Karşı görüşe göre ise, araştırılan eylemin suç teşkil etmediğinin anlaşıldığı durumlarda, kimseye suç teşkil etmeyen bir eylem nedeniyle ceza verilemeyeceği için,

<sup>136</sup> Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 144.

<sup>137</sup> Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul 2008, s. 281; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 254; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011, 255.

<sup>138</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 279.

<sup>139</sup> Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2009, s. 397.

<sup>140</sup> Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 84.

<sup>141</sup> Malkoç/Güler, C. I, s. 588; Özen, s. 27.

suç teşkil etmeyen bir eylem için iddianame düzenlenemeyecektir<sup>142</sup>. Cumhuriyet Savcısı'nın işlenmediğine kanaat getirdiği bir suç sebebiyle, iddianame düzenleyerek ceza talep etmesi gerektiğini söylemek, izahı mümkün olmayan bir çelişkidir<sup>143</sup>.

Soruşturma konusu fiilin hukuka uygun olduğunun anlaşılması halinde (örneğin meşru müdafaa veya ilgilinin rızası) Cumhuriyet Savcısı'nın takipsizlik kararı veremeyeceğini ileri sürmek, hukuk mantığına, kişi özgürlüğüne ve masumiyet karnesine açıkça aykırıdır<sup>144</sup>.

Hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, kovuşturamama kararı verilmesi gerektiği görüşünü benimseyen yazarlar arasında ise, kovuşturamama kararının dayandığı gerekçe yönünden görüş farklılıkları vardır. Bir görüşe göre, CMK m. 172/1 hükmünde yer alan “*kovuşturma olanağının bulunmaması*” ifadesini muhakeme şartları ile sınırlı olarak kabul edildiğini ve hukuku uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi halinde “*kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi*” gerekçesiyle kovuşturamama kararının verilmesi gerekir. Bu görüşe göre, suç yoksa yeterli şüphe de yoktur<sup>145</sup>. Hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiği hususundaki takdir/değerlendirme, yeterli şüphenin varlığına engeldir<sup>146</sup>. Karşı görüşe göre ise, hukuka uygunluk sebebi içerisinde gerçekleşen bir eylem suç olarak nitelendirilemeyeceği için, bu eylem bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Bu nedenle, kanunda yer alan kovuşturma olanağının bulunmaması hukuka uygunluk sebeplerini de içine alacak bir biçimde anlaşılmalıdır<sup>147</sup>. Hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleştiği durumlarda delil yokluğu değil bilakis, yeterli ve hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiğini ortaya koyan deliller vardır. Bu nedenle, hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleştiği durumlarda kovuşturamama kararı, “*davanın açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi*” gerekçesine değil, “*kovuşturma olanağının bulunmaması*” gerekçesine dayandırılmalıdır<sup>148</sup>.

Kanaatimizce, yürütülen bir soruşturma kapsamında Cumhuriyet Savcısı, bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu keskin kanaat getirmiş ise, suçun “hukuka aykırılık unsuru” eksik olacağından, işlenmiş/bütün unsurları ile tamamlanmış bir suçtan söz etmek de mümkün olmayacaktır. Bu gerekçeden hareketle, Cumhuriyet

<sup>142</sup> Hakeri/Ünver, 1. Cilt, s. 28, 29; Centel/Zafer, s. 112, 440, 448; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 399.

<sup>143</sup> Şahin, C. I, s. 120

<sup>144</sup> İnci Uslu, Z. Özen, “Cumhuriyet Savcısı, Meşru Savunma Koşullarının Mevcut Olduğu Gerekçesiyle Kovuşturmaya Yer Olmadığına Karar Verebilir Mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 7, S. 71, Temmuz 2012, s. 61

<sup>145</sup> Şahin, C. I, s. 120; İnci Uslu, s. 61.

<sup>146</sup> Taner, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 5, S. 12, Nisan 2010, s. 249.

<sup>147</sup> Hakeri/ Ünver, 2. Cilt, s. 29

<sup>148</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 29

Savcısı, somut olayda suçun bir hukuka uygunluk sebebi içerisinde gerçekleştiği hususunda kanaate ulaşmış ise, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir<sup>149</sup>. Hiç şüphesiz bu durum gerek adil yargılanma hakkını ve gerekse kamunun yararına daha uygundur. Kovuşturmama kararına karşı itiraz yolu da öngörüldüğünden, keyfi ya da eksik soruşturmanın sonucu olarak kovuşturmama kararı verilmesinin önünde de yasal bir güvence bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Cumhuriyet Savcısı bu yönde tam bir kanaate ulaşamamış ise; kanaati “belirsiz” veya “şüpheli” ise şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma aşamasında uygulanma kabiliyetinin olmadığı da dikkate alınarak, toplanan ve değerlendirilen deliller sebebiyle “yeterli şüphenin” olduğu kabul edilir ve bu halde Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenlemek zorundadır.

Cumhuriyet Savcısı'nın, hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiğine kanaat getirmesi halinde biz, ortada hukuka aykırılık unsuru eksik olan ve bu yönüyle işlendiği iddia olunamayan (bütün unsurları tamamlanmayan) eylem sebebiyle, CMK m. 170/2 hükmünde yer alan “suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin” oluşmadığını, suçun oluşmadığı yerde suçun işlendiği hususunda şüpheden de söz edilemeyeceğini ve bu sebeple de, CMK m. 170/2 ve 172/1 hükümlerinin birbirlerini tamamlayıcı niteliği dikkate alınarak, kovuşturmama kararının gerçekçesinin “kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi” olması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>150</sup>.

### III. Şahsi Cezasızlık Sebepleri Ve Cezayı Kaldıran Etkin Pişmanlık Yönünden

Kural olarak kovuşturma mecburiyeti prensibini benimseyen CMK, istisnai bir düzenlemeyle maslahata uygunluk (takdirlilik) ilkesine de yer vermiştir<sup>151</sup>. CMK

<sup>149</sup> Öztürk, s. 139; Centel/Zafer, s. 113.

<sup>150</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, söz konusu hüküm, ceza sorumsuzluğu hallerini, davayı düşüren sorumsuzluk hallerini, muhakeme şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı halleri kapsamaktadır. Açıklama için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1174, 1175. Kanaatimizce, CMK m. 172/1 hükmünde yer alan “kovuşturma olanağının bulunmaması” dava ve yargılama şartlarına ilişkindir. Öğretide Hakeri/Ünver'in, hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleştiği durumlarda “delilin” bulunduğu ve bu sebeple de, söz konusu durumlarda “kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi” gerekçesine dayanmanın mümkün olmadığı yönündeki görüşüne iştirak etmemekteyiz. Kanaatimizce, CMK m. 171/2 ve 172/1 hükümleri birlikte ve birbirini tamamlayan hükümler olarak değerlendirildiğinde kanun koyucunun, iddianame düzenlenmesi (kamu davasının açılması) için herhangi bir “delili” veya “şüpheli” değil; “suçun işlendiğini gösteren delilin veya suçun işlendiği hususundaki yeterli şüphenin varlığını” aradığı görülmektedir. Şu halde, ortada işlenmiş bir suç olmadan, soruşturma konusu eylem suç olarak nitelendirilemeyeceği için bu eyleme ilişkin “bulgular” da yeterli şüphe veya yeterli delil olarak kabul edilemeyecektir.

<sup>151</sup> Takdirlilik sistemi iki halde uygulanmaktadır. Birincisi, cezayı kaldırın şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, ikincisi ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi. CMK m. 171/2 hükmünde yer alan,

m. 171/1 hükmüne göre, “*Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.*”

Cumhuriyet Savcısı soruşturma konusu fiili değerlendirerek, cezayı kaldıran etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığına kanaat getirir ise, iddianame düzenleyip düzenlememek konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca, Cumhuriyet Savcısı'nın bu konuda kullanacağı takdir yetkisine karşı herhangi bir kanun yolu da öngörülmemiştir. Hiç şüphesiz bu hüküm, kanun koyucunun Cumhuriyet Savcısı'nın fiili ve delilleri (ve bütünüyle olayı) takdir yetkisine ve Cumhuriyet Savcısı'nın hukukçu kimliğine duyduğu güvenin göstergesidir. Kanun koyucu, soruşturmanın tek hukukçusu olan ve odağında yer alan Cumhuriyet Savcısı'na güvenmiştir<sup>152</sup>.

Cumhuriyet Savcısı öncelikle fiili, suçun unsurları yönünden değerlendirecek ve tipiklik anlamında hangi kanun maddesi kapsamında olduğuna karar verdikten sonra<sup>153</sup>, bu belirlemesi doğrultusunda cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanıp uygulanmayacağını takdir edecektir<sup>154, 155</sup>. Cumhuriyet Savcısı'nın fiili takdir yetkisi bulunmaksızın

---

“*yeterli şüphenin varlığına rağmen*” ifadesi ve 171/3 hükmünde yer alan “*Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi*” ve “*Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması*” ifadeleri Cumhuriyet Savcısı'na kamu davasının açılmasının ertelenmesi (ya da diğer bir deyişle iddianame düzenlememek) bakımından açık bir takdir yetkisi verildiğini göstermektedir.

<sup>152</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 501. Bu karar bakımından sadece Cumhuriyet Başsavcısı'nın 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 17 vd. hükümlerinden kaynaklanan idari denetim yetkisinin bulunduğu da dile getirilmektedir. Ancak biz, Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturamama kararı vermesinden sonra, bu kararın bir idari işlem olmayıp adli bir işlem (yargılama işlemi) olması sebebiyle söz konusu idari denetimin uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Her ne kadar, Cumhuriyet Başsavcısı ile Cumhuriyet Savcıları arasındaki ilişkin hiyerarşi ilişkisi olsa da, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen ve açıklanan bir kararın adli bir karar olması sebebiyle idare hukukuna ilişkin hiyerarşi yetkisinin bu karar üzerinde kullanılamayacağını düşünmekteyiz. Aynı yönde bkz. Gökcan, s. 199

<sup>153</sup> Etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilmesi için fiilin hukuki nitelemesinin Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılması gerektiği hakkında bkz. Centel/Zafer, s. 114.

<sup>154</sup> Feyzioğlu'na göre bu hallerde, tersine bir bağlı yetki söz konusu olduğundan Cumhuriyet Savcısı kamu davası açamaz. Açıklama için bkz. Feyzioğlu, İddianamenin Hazırlanması ve Kabulü, s. 34. Özen ise, CMK m. 223/4 hükmünden hareketle, bu durumlarda Cumhuriyet Savcısı'nın takdir yetkisini “dava açmama” yönünde kullanmalıdır. Özen, s. 27

<sup>155</sup> Cumhuriyet Savcısı CMK m. 171/2 hükmünü uygularken de, öncelikle fiili kanunda yer alan suç tipleri yönünden takdir edecek ve suç tipinin CMK M. 171/2 kapsamında kaldığını belirledikten sonra, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilecektir. Fiilin takdiri ve suç tipi bakımından değerlendirilmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesinin de ön şartı niteliğindedir.

bu türden bir değerlendirmede bulunması veya kamu davası açmada takdir yetkisini kullanabilmesi mümkün değildir. Fiilin tavsifi, CMK m. 171/1 hükmünün uygulanmasının ilk basamağıdır.

CMK m. 171 hükmünün uygulanması bakımından kanun koyucu sadece, cezayı kaldıran etkin pişmanlık (TCK m. 93, 192/1-2, 254 vs.) ve şahsi cezasızlık sebeplerine (TCK m. 167 vs.) yer vermiştir. Bu nedenle, cezayı azaltan etkin pişmanlık (TCK m. 110, 168, 248 vs.) ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin (TCK m. 22/6) varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı'nın kamu davası açmada takdir yetkisi yoktur. Yine, bir hususun hem cezayı kaldıran hem de cezayı azaltan bir sebep olarak düzenlendiği hallerde (TCK m. 145) de Cumhuriyet Savcısı'nın kamu davası açmada takdir yetkisi yoktur<sup>156</sup>.

Her ne kadar öğretilerde, TCK m. 22/6 bakımından eylemin taksirle gerçekleştiği durumlarda CMK m. 171/1 hükmünün uygulanması gerektiği dile getirilse de,<sup>157</sup> biz TCK m. 22/6 hükmünün şahsi cezasızlık sebebi değil "cezayı kaldıran şahsi sebep" olduğunu<sup>158</sup> ve ancak suçtan sonra ortaya çıkan durumun değerlendirilmesi sonucunda bu hükmün uygulanabileceğini<sup>159</sup> düşündüğümüzden; TCK m. 22/6 bakımından CMK m. 171/1 uyarınca kamu davasının açılmasında Cumhuriyet Savcısı'nın takdir yetkisinin bulunmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız<sup>160</sup>.

#### IV. Kusurluluğu Kaldıran/Azaltan Sebepler Yönünden

CMK m. 171/1 hükmünün, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan sebepler yönünden uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Failin daha az cezalandırılmasını ya da hiç cezalandırılmamasını öngören kusurluluk konusunda karar verme yetkisi mahkemeye aittir. Kusurluluk cezalandırılabilirliğin bir şartı olduğundan,<sup>161</sup> ceza vermeye yetkili makamın (mahkeme veya hâkimin) kusurluluğun kalkıp kalkmadığını ya da azalıp azalmadığını değerlendirmesi gerekmektedir<sup>162</sup>.

<sup>156</sup> Özen, s. 27; Centel/Zafer, s. 451.

<sup>157</sup> Bıçak, s. 346.

<sup>158</sup> Şahsi cezasızlık sebepleri suçun işlendiği anda var olan sebeplerdir. Ancak cezayı kaldıran şahsi sebepler ise, suçun işlenmesi anında bulunmayan, ancak suç işlendikten sonra ortaya çıkan, kişiye hiç ceza verilmemesini veya kişinin daha az ceza almasını sağlayan şahsi sebeplerdir. Her iki sebep de, şahsa bağlı sebeptir. Açıklama için bkz. Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2009 b, 336, 337.

<sup>159</sup> TCK m. 22/6 hükmünde yer alan "artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa" ifadesi, yargılama sırasında mahkeme veya hakim yapacağı değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Aynı yönde bkz.

<sup>160</sup> Hakeri/Ünver, 2. Cilt, s. 24; Özen, s. 21. Ancak Özen, başka bir eserinde, "Kanunda cezasızlık nedeni ve cezada indirim nedeni seçimlik olarak kabul edilen durumlarda (TCK m. 22/6, 92, 147) Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kabul edilmelidir." görüşünü dile getirmiştir. Görüş hakkında bkz. Özen, Mustafa, "Cumhuriyet Savcısı'nın Takdir Yetkisi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHF), Y. 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 65.

<sup>161</sup> Öztürk, Bahri/ Erdem, M. Ruhan, s. 233

<sup>162</sup> Özen, s. 21.



Kanaatimizce, işlenen fiil ile ilgili olarak fail bakımından kusurluluğu kaldıran/azaltan sebebin bulunup bulunmadığı, failin işlediği fiil nedeniyle kınanıp kınanamayacağı yönündeki değerlendirme mahkeme/hâkim tarafından yapılmalıdır. Ayrıca, kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler bakımından güvenlik tedbirlerine hükmetmek de bazı hallerde zorunlu olduğundan (TCK m. 31, 32, 56, 57) ve güvenlik tedbirlerine ancak mahkemece karar verilebileceğinden bu hallerde kamu davasının açılmasında takdir yetkisi kullanılamaz.

Nitekim Yargıtay 9. CD.'nin 13.4.2011 tarih, E. 2009/3444 ve K. 2011/2270 sayılı kararına göre de: *“Akıl hastalığı bir şahsi cezasızlık sebebi olmayıp kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir, bu sebeple Cumhuriyet savcısı C.M.K.nin 171. maddesi hükmüne dayanarak takdir yetkisini kullanıp suçu işlediği tarihte akıl hastası olan fail hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar veremez, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenlemek suretiyle dava açmak zorundadır.”*

## SONUÇ

CMK'ya göre Cumhuriyet Savcısı işin gerçeğini (maddi gerçeği) araştırmak ve maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

Cumhuriyet Savcısı, toplanan delillerin değerlendirilmesi sonucu bir “suçun” oluşmadığı veya cezalandırılabilir olmadığı kanaatine ulaşılır ise, bu aşamadan sonra delillerin yeterli olup olmadığı hususundaki değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Delilin yeterli olup olmadığını takdir yetkisi, fiili takdir yetkisini de içerisinde barındırmaktadır.

Kovuşturma evresine geçilebilmesi için şüphenin, “sani” haline dönüşmesi ve bu dönüşümün “delil, emare veya olgulara” dayanması gerekmektedir. Mevcut deliller toplanmadan, soyut isnatlara dayanan, delillerin olaylarla ve şüpheli ile ilişkilendirilmediği ve sadece delillerin alt alta konularak yazılan bir metin, kanun koyucunun amaçladığı bir “iddianame” niteliğini taşımaz.

Delil toplanmaksızın, deliler şüpheliye isnat edilen fiille (veya şüpheliyle) ilişkilendirilmeksizin hazırlanmış bir iddianame şüphelinin adil yargılanma hakkını (lekelenmeme hakkını) ihlal eder. Adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler soruşturma aşamasında da geçerlidir.

Cumhuriyet Savcısı haksız dava açmamak endişesini taşımalı, mahkeme de, suçun sübutuna etki edecek deliller toplanmadan veya yeterli şüphe ya da yeterli delile ulaşılmadan hazırlanmış bir iddianameyi iade etmelidir. Hâkim veya mahkeme, iddianame sürecinin içerisinde (ara muhakeme evresinde) bütünüyle yer almamalı;

duruşma hazırlığı veya duruşma evresinde ön yargı oluşturacak ve hâkimin kendine karşı tarafsızlığını (içer karşı tarafsızlık) zedeleyecek tarzda delil toplama faaliyetine girişmemelidir

Cumhuriyet Savcısı'nın yeterli şüphenin varlığı konusunda yapacağı değerlendirme kesin bir kanaati veya bir “*belli oluşu*” ifade etmediğinden, delillerin serbestliği (serbest ispat kuralı/delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi) soruşturma aşamasında da geçerlidir.

Ceza muhakemesinde ispatın konusu, mutlak gerçek değil, maddi gerçek konusunda ulaşılan kanaattir. Bu nedenle, şüphe tam bir vicdani kanaatle yenilmeden mahkûmiyet karar verilemez. Maddi gerçek konusunda ulaşılan kanaatin “şüpheli” olması durumunda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi devreye girmektedir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi ispata ilişkin bir kural olup, bu ilke sadece maddi konularda, elde edilmesi mümkün tüm delillerine elde edilerek irad ve ikame edilmesine rağmen durumun kuşkulu kalması halinde sanık lehine uygulanır. Bu nedenle ilke, maddi soruna, ispat eylemine ve ispat kurallarına ve nihayet sanığın isnat edilen suçtan mahkûm edilip edilmemesi konusunda uygulanabilme kabiliyetine sahip olduğundan, kovuşturma evresiyle ilgili bir ilkedir. Bu yönüyle, ilkenin geçerli olduğu evre, kovuşturma evresidir.

Soruşturma evresinde hukuka aykırı deliller ikame edilemez ve bu tür deliller soruşturma dosyasında muhafaza edilemez. CMK m.206/1 hükmü, soruşturma evresi bakımından da geçerlidir. Hukuka aykırı delillere dayanılarak iddianame düzenlenemeyeceğine göre, bu delillerin soruşturma dosyasından da çıkartılması gerekmektedir.

Kovuşturma aşamasında ise, hukuka aykırı bir delilin toplanması/ ortaya konulması talep edilemez. Dosyada mevcut olan bir hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması bakımından da, CMK'nın 230/1,b hükmünün delilin dosyadan çıkarılmasına engel olduğu açıktır.

Kovuşturma aşamasında dosyada bulunan hukuka aykırı bir delil hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesini etkileyebilecektir. Bir delilin hukuka aykırılığı iddia edildiğinde, kovuşturmayı yürüten hâkim dışındaki bir mahkeme veya hâkimin bu iddia hakkında karar vermesi gerekmektedir.

Hükmü veren hâkimin bir kez hukuka aykırı delilin içeriğine vakıf olduktan sonra, vicdani kanaatinin bu durumdan etkilenmeyeceğini söylemek hayatın olağan akışına ters bir durumdur. Bu nedenle, hukuka aykırılığı iddia olunan delilin dosyadan ayrılması ve delilin hukuka aykırılığına ilişkin iddianın da başka mahkeme/ hâkim tarafından değerlendirilmesi yönünde bir kanun hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yönde bir hüküm bulunmaksızın, hukuka aykırılığı iddia olunan delilin kovuşturma aşamasında dosyadan ayrılması veya çıkarılması mümkün değildir.

Cumhuriyet Savcısı, isnat olunan fiil bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu kesin kanaat getirmiş ise, suçun “hukuka aykırılık unsuru” eksik olduğundan, işlenmiş/bütün unsurları ile tamamlanmış bir suçtan söz etmek de mümkün olmayacak ve kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi gerekecektir.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tarafından, hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde tam bir kanaate ulaşamamış ise kanaat belirsiz veya şüpheli ise şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma aşamasında uygulanma kabiliyetinin olmadığı da dikkate alınarak, artık “yeterli şüphenin” olduğu kabul edilir ve Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenlemek zorundadır,

İşlenen fiil ile ilgili olarak fail bakımından kusurluluğu kaldıran/azaltan sebebin bulunup bulunmadığı, failin işlediği fiil nedeniyle kınanıp kınanamayacağı yönündeki değerlendirme mahkeme/hâkim tarafından yapılmalıdır. Ayrıca, kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler bakımından güvenlik tedbirlerine hükmetmek de bazı hallerde zorunlu olduğundan (TCK m. 31, 32, 56, 57) ve güvenlik tedbirlerine ancak mahkemece karar verilebileceğinden bu hallerde kamu davasının açılmasında takdir yetkisi kullanılamayacaktır.

CMK m. 171 hükmünün uygulanması bakımından kanun koyucu sadece, cezayı kaldıran etkin pişmanlık (TCK m. 93, 192/1-2, 254 vs.) ve şahsi cezasızlık sebeplerine (TCK m. 167) yer vermiştir. Bu nedenle, cezayı azaltan etkin pişmanlık (TCK m. 110, 168, 248 vs.) ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin (TCK m. 22/6) varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı'nın kamu davası açmada takdir yetkisi yoktur. Yine, bir hususun hem cezayı kaldıran hem de cezayı azaltan bir sebep olarak düzenlendiği hallerde (TCK m. 145) de Cumhuriyet Savcısı'nın kamu davası açmada takdir yetkisi yoktur.

TCK m. 22/6 hükmünün cezayı kaldıran şahsi sebep olması ve ancak suçtan sonra ortaya çıkan durumun değerlendirilmesi sonucunda bu hükmün uygulama kabiliyeti bulunduğundan, TCK m. 22/6 bakımından CMK m. 171/1 uyarınca kamu davasının açılmasında Cumhuriyet Savcısı'nın takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Kusurluluk cezalandırılabilirliğin bir şartı olduğundan, ceza vermeye yetkili makamın (mahkeme veya hâkimin) kusurluluğun kalkıp kalkmadığını ya da azalıp azalmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Ayrıca kusurluluğun kalktığı ya da azaldığı durumlarda güvenlik tedbirine de hükmedilmesi gerektiğinden bu haller bakımından da CMK m. 171/1 hükmü uygulanamaz.

**KAYNAKÇA**

- Altundere**, Nazan, “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)”, Suç ve Ceza, TCHD Yayını, S. 2, Y. 2008, (164-183)
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2009
- Aydın**, Murat, “Cumhuriyet Savcısının Delileri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti”, [http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=51&Itemid=42](http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42) Erişim Tarihi: 24.07.2013.
- Bıçak**, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011
- Birtek**, Fatih, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin Savunma Hakkı Ve Müdafii Yardımından Faydalanması”, Niğde Barosu Dergisi, Y. 1, S. 1, (27-37)
- Birtek**, Fatih, Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Yıl. 2009, C. 58, S. 2, (231-279)
- Birtek**, Fatih, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Ankara 2013
- Cengiz**, Serkan/ **Demirağ**, Fahrettin/ **Ergül**, Teoman/ **McBride**, Jeremy/ **Tezcan**, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul 2012
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul 2008
- Demirbaş**, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Ankara 2013
- Dönmezer**, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003
- Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 427, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1978
- Erem**, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986
- Eryılmaz**, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2013
- Fezyioğlu**, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, Y. 1999, S. 48, C. 1-4, (135-163)
- Fezyioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002
- Fezyioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002
- Fezyioğlu**, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 1, S. 1, Ekim 2006, (31-36)
- Gedik**, Doğan, “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, Y. 2004 (Temmuz), S. 3

- Gökcan**, Hasan Tahsin, Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, Haziran 1997
- Gökcan**, Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1
- Gökpinar**, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 5, S. 12, Nisan 2010, (203-218)
- Gözübüyük**, A. Şeref/ **Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2011
- Gülşen**, Recep, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007
- Gültekin**, Özkan, Öğretimde Ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Ankara 2011
- Hafizoğulları**, Zeki, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi” Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 2, S. 10, Temmuz-Ağustos 1996,
- Hakeri**, Hakan/ **Ünver**, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 7. Baskı, Ankara 2013
- Hakeri**, Hakan/ **Ünver**, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara 2013
- İnci Uslu**, Z. Özen, “Cumhuriyet Savcısı, Meşru Savunma Koşullarının Mevcut Olduğu Gerekçesiyle Kovuşturmaya Yer Olmadığına Karar Verebilir Mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 7, S. 71, Temmuz 2012, (58-62)
- İpekçioğlu**, Pervin Aksoy, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi Ve Delil Değeri”, AÜHFD, Y. 2008, S. 57, C. 3, (51-82)
- Kanbur**, M. Nihat, “Yeni Anayasa Reformu Çerçevesinde Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 6, S. 17, Aralık 2011, (21-60)
- Karakurt**, Ahu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, Y. 2009
- Kaymaz**, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009
- Keyman**, Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Yayın No: 266, Ankara 1970
- Koca**, Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S. 2, Aralık 2006, (207-225)
- Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2009

- Kunter**, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989
- Kunter**, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949
- Kunter**, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010
- Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara 2004
- Kühne**, Hans Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg, 2003
- Malkoç**, İsmail/**Güler**, Mahmut, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.I, Ankara 1998
- Memiş**, Pınar, “*Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In Dubio Pro Reo*”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu & TCHD Yayını, İstanbul 2007, (488-496)
- Özar**, Süleyman, “İddianamenin İadesi, Tespitler, Sorunlar ve Öneriler” Adalet Dergisi, Y. 98, S. 28, Mayıs 2007
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012
- Özen**, Mustafa, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısı'nın Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, (17-28)
- Özen**, Mustafa, “Cumhuriyet Savcısı'nın Takdir Yetkisi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), Y. 2009, C. XIII, S. 3-4, (41-68)
- Özen**, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, (17-27)
- Öztürk**, Bahri/ **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, M. Ruhan/**Sırma**, Özge/**Saygılar**, Yasmine F./**Alan**, Esra, Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010
- Öztürk**, Bahri, 1999 CMUK Tasarısında Şüpheli ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı, İrfan BAŞTUĞ Armağanı, Ankara 2001 (67-81)
- Öztürk**, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991
- Sonay Evik**, Vesile, İddianamenin İadesi, Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, Ankara 2008
- Şahin**, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2012

- Şahin**, Cumhuri/ **Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ankara 2013
- Taner**, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y. 5, S. 12, Nisan 2010, (219-253)
- Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, M. Ruhan/ **Sancakdar**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002
- Toroslu**, Nevzat/ **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 279.
- Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul, 1984
- Tozman**, Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4 (2007), (315-353)
- Ünver**, Yener, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 32, Ağustos 2005, (2885-2913)
- Ünver**, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Y.1, S.2, Aralık 2006, (103-205)
- Yazıcıoğlu**, R. Yılmaz, “5271 Sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 32, Ağustos 2005, (2915-2921)
- Yenisey**, Feridun, Kamu Davasının Açılması Ve İddianamenin İadesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. Yılı, TCHD, İstanbul 2009
- Yenisey**, Feridun/**Schroeder**, Friedrich- Christian, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), İstanbul 1997
- Yenidünya**, A. Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurlarına İadesi” e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 60, Şubat 2007
- Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1987
- Yurtcan**, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul 2006
- Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007
- Yücel**, Mustafa Tören, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adeletinin –De Facto Görünümü Ve Sosyolojik Çıkmazlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), S. 57, Y. 2005, (29-61)
- Zafer**, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2011

## UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE LLEWELLYN'İN GÖZÜNDEN BAKMAK: HUKUK UĞRAŞLARI KURAMI

*(Looking at Dispute Resolution with the Eye of Llewellyn:  
Law Jobs Theory)*

Şule ŞAHİN CEYLAN\*

### ÖZET

Alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) modern devletin yargı faaliyeti ile şiddet ya da kaçınma gibi geleneksel yöntemlerin dışında kalan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına işaret eden genel bir kavramdır. AUÇ 1960ların Amerika'sında, yargıçların aşırıya kaçan yüklerini hafifletmek ve dava sayısını azaltmak için devlet tarafından oluşturulan bir dizi kolaylaştırıcı yöntemdir. Bir vakit sonra diğer ülkelere ve dahi Türkiye'ye de yayılmıştır. İlgili yöntemler yargı sisteminin sorunlarına yönelen pratik çareler oldukları için, tutarlı bir kuramsal temelden yoksundur. Bu makaleye göre, Karl Nickerson Llewellyn tarafından ortaya atılan "hukuk uğraşları kuramı" bu sorunu aşmak için yeterli bir çözüm sunabilir. Takip eden sayfalarda hukuk uğraşları kuramının temel nitelikleri, özellikle önemli bir hukuk uğraşı olarak sorunların giderilmesi, incelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Arabuluculuk, Alternatif uyuşmazlık çözümü, Toplumsal işlev, İşlevselcilik, Uyuşmazlık, Hukuk uğraşları.

### *Abstract*

Alternative dispute resolution (ADR) is a general concept which addresses to the dispute resolution mechanisms apart from the modern state's judiciary function or traditional methods like violence or avoidance. ADR was constituted by state as a group of facilitative devices for to relieve the overwhelming burden of judges and to decrease the number of cases in 1960s America. After a while it has spread to the other countries and so to Turkey. Since the alternative methods are practical remedies for the problems of judicial system, they are deprived of a consistent theoretical foundation. According to this paper, "the law jobs theory" asserted by Karl Nickerson Llewellyn can offer a sufficient solution for overcoming this problem. The main features of law jobs theory, especially disposition of trouble cases as a substantial law job, will be examined in following pages.

**Keywords:** Mediation, Alternative dispute resolution, Social function, Functionalism, Dispute, Law jobs.

\* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, suleshn@gmail.com



## Giriş

Uyuşmazlıkların devletin yargı mekanizması dışındaki kurum ve yöntemler aracılığıyla çözülmesinin en sık rastlanan örneği olan arabuluculuk, 22. 06. 2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunuyla iç hukukumuza resmen girmiş bulunmaktadır. Arabulucu, kişileri kendi rızalarıyla uzlaştıran, süreç boyunca nesnel ve yol gösterici bir tutum sergileyen üçüncü kişidir. Tarafları ortak bir noktada buluşturup çözüme teşvik etmekte; ancak yargıç ya da hakem gibi zorlayıcı bir güçten yararlanmamakta ve bağlayıcı ya da değil, herhangi bir karar vermemektedir. Dolayısıyla bir yöntem olarak arabuluculuk, betimlenen özellikleri taşıyan üçüncü kişinin yönlendirdiği, kolaylaştırıcı ve ılımlı bir süreç olarak nitelenebilir.

Aslında arabuluculuk uyuşmazlıkların devletin yargı mekanizması dışında çözülmesine olanak tanıyan bir dizi yöntemden yalnızca bir tanesidir. Hep birlikte<sup>1</sup> 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' üst başlığıyla anılan bu yöntemlerden bazıları mahkemelerin yargılama faaliyetine benzerken, diğerleri tamamen özgün nitelikler sergilemekte; bazıları taraflar ve üçüncü kişiyle, diğerleri bunlara ek olarak katılımcılarla yürütülmektedir. Yine de hepsi, resmi medeni veya ceza usul sisteminin içinde yer almayan, devletin şiddet tekelinden yararlanmayan ve bunu harekete geçirmeyen; çatışma yerine uzlaşmayı, resmiyet yerine gayri resmiyeti, hukuk yerine hukuk olmayana teşvik eden yöntemlerdir. Resmi yargılamadan ayırt edilmelerini sağlayan bu özellikler, toplum içinde kendiliğinden ortaya çıkan geleneksel çözüm yöntemleriyle paylaştıkları ortaklıkları da göstermektedir. Devletçe yürütülen yargılama faaliyetinin aksine, alternatif uyuşmazlık çözümü ve geleneksel yöntemler, modern devlet hukukunun dışında varlığını sürdüren, resmiyet ve bürokrasinin yerini gayri resmiyetin aldığı mekanizmalardır. Geleneksel yöntemler her toplumda kendiliğinden oluşur, kabul görür ve hatta bazen devlet hukukuna rağmen uygulanırken, alternatif uyuşmazlık çözümü bunların devlet tarafından tanınıp kurumsallaştırılmasıyla sonradan oluşturulur. Dolayısıyla, alternatif uyuşmazlık çözümünün hem devlet yargılamasının hem de geleneksel yöntemlerin alternatifi olduğunu, planlı ve bilinçli bir süreçte devletin izni ve gözetimi altında ortaya çıktığını söylemek mümkündür<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Diğer yöntemler için bkz. Şule Şahin Ceylan, **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, 2009, Oniki Levha Yayıncılık, s. 296-313.

<sup>2</sup> Alternatif uyuşmazlık çözümünün tarihçesi, taraftarlarınca M. Ö 1800'e Mari Krallığı'nın (bugünkü Suriye) diğer krallıklarla olan uyuşmazlıklarını arabuluculuk ve tahkimle çözmesine kadar geriye yürütülse de, bunu iyimser bir varsayım olarak kabul edip, geleneksel yöntemler hanesine eklemekte yarar görmekteyim. Kuşkusuz uyuşmazlıklar, farklı toplumlarda ve tarih boyunca çeşitli yöntemlerle çözülmüştür. Ancak devletin sivil topluma doğru yayılmasının bir nişanesi olarak alternatif uyuşmazlık çözümünden, ilk kez 1968'de Amerika'da Ford Kuruluşu'nun Uyuşmazlık Sonlandırma Ulusal Merkezi ve Arabuluculuk ve Çatışma Çözüm Ulusal Merkezi'ni kurmasıyla medeni haklar, yerleşke ve toplum uyuşmazlıklarında yararlanılmıştır. Bkz. Jerome T. Barrett, **A History of Alternative Dispute Resolution**, Published in Affiliation with The Association for Conflict Resolution, www. adr. gov (1. 12.2012).

Amerika'da ilk kez kullanılmasından yaklaşık 20 yıl kadar sonra, yani 1980'lerin başından itibaren arabuluculuk ve diğer alternatif yöntemler, hem taraftar hem de eleştirilen kitlesini oluşturarak hızla yayılmıştır<sup>3</sup>. Kimilerince çare kimilerince tehlike olarak algılanan alternatif uyuşmazlık çözümü, bütünsel bir harekettir. Alternatif yöntemlerden herhangi birine resmi hukuk sistemi içinden veya hukuku kıstas olarak yöneltilen eleştiriler, diğerlerine de kolaylıkla uyarlanabilmektedir. Yine de sıklıkla yöntemlerin tümü arabuluculuk özelinde eleştirilmekte; üçüncü kişinin katılımı, sonucun tarafların kontrolünde olması, geleneksel kökenleri ve kolaylaştırıcı yapısı<sup>4</sup> onu Weberci anlamda bir ideal tipe dönüştürmektedir<sup>5</sup>.

İster arabuluculuk ve diğer alternatif yöntemlerin uygulanmasını desteklesin, ister karşı çıksın, bu konudaki literatürün ağırlıklı kısmını, kuramsal çalışmalar yerine Amerikan hukuk sisteminin sorunlarına yönelen pragmatik ve doğaçlama tepkiler oluşturmaktadır. Zira alternatif uyuşmazlık çözümü, resmi yargı sistemi ni hedef alan eleştiriler ile hukuk ve adalet reformlarının etkisiyle ortaya çıkmış, literatürü de kendisi gibi ivedilikle oluşup yaygınlaşmıştır. Öte yandan Amerikan hukuk düşüncesinin içine kapalı yapısı ve genel olarak 'ana akım' Anglo-Amerikan hukuk felsefesinden kopuk oluşu da kuramsal temel eksikliğine neden olmaktadır<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Eric K. Yamamoto, "ADR: Where Have the Critics Gone Essay", 36 *Santa Clara L. Rev.* (1996), ss. 1055-1067. Cahill bir genelleme yaparak, alternatif uyuşmazlık çözümünü çoğunlukla uygulamadaki hukukçuların desteklediğini ve akademisyenlerin karşı çıktığını belirtir. Destekçilerine göre, resmi usul kurallarından ve yerleşik içtihatlardan uzaklaşılması, adalete erişimi kolaylaştırmaktadır. Ayrıca süreç daha hızlı, ucuz, yetki verici, daha az mücadeleci ve esnek çözümler üretmeye uygundur. Karşı cephedeki eleştirilenler ise alternatif uyuşmazlık çözümünün, hukuki hakları ve teamüllerin gücünü ciddi şekilde zayıflattığını, önemli kamusal değerlerle ilgili uyuşmazlıkları siyaset alanından çıkararak kişiselleştirdiğini, toplumsal önyargıların ve güç farklılıklarının elde edilen sonuçları (resmi uyuşmazlık çözümüne oranla çok daha fazla) etkilemesine izin vererek, resmi sistemin eşitsizliklerini şiddetlendirdiğini iddia etmektedirler. Lauren B. Edelman, Mia Cahill, "How Law Matters in Disputing and Dispute Processing (Or, the Contingency of Legal Matter in Informal Dispute Processes)", Bryant G. Garth; Austin Sarat (editors), *How Does Law Matter?*, Northwestern University Press, 1998, Illinois, ABD, ss. 15-44.

<sup>4</sup> Stephen B. Goldberg, Eric D. Green, Frank E. A. Sander, "ADR Problems and Prospects: Looking to the Future", 69 *Judicature*, 1985-1986, ss. 291-299, s. 292.

<sup>5</sup> Bu anlamda Carrie Menkel-Meadow'un alternatif uyuşmazlık çözümünü entelektüel bir temele oturtma çabası takdire şayandır. Meadow, farklı uyuşmazlık çözü süreçlerinin ahlakiliğini ve mantığını gerekçelendirip açıklamak ve eleştirileri daha kolay cevaplamak adına, alternatif uyuşmazlık çözümüne hukuk felsefik bir altyapı sağlanması gerektiğini düşünür. Uyuşmazlık çözümü eklektik bir alan olduğu için, sadece hukuk ve hukuk kuramının değil, antropoloji, sosyoloji, uluslararası ilişkiler, sosyal ve bilişsel psikoloji, oyun kuramı, ekonomi ve siyaset felsefesinin kavram ve fikirleri ödünç alınmıştır. Yine de alternatif uyuşmazlık çözümü, disiplinler arası çalışmaya imkan vermesinin yanı sıra kendi entelektüel temelini kuracak zenginliktedir. Carrie Menkel-Meadow, "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR", 16 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, ss. 1-37.

<sup>6</sup> Bu genelleştirmeden muaf olduğu halde kuramsal temel sağlayamayan iki istisnadan biri, hukuk antropologlarının yapılmış alan çalışmaları, diğeri alternatif süreçler, ceza ve medeni usul sistemleriyle ilgili ampirik araştırmalarıdır. Çağdaş sosyal bilimler metodolojisini kullanıp, yargılamayı

Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümünün sonuca dönük, pragmatik çarelerden ibaret olması ve Amerikan düşüncesi ile hukuk felsefesi arasındaki mesafeli tutum yan yana gelince, mevcut kuramsal boşluğun nasıl doldurulabileceği sorusu daha da belirginleşmektedir. Bu makalenin de konusunu oluşturan seçenek, Karl Llewellyn'in hukuk uğraşları kuramıdır. Takip eden sayfalarda sırasıyla, kuramın genel hatlarına ve bir hukuk uğraşı olarak uyuşmazlık çözümüne değinilecektir.

### Llewellyn'de Uyuşmazlık Algısı

Karl Nickerson Llewellyn, her türlü formalizmi reddeden Amerikan Hukuki Realist akımının en önemli isimlerindedir. Bakış açısı, evrensel bir yaklaşımla da uyumlu şekilde, analitik pozitivist yakındır. Hukuku, toplumsal pratiklere ve kurumlara dayandırmakta, ancak diğer kurum ve pratiklerden kolaylıkla ayırt edilmesini sağlayan genel bir hukuk kurgusu veya tanımı sunmaktan kaçınmaktadır<sup>7</sup>. Hayal gücünden yoksun, mekanik hukuk felsefesini, hem amprik hem de felsefi çalışmalarıyla eleştirir. Diğer realistler gibi o da hukuki kararların asıl temellerini ortaya çıkarmayı istemekle birlikte, dikkatini gerçek kişi olan yargıçların kararlarından daha geniş bir alana yöneltir. Kariyerinin ilk yarısında, amprik sosyal bilimlerin araçlarının, yargılamanın sınırlarını ifşa edebileceği inancındadır. Ona göre hukuk, sosyal bilimsel araştırmayla açığa çıkarılabilecek bir kültür olup, hukuk uygulamasının dışında yer alan bir mekanizmayla açıklanamaz<sup>8</sup>.

Llewellyn hukukun, devlet tarafından oluşturulan ve sokaktaki insana dışarıdan dayatılan bir dizi davranış kuralı olarak tanımlanmasına karşı çıkarak, merkeze kurallar yerine uyuşmazlığı (muhtemel ya da gerçek, önlenmesi ya da çözülmesi gereken) yerleştirir. Ona göre hukukun ilgisi öncelikle gerçek uyuşmazlıklarda olmalı; bunlar, tarafların ve doğrudan etkilenen diğer kişilerin sulhe kavuşacağı ve sonrasında büyük karmaşaların yaşanmayacağı şekilde çözülmelidir<sup>9</sup>. Hukuk bir kurumdur ve oldukça önemli iki yönelim sağlar. İlkine göre, bir kurumun gerçekleştirilmesi gereken bazı uğraşlar vardır ve bunları etkili biçimde karşılaması gerekir. İkincisine göre, bir kurumu değerlendirirken kullanılacak kriter, uğraşlarını ne kadar etkili biçimde yerine getirdiğidir<sup>10</sup>. Llewellyn'in ifadesiyle, "uyuşmazlıklarla ilgili yapılan şey, (ve bunun) akla uygun bir şekilde yapılması, hukukun işidir. Bunu

diğer hukuki süreçlerden ayırdıkları için kuramsal arayışın bir parçasını oluşturmazlar. William Twining, "Alternative to what? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics, Alternative Dispute Resolution", **The Modern Law Review** Limited 1993, (MLR 56: 3, May), ss. 380-392, s. 380-381.

<sup>7</sup> William Twining, **General Jurisprudence-Understanding Law from a Global Perspective**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 104.

<sup>8</sup> Christopher Berry Gray, **The Philosophy of Law -An Encyclopedia**, Vol. II, Taylor & Francis e-library, 2004, s. 518.

<sup>9</sup> Tom Lamar, "Comment Llewellyn's "Bramble Bush"", 11 **J. Pub. L.**, 1962, ss. 412-418, s. 412-413.

<sup>10</sup> Albert Keating, **Jurisprudence**, Ireland, 2011, Round Hall, s. 94.

yapmakla görevli kişiler, yargıç, şerif, katip, gardiyan veya avukat olmaları farketmeksizin hukuk memurlarıdır. Bana göre, bu memurların uyuşmazlıklara ilişkin yaptığı şey, hukukun kendisidir.<sup>11</sup>

Uyuşmazlık çözümünü hukukun en mühim işlevi sayan ve hukuku da karşıladığı işlevler üzerinden tanımlayan Llewellyn, bu yaklaşımla uyumlu biçimde "hukuk uğraşları kuramını"nı geliştirmiştir. Bu, kurumların ve grupların iç düzeninin incelenmesine imkan veren bulgusal bir kuramdır. Bir yandan herhangi bir grup veya kurumun iç düzeninin incelenmesine olanak tanırken, diğer yandan bazı soruları akla getirir: Herhangi bir grupta, hukuk uğraşları nasıl yerine getirilmektedir? Bu grubun hukuku var mıdır? Hukuk uğraşları, ne dereceye kadar 'hukuk' tarafından karşılanmaktadır<sup>12</sup>? Esasen somut bir problemi çözmek için geliştirilen kuramın bu sorulara verdiği cevaplar, döneminin baskın görüşünden sapma eğilimindedir. 1930'larda bazı sosyal antropologlar, Amerika'daki Shoshone'lar ve Cheyenne'ler gibi "basit" kızılderililerin, egemenlerinin ve mahkemelerinin bulunmaması, kendi sosyal normlarıyla ilgili suskun ve çekimser kalmaları ya da kurallara göre düşünmemeleri gibi gerekçelerle, hukuklarının olmadığını ileri sürmektedirler. Llewellyn ise bu tip iddiaları reddederek, tüm insan gruplarında sorunların yaşandığını, yerlilerin hukukunun<sup>13</sup> da bunların nasıl çözüldüğünü ortaya çıkararak keşfedilebileceğini belirtir<sup>14</sup>.

Dolayısıyla kuramın özü, uyuşmazlıkların önlenmesi ve şayet engellenemezse çözümlenmesi odağında gelişir. Buna göre herkes aile, klüp, gençlik grubu, okul veya ticari organizasyon, ticari birlik, siyasi parti, ulus devlet, dünya toplumu gibi grupların üyesidir. Herhangi bir insan grubu, varlığını sürdürmek ve amaçlarını gerçekleştirmek (amaçları olduğunun kabulüyle) için belirli ihtiyaçlarının karşılanmasını

<sup>11</sup> Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush* (1951), dan aktaran Lamar, s. 413.

<sup>12</sup> Twining, *General...*, s. 104, dipnot 75.

<sup>13</sup> Kuşkusuz modern Batı hukuku dışında bir hukukun mevcudiyetini, ilkel toplumların da bir hukuk sistemi bulunduğunu iddia eden tek düşünür Llewellyn değildir. İşlevselci antropolojinin bu anlamdaki ilk örneği Malinowski'nin *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek* eseridir. Şule Şahin Ceylan, "Kitap Değerlendirmesi: Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek Üzerine", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 175 vd.

<sup>14</sup> Twining, *General...*, s. 106. Llewellyn her ne kadar 'Büyük Kuram' karşısında kuşkucu olsa ve belirli bir kapsam ve amaç dışında hukuka ilişkin genel tanımlar yapılmasını eleştirse de, zamanla hukuk uğraşları kuramını hukuk yaklaşımının en genel kısmı olarak geliştirmiştir. Twining, 106. Llewellyn'in Hoebel'le birlikte gerçekleştirdiği alan araştırması *The Cheyenne Way*, hukuk anlayışının ve bununla bağlantılı olarak hukuk uğraşları kuramının inşası bakımından oldukça önemlidir. K. N. Llewellyn, E. Adamson Hoebel, **The Cheyenne Way- Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence**, University of Oklahoma Press, US, 1941. Llewellyn hukuk uğraşları kuramını bir başka makalesinde açıklamış olup, konuyla ilgili atıflar sıklıkla bu çalışmaya yapılmaktadır. Karl N. Llewellyn, "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method", **Yale Law Journal**, Vol. 49, June 1940, Number 8, ss. 1355-1400. Bu makalede her iki metinden de yararlanılacaktır.

ya da belirli uğraşların gerçekleştirilmesini sağlamak zorundadır<sup>15</sup>. Llewellyn, tüm gruplar için zorunlu saydığı bu uğraşları 'hukuk uğraşları' olarak nitelendirir. İşlevselci geleneğin uzantısı olan hukuk uğraşları kuramı, hukuku, belirli sorunlara ve ihtiyaçlara cevap vermek üzere uzmanlaşmış bir kurum olarak değerlendirir<sup>16</sup>. Llewellyn'e göre hukuk uğraşları, önemli ve daimi niteliktedir. "İnsan davranışlarının bu şekilde düzenlenmesi ve ayarlanması, toplumun (veya grubun) bir toplum (veya bir grup) olarak kalması ve bir toplum (veya bir grup) olarak işlevde bulunabilmesi için yeterli miktarda bağımsız (zincirlerinden kutulmuş) ve eşgüdümlü enerjiyi toplayabilmesi adına gereklidir."<sup>17</sup> Bu noktada grup olmak ve grup olarak kalmak arasında bir ayrım yaparak, grup *olmanın* sadece grup olmak anlamına geldiğini belirtir. Oysa bir grup olarak *kalmak* için, gruptan uzaklaşma eğilimlerinin üstesinden gelmeyi başarmak, bu tip kopuşların gerçekleşmesini engellemek gerekir. Bu önleyici tutumun yanı sıra grup içi organizasyonun, insan enerjisinden yararlanarak ve baskı kurmaksızın etkili halde tutulması zorunludur<sup>18</sup>.

Llewellyn herhangi bir yanlış anlamaya fırsat vermemek için, iki veya daha fazla kişiden oluşan her insan grubunda, bir takım hukuk uğraşlarının bulunduğu bahseder. Bu nedenle herhangi bir topluluk veya toplumdaki hukuk uğraşları, en azından ikili ilişkilerde gerçekleşir. Örneğin en büyük birim olan toplumda, toplumun alt birimlerinde ve her alt birimin kapsamındaki diğer alt birimlerde ayrı ayrı hukuk uğraşları mevcuttur. Llewellyn'in de benimsediği işlevselci görüş, her alt grubun kendi içinde sorunlarla başetme yollarının, yani hukuk uğraşlarının bulunduğunu kabul eder. Bu sorunların alt grup içinde çözülmesi, modern devlet tarafından tanınmalarına engel değildir. Zira devletin varlığı, alt birimlerde yürütülen işlevlerin yerini almamakta, her birim kendi içinde hukuk uğraşlarını yerine getirmektedir. Açıktır ki bu, hukukun çerçevesini en büyük birim olan devlet ya da tanınmış politik bütün ile sınırlayan modern düşünceden oldukça farklı bir anlayıştır<sup>19</sup>.

### Hukuk Uğraşları

Hukuka yüklenen ve toplumun örgütlenmesiyle doğrudan bağlantılı işlevler sıklıkla, davranışların düzenlenmesi ve anlaşmazlıkların giderilmesi olmak üzere iki ana başlıkta değerlendirilir. Hukukun dağıtıcı ve örgütleyici ya da örgütleme ve denetleme işlevi olarak da isimlendirilen bu ayrım, hukuka oldukça sınırlı bir rol

<sup>15</sup> Twining, *Alternative to...*, s. 396.

<sup>16</sup> William Twining, **Blackstone's Tower: The English Law School**, London, 1994, Sweet & Maxwell, s. 177.

<sup>17</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1373, Llewellyn-Hoebel, s. 290.

<sup>18</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1373, Llewellyn-Hoebel, s. 290.

<sup>19</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1374, Llewellyn-Hoebel, s. 290-291. Böyle bir kabul, açıktır ki çoklu bir hukuk tanımının benimsendiğini göstermektedir. Roger Cotterell, **Law, Culture and Society- Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, England, 2006, Ashgate, s. 37.

biçmekte ve sosyal devletle birlikte genişleyen alanı karşılamaya yetmemektedir. Listeye, hayat şartlarını biçimlendirme, hukuk görevlilerini (kartel hukuku, işletme hukuku, çevre hukuku gibi) genişleyen yeni hukuk sahalarına göre örgütleme ve faaliyetlerini meşru kılma ile hukuki gözetim sağlama (hukuki malzemenin ve görevlilerin vazifelerine uyumlaştırılması) gibi yeni işlevler de eklenmektedir<sup>20</sup>. Llewellyn bu yaklaşımla da uyumlu biçimde, küçük ya da büyük her toplumsal grubun bir takım temel ihtiyaçlarının bulunduğunu ileri sürer. Bunların karşılanması ve grubun varlığını sürdürebilmesi için toplumsal bir kurum olan hukukun, kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmenin yolunu bulması, gruptaki otorite merkezinin kurulmasını ve tanınmasını sağlaması, bunların yürütülmesine olanak tanıyan usul veya yöntemleri oluşturması gerekir<sup>21</sup>. Llewellyn bu maksatla her toplumsal grupta karşılanması gereken beş farklı hukuk uğraşından, yani hukuksal işlevden bahseder<sup>22</sup>.

**(I) Sorunların Giderilmesi (Sorun Çözümü):** Llewellyn'in değindiği ilk hukuksal işlev sorunların giderilmesidir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminin norm yerine mahkemeleri merkeze alan ve hakimin yargılamadaki rolüne özel önem veren yapısı göz önünde tutulduğunda buna şaşırılmamak gerekir<sup>23</sup>. Llewellyn, hem antropoloji hem de alternatif uyuşmazlık çözümü literatüründe özel anlam verilerek kullanılan 'uyuşmazlık' kavramından bilhassa kaçınmakta ve bunun yerine daha genel bir karşılığı bulunan 'sorun'u tercih etmektedir. Uyuşmazlık veya çatışmaya göre oldukça geniş olan sorun kavramı, suç, şikayet ve uyuşmazlıkları kapsamaktadır<sup>24</sup>. Bunlardan toplumsal düzeni bozan herhangi birinin ortaya çıkması halinde sonlandırılması gerekir. Llewellyn bu durumu, bir aracın ateş almaması ya da hiç çalışmaması halinde garaj bakımına çekilmesiyle örneklemiştir. Nitekim hukuk uğraşları arasında en kolay ayırt edilebilen, sorunların giderilmesidir. Bu kullanımıyla sorun, ikincil önemde ve katlanılabilir pürüzlere işaret eder. Grup yaşantısını alt

<sup>20</sup> Manfred Rehbinder, "Hukukun Toplumsal Fonksiyonları", (Çev. Ülker Gürkan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, ss. 455-475, 456-458.

<sup>21</sup> Phil Harris, **An Introduction to Law**, New York, 2007, Cambridge University Press, 7. ed. s. 2-3.

<sup>22</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375 vd. Llewellyn *Cheyenne Way*'in farklı baskılarında (2.) işlevi iki ayrı uğraş olarak ele alır ve toplamda altı zorunlu uğraş olduğunu belirtir. Diğer sınıflandırmaya göre (2.) uğraş, davranış ve beklentilerin önleyici biçimde yönlendirilmesi, (3.) uğraş ise davranış ve beklentilerin değişime uyum sağlamak için önleyici biçimde yeniden yönlendirilmesidir. William Twining, "Two Works of Karl Llewellyn- II", **The Modern Law Review**, Vol. 31, Issue 2, March 1968, ss. 165-182, s. 175, William Twining, **Karl Llewellyn and the Realist Movement**, London, 1985 (ilk basım 1973), Weidenfeld and Nicholson, s. 175.

<sup>23</sup> Rehbinder, s. 458.

<sup>24</sup> Llewellyn-Hoebel, s. 293. Uyuşmazlık kavramının tartışmalı yapısına rağmen, bu metinde risk göze alınacak, takip eden sayfalarda makalenin asıl amaç ve konusuyla da bağlantılı olarak, 'uyuşmazlık' tercih edilecektir. Karışıklığa neden olmamak için Llewellyn'den aktarılan görüşler için sorun, alternatif mekanizmalarla ilgili kısımlar için uyuşmazlık kullanılacaktır. Bu eksende gelişen literatür ve sınıflandırma biçimleri için bkz. Şahin Ceylan, *Geleneksel...*, ss. 75-79, ss. 84-105.

üst etmesi, ancak giderek şiddetlenmesi ve yayılması halinde mümkündür. Grup içindeki ilişkiler ne kadar yakınsa, geleneksel kabullenme, duygusal yakınlık veya karşılıklı bağımlılık da o kadar artar ve grup dağılmaya karşı direnç gösterir. Öte yandan sorunun giderilmesi grubu ve kişileri rahatlatırken, çözümlenmemiş gerilimler birikime ve müstakbel patlamalara neden olabilir<sup>25</sup>.

**(2) Davranışların Düzenlenmesi (Önleyici Biçimde Yönlendirme Yoluyla Davranış ve Beklentilerin Yeniden Uyumlanması):** Kişilerin birbirlerine karşı tutumlarının, etkili ve önleyici biçimde yönlendirilmesini ifade eder<sup>26</sup>. Özellikle açık ve örtülü menfaat çatışmalarında önemi ortaya çıkmaktadır. Grubun içinde bulunduğu koşulların değişmesi halinde, grup üyelerinin davranış ve beklentilerinin de (çatışma ve anlaşmazlıklardan kaçınmak adına) aynı doğrultuya sevk edilmesi anlamına gelir. Mevcut düzenin korunması ve sürdürülmesi için karmaşa ve ihtilafın engellenmesi, yani birinci hukuk uğraşı olan sorun çözümünün gerçekleşebileceği somut düzenin bu uğraşla sağlanması gerekir. Sadece açık ve belirgin davranışların değil, taleplerin de yönlendirilmesi söz konusudur<sup>27</sup>. Bu uğraşı etkileyen prosedür ve kurumlar, geleneksel ya da yenilikçi olabilir. İlkine sözleşme veya evlilik töreni, ikincisine yasama faaliyeti, yerel yönetimin aldığı kararlar veya bakanlık genelgesi örnek verilebilir<sup>28</sup>. Asıl olan karmaşık bir toplumu bütün olarak ele alan bir organizasyon ağının değil, kişi ya da alt gruplar gibi daha küçük birimlerin yönlendirilmesidir<sup>29</sup>.

**(3) Otoritenin Paylaştırılması ve Otoriter Eylemi Meşrulaştırın Usullerinin Belirlenmesi (Sözlerin ve Söyleniş Tarzlarının Düzenlenmesi):** Llewellyn'in üçüncü sırada yer verdiği bu uğraş, grup içinde karar verme erk ve otoritesine kimlerin sahip olduğunun meşru biçimde düzenlenmesi, sınırlarının belirlenmesi anlamına gelir. Sorunların giderilmesi, mahkemeler, resmi usul hukuku, avukatlık, arabuluculuk gibi kurumsal araçların; davranışların yönlendirilmesi, maddi hukuk kuralları, yasa metinleri, hukuk yayın evleri, trafik ışıkları, sağlık denetim birimleri, zabıtalık hizmetleri ve eğitim gibi kurumsal araçların etrafında şekillenirken, bu uğraş, devletlerin veya daha küçük grupların kurucu metinlerine işaret etmektedir. Otoriteyi kişi ve organlara dağıtan, 'sözün' onun vasıtasıyla söylenmiş sayılacağı

<sup>25</sup> Llewellyn-Hoebel, s. 293-294, Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375-1376.

<sup>26</sup> Llewellyn, Türkçe'ye yönlendirme olarak da çevrilebilecek 'channelling' kavramını, özellikle kanallama veya kanal açma anlamını yükleyerek kullanmıştır. Mühendislerin bir nehrin akışını kontrol etmek için yaptığı bu faaliyetin bir imge olarak hukuka aktarımı, kanallamayı yapan (örneğin kural koyan) dışsal bir otoritenin varlığına vurgu yapmaktadır. Sanne Taekema, "The Point of Law: The Interdependent functionality of State and Non-State Regulation", Hanneke Van Schooten-Jonathan Verschuuren (Edt.), *International Governance and Law State Regulation and Non State Law*, UK, 2008, Edward Elgar Publishing, s. 62.

<sup>27</sup> Llewellyn-Hoebel, s. 294-295.

<sup>28</sup> Norman Lewis, "Towards a Sociology of Lawyering in Public Administration", 32 *N. Ir. Legal Q.*, 1981, ss. 89-105, s. 92.

<sup>29</sup> Llewellyn-Hoebel, s. 296.

zamanı, yolu veya usulü belirleyen her kurumsal araç bu kapsamdadır<sup>30</sup>. Llewellyn bu uğraşı, parlamento veya mahkemelerle sınırlamamakta, genel olarak idareye ve örgütlenmiş toplumsal hayata odaklanmaktadır. Otoritenin paylaşılması uğraşı, gruptaki otoriteyi gösteren ve meşrulaştıran temel referans noktası, kılavuz olup<sup>31</sup>; Hart'ın modern hukuka özgülediği tanıma kuralının her toplumsal gruptaki karşılığıdır. Davranış kurallarını kimin koyacağını ve uygulayacağını göstermektedir<sup>32</sup>.

**(4) Birleşme, Yönetim ve Teşvik Maksadıyla Grup veya Toplumun Bir Bütün Olarak Örgütlenmesi (Yürütme Ağı):** Bu, grup kavramıyla ve bir bütün olarak kalabilmesiyle en yakından bağlantılı hukuk uğraşısıdır. Toplum için bir şeyler yapılmasını teşvik edip yönlendirerek, çokluluğun aşılmasını sağlamak anlamına gelir. Devletin yasama faaliyeti buna iyi bir örnek oluşturur. Farklı bakış açılarını yansıtan kamusal ve parlamenter müzakereler yapıldıktan sonra, yasama organı bunları birleştirecek ve toplumu yönlendirecek genel kurallar koymaktadır<sup>33</sup>. Llewellyn'in yürütme ağı da dediği bu uğraş, grubun bir merkezde örgütlenmesine ve bütünlüğüne işaret eder. Yerine getirilmemesi halinde, pozitif ve kurucu olan, hukuksallık taşıyan herşey kolaylıkla dağılabilir. O yüzden Llewellyn ayrı bir başlık altında, ayrı bir uğraş olarak ele almıştır<sup>34</sup>. Ona göre ilahiyat, töre felsefesi, ekonomik örgütlenme, eğitim ve vatanseverlik gibi kültürün diğer yönleri ve bunların sembolleri de benzer bir işlevi karşılamaktadır. Ancak bu keşişme hali olumsuz bir koşul olmayıp hayat şartlarını biçimlendirmekte, koordinasyon, yönlendirme ve teşvik uğraşına katkı sağlamaktadır<sup>35</sup>.

**(5) Hukuk Metodu (Kazai Faaliyet):** Herhangi bir grupta, özellikle karmaşık olanlarda, teknik, uygulama, kalıp ve araçların, daha önce yer verilen dört işlevi karşılayacak biçimde gelişmesi önem taşır. Davranışların düzenlenmesi, sorunların giderilmesi, değişim için gerekli düzeltmelerin yapılması ve kabul edilebilir karar verme yollarının oluşturulması, yüksek düzeyde beceri, donanımlı araç ve kurumların varlığını gerektirir<sup>36</sup>. İşte Llewellyn'in hukuk metodu dediği beşinci uğraş, tüm bu hukuk işlerine yayılmakta ve aslında bağımsız bir işlev olmayıp diğer uğraşların bir boyutunu teşkil etmektedir. Yani hukuk metodu uğraşı, diğer hukuk uğraşlarının karşılanabilmesine yardımcı olan, ikincil ve tamamlayıcı bir düzenleme biçimidir. Resmi kural ve kurumları etkili kılarak, özel bir dil geliştirerek ve doğru usule odaklanarak, ikna edici bir gerekçelendirmeye olanak sağlar<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1383-1384.

<sup>31</sup> Lewis, s. 93.

<sup>32</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, New York, 2. edition, 1994, Oxford University Press, s. 94-95.

<sup>33</sup> Taekema, s. 68.

<sup>34</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375.

<sup>35</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1390.

<sup>36</sup> Twining, *Alternative to...*, s. 386.

<sup>37</sup> Taekema, s. 69-70.



Özetle hukuk metodu, diğer hukuk uğraşlarının karşılanması için gereken hukuki malzemenin nasıl değerlendirileceğini ortaya koyar. Ancak hukuksal alanın bütününe yayılan hukuk metodunu, dikkatli bir şekilde ayırt etmek gerekir. Çünkü modern insan, bu uğraşı modern hukuktaki yargıca, özellikle de temyiz yargıcına özgüleme eğilimindedir. Oysa buradaki kullanımıyla, modern toplum dışındaki örnekleri de kapsamaktadır. Mesela reform amaçlı yasalastırma yapılması, idari nitelikteki sorunların çözülmesi, olgusal uyuşmazlıkların hızlı ve doğru biçimde düzenlenmesi, ceza hukuku sürecinin işlenmesi, hukuk kavramlarının yeniden formülleştirilmesi veya avukatlık hünerlerinin iki tarafı makul biçimde dengeleyerek geliştirilmesi bu niteliktedir<sup>38</sup>.

Llewellyn sayılan beş uğraştan herbirinin ve bir bütün olarak hepsinin iki yönü bulunduğunu belirtir. İlkini uğraşların *yalın yönü*, ikincisini ise *arayışa ilişkin yönü* olarak isimlendirir. Hukuk uğraşlarının yalın yönü, sadece yaşamı sürdürmeye ilişkindir. Uğraşların, grubun devamını sağlamak adına asgari düzeyde ifa edilmesi anlamına gelir. Varlığın sürdürülmesi için yapılan vahşi mücadele veya bedeli ne olursa olsun düzenin sağlanması bu kapsamdadır. İyi ya da kötü performans karşılaştırmasına müsait değildir. Oysa her toplumun gelişebileceği istikameti gösteren, bolluğa ve nasıl yararlanılacağına işaret eden arayışa ilişkin (ideal) yön, uğraşların karşılaştırılmasına imkan verir. Uğraşların bu yönünün kendi içinde iki boyutu vardır. İlk uğraşın ekonomik, etkili ve düzgün bir şekilde yapılması, diğeri adalet, daha fazla adalet gibi değerlerin farkında olunması, gerçekleştirilmesidir<sup>39</sup>.

Uğraşların arayış yönü, ilk boyutuyla karşılaştırma yapmaya olanak tanırken, adalet ve dolayısıyla değerlerle ilgili kısım bulanıktır. Bu nedenle her uğraşın değere ilişkin boyutuna ayrıca bakılmasında fayda vardır. Sorunların giderilmesi (ilgili kişilerin tatmin edilmesi anlamında) barış değerini ve (sorunun bozduğu dengenin yeniden kurulması anlamında) eski hale getirici adaleti içerir. Davranışların yönlendirilmesi, ilişki ve beklentilerin, menfaatlerin adilce dağıtımını sağlayacak şekilde organize edilmesine, yani beklentilerin güvenliğine ve dağıtıcı adalet değerine işaret eder. Otoritenin paylaşılması (karar verme erkinin meşru, saygın ve yetkin bir şekilde kullanılması anlamında) prosedürel eşitliği ve saygıdeğer kararları kapsar. Değer unsuru, toplumun örgütlenmesi uğraşında güçlükle formülleştirilmekte, şeffaf ve meşru yönetim ile bir kamu yararı imgelemine içermektedir. Beşinci uğraş olan hukuk metodu yani kurumsal mekanizma, bağımsız bir işlevi karşılamayıp, diğerlerinin bir boyutunu sergilediği için ayrı bir kategoride düşünülmalıdır<sup>40</sup>.

### **Bir Hukuk Uğraşı Olarak Uyuşmazlık Çözümü**

Görüldüğü üzere Llewellyn'in hukuk uğraşları teorisine göre, bir grubun bütünlüğünü koruyup sürdürebilmesi, düzenleyici ve uyumlaştırıcı hukuk uğraşları-

<sup>38</sup> Llewellyn- Hoebel, s. 298-299, Llewellyn, The Normative..., 1392-93.

<sup>39</sup> Llewellyn, Cheyenne..., s. 292.

<sup>40</sup> Taekema, s. 59.

nın başarılı bir şekilde ifa edilmesine bağlıdır. Ancak hukuk, toplumsal bütünü devamını sağlasa da, tek başına düzenin kaynağı değildir. Eğitim ya da bilgi aktarım süreciyle, görme biçimleri, aile, öğretmenler veya diğer sosyal alandaki teşvik ve engellemelerle birlikte işlemektedir. Hukukun özelliği, doğru oranda ve tipteki düzenin onun aracılığıyla üretilmesi, normatif yapıyı esneterek 'serbest oyun' alanları sunmasıdır<sup>41</sup>. Llewellyn'e göre, eğer hukuk mevcut kuralların olgusal durumlara uygulanmasından ibaret olsaydı, nitelikli hukuk çalışanlarına (örneğin işbilir avukatlara) gerek kalmazdı. Hukuk çalışmasının konusunu, zor ve istisnai davalarda yargıçların nasıl karar verdiği ve daha geniş perspektifte uyuşmazlıkların hukuki kurumlarca çözülmesi oluşturur. Llewellyn'deki kullanımıyla hukuk ya da hukuki kurumlar, liberal ideolojinin ayrıştırıcı etkisinden ibaret değildir<sup>42</sup>.

Llewellyn ve Hoebel'in Cheyenne'lerle ilgili araştırması ortaya koymaktadır ki, modern ya da değil, iki ve daha fazla kişinin bulunduğu her grubun varlığını sürdürmesi için bahsi geçen beş uğraşın ifa edilmesi zorunludur. O yüzden uyuşmazlıkların çözülmesi, amaçların belirlenmesi, otoritenin kurulması, davranışların düzenlenmesi ve tüm bunların yapılabilmesi için kurumsal bir mekanizmanın oluşturulması gerekir<sup>43</sup>. Bu işlevler gerçekte farklı mantıksal alt birimler olmayıp, birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmamaktadır. Aynı olayda birden çok hukuk uğraşına, dolayısıyla işleve rastlanabilmekte; uyuşmazlık çözümü de sıklıkla diğer işlevlerle içiçe geçmiş bir halde karşımıza çıkmaktadır<sup>44</sup>.

Modern toplum yapısı ve hukuk devletinin getirilerinden birinin de, uyuşmazlıkların resmi hukuk sistemi içerisinde ve önceden belirlenmiş kurallara göre mahkemelerce çözülmesi olduğu bilinmektedir<sup>45</sup>. Toplumsal kontrol asıl olarak devlet tarafından ve hukuk eliyle sağlanmakta, atanmış memurlar sistemli ve düzenli bir biçimde kamusal gücü kullanmaktadır<sup>46</sup>. Modern hukuk devleti dışında bir model oluşturması bakımından, Cheyenne yaşantısı oldukça ufuk açıcudur. Kamusal ve özel menfaat alanlarında bir ayırım bulunmadığı için, hukuki uyuşmazlıklar her ikisine de dahil olmaktadır. Diğer bireylere, daha doğru ifadeyle toplumun geri kalanına karşı ileri sürülebilen bireysel haklar mevcut değildir. Tüm yasalar ve davranış kuralları, içeriksel ve sosyal olarak konumlanmıştır. Bu nedenle uyuşmazlıkların sonlandırılmasıyla ilgili olarak 'hukuk uğraşı'nın getirdiği çözüm, somut

<sup>41</sup> Henrik Palmer Olsen, Stuart Toddington, **Law in Its Own Right**, Portland Oregon, 2000, Hart Publishing, s. 73-74.

<sup>42</sup> Ian Ward, **An Introduction to Critical Legal Theory**, London, 1998, Cavendish Publishing Ltd., s. 142.

<sup>43</sup> John N. Adams, Roger Brownsword, "Law Reform, Law-Jobs, and Law Commission No. 160", **The Modern Law Review**, Vol. 51, No. 4 (Jul., 1988), ss. 481-492, s. 481.

<sup>44</sup> Llewellyn, Cheyenne., s. 297.

<sup>45</sup> Hukuk devletinin temel özellikleriyle ilgili olarak bkz. Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, 2008, Oniki Levha Yayıncılık, s. 200 vd.

<sup>46</sup> Roscoe Pound, **Social Control Through Law**, USA, 1968, Archon Books, s. 25.

durumdaki adaleti etkilemek için yayılmış (örgütlünün karşıtı anlamıyla) bir istekle yönlendirilmekte ve resmi kurallara uygunluk gibi denge sağlayıcı ya da eşitleyici bir kaygıyla sınırlanmamaktadır. Uyuşmazlıkların 'bir şekilde' ve modern devletin ağlarından uzakta çözülmesi, tam anlamıyla politik ahlakın tarihsel biçimde belirlenmiş kavramlarının reddi olmayıp, resmi sistemin alternatifini sunmaktadır. Asıl olan, bireysel adaletin gerçekleşmesinin toplumun genel menfaatiyle bağlantılı olduğu ve yerine getirilmesinin hukukun sosyal amacıyla çatışmayacağıdır. Uyuşmazlıkların tarafları tatmin edecek şekilde çözülmesi, hukuk uğraşlarının etkililiği ve benimsenme düzeyiyle ilişkilidir. Modern devlet yargılamasından farklı olarak, kurallar değil hukuki kurumların işlevleri ön plana çıkmaktadır<sup>47</sup>.

Demek ki bir hukuk uğraşı olarak düşünüldüğünde, uyuşmazlık çözümü sadece mahkemelerle sınırlanmamakta, hem geleneksel yöntemler hem de alternatif uyuşmazlık çözümü aynı hukuki işlevi karşılamaktadır. Modern toplumda resmi yargılama mekanizmasına yüklenen bu işlevin diğer toplumsal kurumlarla ne kadar paylaşıldığı veya paylaşılması gerektiği, sıklıkla hukuk devleti tartışmalarıyla birlikte yürütülmektedir<sup>48</sup>. İnsanlar her koşulda uyuşmazlıklarından bir kısmını mahkemelerin dışında çözdükleri için, uyuşmazlıkların mutlaka devlet tarafından ve resmi hukuk sistemi içinde ele alınmasının gerekip gerekmediği sorusu<sup>49</sup>, ideolojik olmayan bir cevapla karşılanamaz. Asıl sorun, bir hukuk uğraşı olduğu kabul edilse bile, hangi türdeki uyuşmazlıkların ve bunlardan ne kadarının mahkemeler dışında çözülmeye müsait olduğudur.

Llewellyn her ne kadar 'sorun' adı altında suçlara, haksız fiillere, hukuka aykırı fiillere ve menfaat çatışmalarına yer verse de, bunların toplumun dağılmasına yol açması için tekrarlanması ve büyük bir ağırlık taşınması gerekir. Toplumun dağıtılacak şiddetli gerilimler yaşanmıyorsa, sorunların giderilmesi (işlevselci kabullere paralel olarak) grup yaşantısını güçlendirici etkiye sahiptir<sup>50</sup>. Zaten Llewellyn'in sorunların giderilmesi üstbaşlığıyla ele aldığı uyuşmazlık, suç ve şikayetler de bireyler arasında gerçekleşen ikincil nitelikteki anlaşmazlıklara vurgu yapmaktadır<sup>51</sup>. Bu yoldan uzaklaşılır ve sorun kavramı birkaç kişi arasındaki uyuşmazlıktan fazlası ve geniş bir topluluğun düzeninin sarsılması biçiminde tanımlanırsa, devlet hukukunun tek ve zorunlu seçenek olacağı açıktır. Ancak Llewellyn'in ikincil ve birincil tip-

<sup>47</sup> Ian Wards, s. 142-143.

<sup>48</sup> Ann Margaret Herriot, "ADR a Threat to Democracy?", 19 **Alternative L. J.**, 1994, s. 75-76. Michele G. Hermann, "The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice", 3 **J. Contemp. Legal Issues**, 1989-1990, ss. 117-123, s. 118-119. Alternatif uyuşmazlık çözümünü hukuk devleti ve mevcut sistem için tehlike sayan, hiç değilse böyle bir boyutunun bulunduğu dikkat çeken yaklaşımların aksine, hukuk devletiyle karşılıklı ve olumlu bir ilişki içinde olduğu iddiası için bkz. Michael Moffitt, "Which is Better, Food or Water? The Rule of Law or ADR?", **Dispute Resolution Magazine**, Summer 2012, Vol. 16, Number 4, ss. 8-9.

<sup>49</sup> Taekema, s. 60.

<sup>50</sup> Rehbinder, s. 459.

<sup>51</sup> Llewellyn, *The Normative...*, s. 1375.

teki sorunlar arasında yaptığı ayırım, devlet yargılamasının sadece birincil ve büyük sorunlar bakımından zorunlu sayılmasını, daha önemsiz olanların<sup>52</sup> başka yöntemlerle çözülmesini mümkün kılar<sup>53</sup>. Hangi tip sorun olursa olsun, grubun yaşantısı değişip kesintiye uğramadan varlığını sürdürebilmesi için sürekli, hızlı ve pürüzsüz biçimde giderilmesi gerekir. Bu amaçla yararlanılacak mekanizmalar, duruma uygun özel hukuki kurumlar ve kısmi hukuki kurumlardır<sup>54</sup>. İlkine, tamamen hukuksal olması bakımından mahkemelerde yürütülen yargılama faaliyetini, ikincisine ise geleneksel yöntemlerin sonradan kurumsallaştırılmış modellerini oluşturduğu için müzakere veya arabuluculuk gibi alternatif yöntemleri örnek verebiliriz.

Nitekim Llewellyn'in kuramı, uyuşmazlık çözümünün sadece devlet mahkemelerine özgü bir uğraş olarak sınırlandırılmamasına, farklı büyüklük ve nitelikteki gruplarda uygulanabilmesine ve devlet hukuku dışındaki kontrol mekanizmalarına imkan tanımakla, pek çok uyuşmazlığın alternatif yöntemlerle çözülmesini haklaştırır. Aslolan hukuk uğraşlarıdır ve sorunların giderilmesi de dahil olmak üzere, bunları ifa edebilecek tek kurum devlet değildir. Kaldı ki kimi durumlarda, tam ya da kısmi hukuki kurumlar ve hatta hukuki olmayanlar, aynı hukuk uğraşını birlikte karşılayabilirler. Keza hukuk uğraşları kuramı, herhangi bir kurum, vasıta veya olayın bütünsel bir süreç olarak değerlendirilmesini gerektiren ve uğraşın kendisine odaklanan bir yaklaşımdır. Bu da bizi, modern uyuşmazlık teorisinin temel klişelerine götürür: Verili bir toplumdaki uyuşmazlıkların yalnızca küçük bir kısmı mahkemelere yanıtılmaktadır. Herhangi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ya da kurumunun değerlendirilmesindeki başlangıç noktasını, ilgili uyuşmazlıkların ve nasıl çözüldüklerinin gerçekçi ve demografik görünümü oluşturur<sup>55</sup>.

## Sonuç

Alternatif uyuşmazlık çözümü Amerikan hukuk sisteminde 60'larda ortaya çıkan, hızla ve coşkuyla yayılan bir hareket olma özelliği taşır. Toplumsal bir tepkinin sonucunda doğduğu, resmi yargı sisteminin kusurlarının zorunlu getirisi olduğu, hukuk sistemini düzelterceği, hukuk devletine zarar vereceği, kökenlerinin geçmiş zamanlara dayandığı, geleneksel toplumların birincil çözüm yöntemi olduğu, hızlı ve ucuzmuş gibi görüldüğü halde öngörülme-yen masraflar ürettiği, gerçekten

<sup>52</sup> Alternatif uyuşmazlık çözümünün etkinlik alanının "önemli", "önemsiz" gibi değere ilişkin kriterlerle çizilmeye çalışılması, muhakkak ki yanıltıcıdır. Bunun yerine Santos'un hukukun bileşenleri saydığı retorik, cebir ve bürokrasi üzerinden yaptığı ayırım önerilebilir. Ona göre cebir ve bürokrasi mutlaka hukukun denetiminde olması gereken alanı, retorik ise alternatif uyuşmazlık çözümünün de pay alabileceği alanı gösterir. Boaventura De Sousa Santos "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", Richard L. Abel (Edt.), **The Politics of Informal Justice vol. 1- The American Experience**, New York, Academic Press, 1982, ss. 249-266, s.249.

<sup>53</sup> Taekema, s. 62.

<sup>54</sup> Rehbinder, s. 459.

<sup>55</sup> Twining, *Alternative to...*, s. 397-398.

hızlı ve ucuz olduğu, yargılama sürecini boş yere uzattığı, hukuki haklara zarar verdiği, hukuki koruma sağlamadığı, toplumda uyum ve uzlaşmayı desteklediği, zayıf kesimlerin ezilmesine neden olduğu, bireyleri özgürleştirdiği, devletin çok da belli etmeden sivil topluma müdahale etmesinin aracı olduğu, hukuktan ve resmi olandan uzaklaştırdığı, geleneksel yöntemleri deforme ederek kurumsallaştırdığı, mahkemelerin etkinliği ve gücünü azalttığı, mahkemelerin yükünü hafiflettiği, hukukun tek merkezliliğine zarar verdiği, hukuki çoğulculuğun önünü açtığı hakkında ileri sürülen görüşlerin yalnızca bir kısmıdır.

Esasen pratik ihtiyaçlar nedeniyle geleneksel yöntemlerden esinlenerek üretilen alternatif uyuşmazlık çözümü kolaylıkla kabul görmüş, teori ve uygulama iç içe geçerek, birbirini besleyerek süratle yayılmıştır. Söz konusu dalganın Türkiye'ye de ulaşmış olması, bu makalenin yazılma nedenlerinden ilkidir. Tamamen farklı bir hukuk sisteminin ürünü olan alternatif uyuşmazlık çözümü, Türkiye'ye aynı adla ancak yukarıda bahsi geçen sorulardan pek çoğu tartışılmadan taşınmıştır. Zaten orijinali de tutarlı bir kuramsal zemin sunmaktan oldukça uzak olduğu için, mahkemelere tanınan yargı erkinin bölüştürülmesinin ve uyuşmazlıkların farklı kurumlarca çözülmesinin hangi temele dayandırılabilceği gerçek bir soru halini almaktadır. İşte, Karl N. Llewellyn'in bu soruya makul bir cevap oluşturabilecek hukuk uğraşları kuramını tanıtmaya isteği, makalenin yazılma nedenlerinden ikincisidir.

Llewellyn her tip toplumsal birliğe uygulanabilecek nitelikte ve işlevselcilik izleri taşıyan bir kuram sunmaktadır. Hukukun birbiriyle bağlantılı beş tane işlevi, dolayısıyla beş farklı hukuk uğraşısı vardır. Bunlardan birincisi sorunların giderilmesi, konuyla ilgili olarak daraltırsak uyuşmazlıkların çözülmesidir. Asıl mesele bu ve diğer uğraşların yerine getirilmesi olduğu için, gerçekleştirecisi kurumundaki kurumun sıfatı pek de farketmemektedir. Mahkemeler, okul aile birlikleri, hakem heyetleri veya arabulucular, uyuşmazlıkları çözebilecek olanlardan sadece bir kısmıdır. Mahkemeleri diğer ihtimallerden, modern hukuk devletinin resmi mekanizması oluşu ayırmakta; Llewellyn, norm yerine kurum ve işlevi öne çıkardığı için, ikincil derecedeki sorunların 'bir şekilde' çözülmesi yeterli olmaktadır. Neticede işlevselci geleneğin uyum ve düzenin sürdürülmesine olan düşkünlüğü, Llewellyn'de de aynen karşılık bulur. Toplumsal bütünlüğün ve her alt birimin bütünlüğünün korunması adına, hukuk uğraşları yerine getirilmelidir. Hangi kurumun bu rolü üstlendiği pek de belirleyici olmadığı için, alternatif uyuşmazlık çözümü seçeneklerinden biri, hatta kurumsallaşmış yapısıyla mahkemelerden sonra en güçlüsü olarak sahneye çıkmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Adams, John N.- Brownsword, Roger. "Law Reform, Law-Jobs, and Law Commission No. 160", **The Modern Law Review**, Vol. 51, No. 4 (Jul., 1988), ss. 481-492.
- Barrett, Jerome T. **A History of Alternative Dispute Resolution**, Published in Affiliation with The Association for Conflict Resolution, www. adr. gov (1. 12.2012)
- Cotterell, Roger. **Law, Culture and Society- Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, England, 2006, Ashgate.
- Edelman, Lauren B.- Cahill, Mia. "How Law Matters in Disputing and Dispute Processing (Or, the Contingency of Legal Matter in Informal Dispute Processes)", Bryant G. Garth; Austin Sarat (editors), **How Does Law Matter?**, Northwestern University Press, 1998, Illinois, ABD, içinde, ss. 15-44.
- Goldberg, Stephen B. Green, Eric D. Sander, Frank E. A. "ADR Problems and Prospects: Looking to the Future", 69 **Judicature**, 1985-1986, ss. 291-299.
- Gray, Christopher Berry. **The Philosophy of Law -An Encyclopedia**, Vol. II, Taylor & Francis e-library, 2004.
- Harris, Phil. **An Introduction to Law**, New York, 2007, Cambridge University Press, 7. edt.
- Hart, H.L.A. **The Concept of Law**, New York, 2. edition, 1994, Oxford University Press.
- Hermann, Michele G. "The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice", 3 **J. Contemp. Legal Issues**, 1989-1990, ss. 117-123.
- Herriot, Ann Margaret. "ADR a Threat to Democracy?", 19 **Alternative L. J.**, 1994, s. 75-76.
- Keating, Albert. **Jurisprudence**, Ireland, 2011, Round Hall.
- Lamar, Tom "Comment Llewellyn's "Bramble Bush"", 11 **J. Pub. L**, 1962, ss. 412-418.
- Lewis, Norman. "Towards a Sociology of Lawyering in Public Administration", 32 **N. Ir. Legal Q**, 1981, ss. 89-105.
- Llewellyn, Karl N. "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method", **Yale Law Journal**, Vol. 49, June 1940, Number 8, ss. 1355-1400.
- Llewellyn, K. N. Hoebel, E. Adamson. **The Cheyenne Way- Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence**, University of Oklahoma Press, US, 1941.
- Menkel-Meadow, Carrie. "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR", 16 **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, ss. 1-37.
- Moffitt, Michael. "Which is Better, Food or Water? The Rule of Law or ADR?", **Dispute Resolution Magazine**, Summer 2012, Vol. 16, Number 4, ss. 8-9.

- Olsen, Henrik Palmer. Stuart Toddington, **Law in Its Own Right**, Portland Oregon, 2000, Hart Publishing.
- Özcan, Mehmet Tefvik. **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, 2008, Oniki Levha Yayıncılık.
- Pound, Roscoe. **Social Control Through Law**, USA, 1968, Archon Books.
- Rehbinder, Manfred. "Hukukun Toplumsal Fonksiyonları", (Çev. Ülker Gürkan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, ss. 455-475.
- Santos, Boaventura De Sousa. "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", Richard L. Abel (Edt.), **The Politics of Informal Justice vol. 1- The American Experience**, New York, Academic Press, 1982, ss. 249-266.
- Şahin Ceylan, Şule. **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, 2009, Oniki Levha Yayıncılık.
- Şahin Ceylan, Şule. "Kitap Değerlendirmesi: Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek Üzerine", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 175 vd.
- Taekema, Sanne. "The Point of Law: The Interdependent functionality of State and Non-State Regulation", Hanneke Van Schooten-Jonathan Verschuuren (Edt.), **International Governance and Law State Regulation and Non State Law**, UK, 2008, Edward Elgar Publishing.
- Twining, William. "Two Works of Karl Llewellyn- II", **The Modern Law Review**, Vol. 31, Issue 2, March 1968, ss. 165-182.
- Twining, William. **Karl Llewellyn and the Realist Movement**, London, 1985 (ilk basım 1973), Weidenfeld and Nicholson.
- Twining, William. "Alternative to what? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics, Alternative Dispute Resolution", **The Modern Law Review** Limited 1993, (MLR 56: 3, May), ss. 380-392.
- Twining, William. **Blackstone's Tower: The English Law School**, London, 1994, Sweet & Maxwell.
- Twining, William. **General Jurisprudence-Understanding Law from a Global Perspective**, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Ward, Ian. **An Introduction to Critical Legal Theory**, London, 1998, Cavendish Publishing Ltd.
- Yamamoto, Eric K. "ADR: Where Have the Critics Gone Essay", 36 **Santa Clara L. Rev.** (1996), ss. 1055-1067.

# ULUSLARARASI DÜZENLEMELER IŞIĞINDA MAĞDUR HAKLARININ VE SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA KANUN TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>1</sup>

*(Evaluation of the Rights of Victims and the Bill on Helping Crime Victims in the Light of International Documents)*

Fatma KARAKAŞ DOĞAN\*

## ÖZET

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devletin doğrudan doğruya sorumluluk almasına ilişkin görüşler bir yandan sosyal devlet olmanın gereği öte yandan ceza hukukunun kamusalılığı ilkesinin sonucudur. Mağdura veya suçtan zarar görene ceza yargılaması içinde yer vermek yahut özel hukuk hükümleri çerçevesinde tazminat davası açmaya yönlendirmek yetersiz kalmaktadır.

Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, suçtan doğan mağduriyetin devlet tarafından ayrılan bütçeden giderilmesine olanak sağlamaktadır. Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi ve Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi gereği olarak hazırlanana tasarı, bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğe saldırı teşkil bir suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişilerin zararının devlet tarafından giderilmesine olanak sağlamaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Suç mağduru, suçtan zarar gören, suçtan doğan zarar, suç mağdurunun hakları, Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi, Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi.

<sup>1</sup> Bu çalışma, aşağıda bilgileri bulunan uluslararası seminerde tebliğ olarak sunulmuştur. “**Uluslararası Düzenlemelerde Mağdur Hakları ve Uluslararası Belgeler Işığında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi**”, “Workshop on Improving the Situation of Victims of Violent Crimes, JHA 48036 European Commission (TAIEX-organised in co-operation with Ministry of Interior); Ceza Yargılamasının Eksik Parçası: Mağdur Hakları, Uluslararası Seminer, Emniyet Genel Müdürlüğü, 24-25 Mayıs 2012 Ankara.

\* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



### Abstract

Views that the state must assume direct responsibility for redressing any victimization arising from crimes are a consequence of both being a social state and the principle that criminal law is a public matter. Giving the victim or person harmed by the crime a place within the criminal adjudication process or directing such person to file an action for damages under the framework of private law provisions is not sufficient.

The Draft Law on Assisting Victims of Crime provides the opportunity to redress the victimization arising from crime out of a budget set aside by the state. The draft, which was prepared as required by the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power and the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes provides an opportunity for the state to redress the damages suffered by persons who have been harmed as a result of a crime constituting an attack on bodily, emotional or sexual integrity or who have suffered loss as a result thereof.

**Keywords:** Crime victims, Aggrieved person because of crime, Rights of crime victims, The Draft Law on Assisting Victims of Crime, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, The European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes.

## I. GİRİŞ

Suçtan mağdur olan ya da zarar gören kişilerin hakları ile suçtan doğan zararın giderilmesi, geçtiğimiz yüzyılın ortalarından itibaren ülkelerin iç hukuklarında ve uluslararası belgelerde kapsamlı şekilde yer bulmaya başlamıştır. Suçtan mağdur olanların haklarının korunması için özel önlemler almanın gerekli olduğunun yaygın kanaat haline gelmesinde, ceza hukukunun geçirdiği tarihsel gelişimin payı olduğunu kabul etmek gerekir.

İlk toplumlarda suça tepki verme hakkı ve yetkisi suç mağduruna aitti, öyle ki mağdurun bilinen en eski tepkisi, kendini savunma ve öcalma olmuştur. Bu tepkinin failin zararına sonuçlanması ve giderek toplumsal barışa hizmet etmekten uzaklaşması, uzlaşma kurumunun gündeme gelmesine yol açmıştır. Uzlaşma kurumunun kabul görmesi, suç mağdurlarını uzlaşmak zorunda dahi bırakmıştır.<sup>2</sup>

Cezalandırmanın bireylere ait olduğunun kabulü herhalde topluluklar arası çatışmayı kaçınılmaz kılmıştır. Giderek devlet olarak adlandırdığımız örgütlü toplum yapısının ortaya çıkması ile birlikte, genel kabul gören normlara aykırı davranışlara tepki verme yetkisinin de aşamalı olarak suç mağdurundan devlete kaydığı

<sup>2</sup> Çetin Özek, "Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar", İHFİM, C:L, S:1-4, İstanbul 1984, 16.

görülmektedir.<sup>3</sup> Bu gelişme ceza hukuku alanında, suç içeren normu belirleme, ihlali halinde faili yaptırıma mahkum etme ve mahkumiyet hükmünü infaz etme süreçlerinin devlet tarafından belirlenmesi ve yürütülmesi olarak ifade edebileceğimiz, ceza hukukunun kamusalılığı ilkesinin yerleşmesi ile sonuçlanmıştır.

Ortaçağa gelindiğinde, suçun kovuşturulması artık kişisel bir sorun olarak karşımıza çıkmamakta, suç normu yaratma ve normun ihlali halinde ceza kovuşturması yürütme yetkisi, devlete ya da onu temsil eden siyasal iktidara ait mutlak bir hak haline gelmişti.<sup>4</sup> İşte ceza hukukuna ilişkin tüm aşamaları belirleme ve yürütme yetkisinin devletin tekeline geçirilmesi, XI. ve XII. yüzyıldan itibaren mağdurun ceza hukukunun dışına itilmesine yol açmıştır. Nihayetinde XIX. yüzyıla gelindiğinde, ceza hukukunun kamusalılığı ilkesinin evrimini tamamlamış olduğunu görmekteyiz. Artık bireylerin birbirine karşı işlediği suçlar dahi devlete karşı işlenmiş kabul edilmekte ve cezalandırılmaktaydı.<sup>5</sup>

Bütün bu aşamalarda, tek tanrılı dinlerin ceza hukukuna etkisi büyük olmuştur. Tek tanrılı dinlerin ceza hukukunun sertleşmesine yol açan etkisi, failin öne çıkmasında, mağdurun geriye itilmesinde rol oynamıştır. Tek tanrılı dinler cezalandırmada kefaret düşüncesini öne çıkartınca, cezanın amacı kötülüklerden arındırmaya indirgenmiş<sup>6</sup> ve tüm suçların nihayetinde tanrıya ve onun yeryüzündeki temsilcisi olan siyasal iktidara karşı işlendiği anlayışı yerleşmiştir. Kuşkusuz tanrıya karşı suç işlediği kabul edilen kişinin cezalandırılmasında şiddet ve azap çektirmede sınır tanınmamıştır.<sup>7</sup>

Ceza hukuku sistemi içinde suç mağdurunun unutulup gitmesi sürecinin yüzyıllar boyu devam edebilmesinde, işlediği suç ile siyasal iktidara karşı karşıya kalan yani güçlü devlet karşısında tamamen korumasız kalan faile güvence sağlama çabaları belirleyici olmuştur. Kuşkusuz sanıklara uygulanan güvenceden yoksun yargılama ve acımasız cezalandırma yöntemleri ile haktan yoksun bırakılışları da, tüm dikkatleri sanıklara güvence sağlama çabalarına çekerek suç mağdurunun unutulduğu dönemin uzamasına yol açmıştır.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, Beta Yay., İstanbul 2011, 17.

<sup>4</sup> Veli Özer Özbek, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Ankara 1999, 42-43; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, “*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar*”, HPD, S:7, Temmuz 2006, 140; Sulhi Dönmezer, “*Devlet ve Suç Mağdurunun Korunması*”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, 141.

<sup>5</sup> Zafer, 17.

<sup>6</sup> Zafer, 17.

<sup>7</sup> Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 2002 Ankara, 39.

<sup>8</sup> Fatma Karakaş Doğan, “*Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı/The Compensations That Should Be Covered By The Amendment In The State Law To The Victims Crime*”, TBB Dergisi, 2011/95 Temmuz-Ağustos 2011, 202; Koca/Üzülmöz, “*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun...*”, 141.

## II. SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİNİN GEREKLİLİĞİ

### A. Genel Olarak

Tarihsel gelişim içinde, suçun bireylere karşı işlendiği ve bireyler arasında halinin gerektiği görüşünün egemen olduğu düzen, örgütlü toplum düzenine geçilmesi ile birlikte aşamalı olarak terkedilmiştir. Suçun bir başkaldırı olduğu kabul edilmiş ve suç mağduru aşılarak, fail ile siyasal iktidarı temsil eden devlet karşı karşıya gelmiştir. Esasen siyasal iktidar olabilmenin bir uzantısı olarak suçu önleyebilme görevi ve önleyememe halinde meydana gelen zararı giderme sorumluluğu da aynı bağlamda gelişebilirdi. Ancak suçu önleme iktidarı ile önleyemediği takdirde meydana gelen zararı mağdurun sırtından alıp giderme sorumluluğu ancak geçtiğimiz yüzyıl ortalarından sonra kamusal bir karakter alabilmiştir.

Kanımızca, ceza hukukunun kamusalılığı ilkesi, suç olarak tarif ettiğimiz norma aykırı eylemi gerçekleştiren fail ile olduğu gibi, suçtan doğrudan doğruya mağdur olan veya zarar gören kişiler ile de devlet arasında bir ilişki kurulması olarak anlaşılmalıdır. Suç ismini verdiğimiz norma aykırı davranış, suç faili ile devlet arasında failin yargılanması temelinde ceza hukuku ile bağlantılı kamusal nitelikte bir ilişkiyi meydana getirdiği gibi suç mağduru ile devlet arasında da suçtan doğan zararın giderilmesi temelinde, kamusal bir ilişkinin doğmasına yol açar biçimde yorumlanmalıdır.

Ceza hukuku katında, işlenen suçtan bir gerçek kişi zarar görse de, suç nedeni ile sadece devlet ile suç faili arasında ilişki kurulmasının kabul edilmesi, suçtan zarar gören bir gerçek kişi olsa da, her suçun mağdurunun devlet olduğu argümanına dayanmaktadır.<sup>9</sup> İşte bu anlayış ceza hukukunun kamusalılığı ilkesini devlet ile suç faili arasına hapserek, suç mağdurunu kamusal ilişkinin dışında tutmuştur. Çağımızın modern devlet ve ceza hukuku anlayışı, işlenen suç nedeni ile mağdur olan kişi ile devlet arasında doğrudan bir ilişki kurulmasını sağlayacak görüşler üzerinde odaklanmayı gerektirmektedir. Bu anlayışa göre, suç mağduru, suçtan doğan zararının giderilmesini doğrudan doğruya devletten talep edebilmeli ve devlet suçtan doğan zararı giderme yükümlüğünü yerine getirmelidir.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, sosyal devlet olmanın gereği olduğu kadar mağdur açısından adaletin sağlanmasının da koşuludur. Hukuk devletinde yaşayan bir kişi olarak mağdurun, suçtan doğan zararının karşılanmasını talep etme hakkı olmalıdır.<sup>10</sup> Devletin mağduru özel hukuk usulüne yönlendirmesi yahut faile suçtan doğan zararı giderme yükümlülüğü getirmesi, yeterli koruma sağlamaktan uzaktır.

<sup>9</sup> Özek, 13-14.

<sup>10</sup> Özbek, 94.

Yukarıda aktarılan gerekçeler ile Türkiye ceza adaleti sisteminin özgün koşulları, suç mağdurunun korunmasında ve suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde, geleneksel hukuk yollarının yerine yahut onların yanında işlemek üzere, başka kurumların düzenlenmesini gündeme getirmiştir.

## **B. Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi Hakkındaki Görüşler**

### **1. Kavram**

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi uzun yıllar boyu, suç faili ile suçtan zarar gören arasındaki kişisel bir mesele olarak görülmüştür. Dolayısıyla mağdura tazminat hukuku sınırları içinde, özel hukuk kurallarına göre kişisel dava açarak uğradığı zararı failden talep etme hakkı tanınmakla yetinilmiştir.

Çağımıza doğru yaklaştıkça, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine bir yandan sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği yani idare hukuku sorunu olarak bakılmaya başlanmış<sup>11</sup> öte yandan ceza hukuku içine alma, hatta bir yaptırım türü olarak düzenlemeye ilişkin tartışmalar yürütülmüştür.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kurumunun ceza hukuku içine sokulmasında, ceza sorumluluğunun esasını sosyal sorumluluğa dayandıran pozitivist okulun etkisi bulunmaktadır. Pozitivistler sosyal yaptırımın şekli ile derecesi üzerinde durmuştur. Klasik okul ise ceza hukuku ile medeni hukuk arasında keskin bir ayırım olduğunu ve suçun ilk sonucunun ceza olduğunu kabul etmiştir. Pozitivistlerin öngördüğü tedbirlerden olan onarıcı araçlardan bir tanesi de suçun yol açtığı zararın giderilmesidir.<sup>12</sup>

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusunda ileri sürülen başlıca görüşler aşağıda ele alınmıştır.

### **2. Suçtan Doğan Mağduriyetin Ceza Hukuku İçinde Giderilmesi Görüşleri**

Bu konuda yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin ceza hukuku yaptırımlarının yerine geçirilmesini savunurken,<sup>13</sup> başka gruptaki yazarlara göre, suçtan doğan mağduriyet

<sup>11</sup> Özbek, 165; Özbek, 165 dn.1.

<sup>12</sup> Özbek, 220-221, Pozitivistlerin öngördüğü diğer tedbirler ise; önleyici araçlar, tenkil edici ve zorlayıcı araçlar ile tasfiye edici araçlardır; Duygun Yarsuvat, "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması", İnan Kırac Armağanı, 1994 Ankara, 335; Günümüzde kullanılan anlamı ile onarıcı adalet, suçun işlenmesi ile doğan uyumsuzluğu mağdurlara verilen zararın giderilmesi ile çözen, bir yandan failleri yaptıklarından sorumlu tutarken öbür yandan toplumu sorunun çözümü sürecine ortak eden anlayışı ifade eder, Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, 2010 İstanbul, 64.

<sup>13</sup> Özbek, 175.

ceza yargılaması içinde giderilmelidir. Son olarak bir grup yazar, geleneksel görüşü savunarak, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin özel hukuka ait bir konu olduğunu ancak suçtan doğan mağduriyeti gideren failin bu davranışının ceza hukuku tarafından dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.<sup>14</sup> Bu görüşün etkilerini ceza hukuku mevzuatımızda görmek mümkündür.

Bizce, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin ceza hukuku yaptırımlarının yerine geçirilmesi görüşü, cezanın amacı ve ceza hukukunun kamusalılığı ilkesi ile uyum göstermeyecektir. Suçtan doğan mağduriyetin ceza yargılaması içinde giderilmesi görüşü ise yetersiz kalmaktadır. Ceza yargılaması içinde suç mağdurunu tatmin etmek ile suç failinin haklarını aynı ölçüde koruyabilmek mümkün değildir. Suç mağduru ile suç failinin çıkarları daima birbirine karşıttır.<sup>15</sup> Öte yandan suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin kamusal bir niteliği bulunduğu görüşü, suç mağduru ile fail arasında değil, suç mağduru ile devlet arasında bir ilişki kurulmasını gerekli kılmaktadır. Suç mağduru ile fail arasındaki ilişki ancak özel hukuk hükümleri temelinde yürütülebilir.<sup>16</sup>

Yukarıda açıklanan teorilerden geleneksel görüşün etkilerini Almanya ve Türkiye sistemlerinde görmek mümkündür.

### 3. Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi

Örgütlü ve meşru toplumların amacı, kişilerin güven içinde yaşamalarını sürdürebilmeğidir.<sup>17</sup> Bu bağlamda suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi insan haklarını ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmelidir. Kamu kurumları eliyle yürütülen suçla mücadele çalışmalarının bir bölümü olarak suçun yol açtığı zararın giderilmesinin yine kamu kurumları tarafından üstlenilmesi bu bakış açısının gereğidir. Devlet adına görev üstlenmiş olan kamu kurumlarının beklentilere yanıt verecek derecede iyi çalışmamasından doğan zarara katlanma yükümlülüğünün tek başına suç mağduruna yüklenmesi iyi yönetim anlayışı ile bağdaşmayacaktır. Dönmezer, devletin bir fon oluşturarak ve her yıl bütçe ayırarak suç mağdurlarının zararını gidermesi gerektiğinden yanadır.<sup>18</sup> Aydınlanma dönemi yazarları örgütlü toplumun ve devlet isimli siyasal yapının yetkilerinin kaynağını Toplum Sözleşmesine dayandırmakla esasen devletin faili cezalandırabilmesinin kaynağını ve sınırlarını çizme-

<sup>14</sup> Özbek, 198.

<sup>15</sup> Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi m.6/b; "Sanığın haklarına zarar vermeden ve ulusal ceza adalet sistemine uygun biçimde, mağdurun kişisel haklarını ilgilendirdiği durumlarda davanın gerekli aşamalarında kendisinin görüş ve düşüncelerini sunmasına izin verilir ve bunlar dikkate alınır," denilmekle, mağdur ile sanık haklarının karşı karşıya getirilmemesi gerektiğine işaret edilmiştir., <http://www.ihm.8m.com/i9sucyim.htm> (22 Mayıs 2012)

<sup>16</sup> Fatma Karakaş Doğan, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi ve...", "210-211.

<sup>17</sup> Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev.Sami Selçuk), 2004 İstanbul, 57.

<sup>18</sup> Dönmezer, "Devlet ve Suç Mağdurunun Korunması", 185-188.

nin ötesine geçmişlerdir.<sup>19</sup> Gerçekten de suç mağduruna karşı devletin sorumluluğu bulunduğu için kaynağını Toplum Sözleşmesine dayandırmak mümkündür.

Özek, devletin kişilerin sosyal ve kişisel güvenliğini sağlamaya yönelik anayasal fonksiyonlarının bir sonucu olarak, suçtan doğan mağduriyeti gidermesinden yanadır ve bunu vatandaş haklarından birisi olarak kabul etmektedir.<sup>20</sup> Suçtan zarar gören kişinin mağduriyetinin giderilmesi ancak devletin bu konuda sorumluluk üstlenmesi ile mümkün olabilir. Bir suçun işlenmesini takiben doğacak hukuksal ilişkinin sadece fail ile devlet arasında değil aynı zamanda mağdur ile devlet arasında olduğunun kabulü gerekir. Suçluya karşı görevleri bulunan devletin mağdura karşı da görevleri bulunmaktadır. İşte bu yükümlülük, mağdurun zararının devlet tarafından giderilmesi anlamına gelecektir. Geleneksel ve dolaylı önlemlerden farklı olarak, zararı gidermek sorumluluğu doğrudan doğruya devlete ait olmaktadır.<sup>21</sup>

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde faile sorumluluk yüklenmesi günümüzde özellikle onarıcı adalet programları çerçevesinde cezanın amacı ile uyumlu bulunmakta ve savunulmaktadır. Ancak çoğu zaman bizzat ceza hukuku yaptırımları failin mağdura karşı hareketsiz kalmasına yol açabilir. Özellikle öngörülen adli para cezası ile ceza mahkûmiyetinin hapis cezası olarak düzenlendiği durumlarda fail eylemsel olarak mağdurun zararını gidermeye yönelik bir faaliyet içine giremez. Öte yandan failin ödeme gücünün bulunmaması da bir eylemsizlik nedeni olarak karşımıza çıkabilir.

Günümüzde devletin suçla mücadele etme ve cezalandırma tekeli, suç faillerini cezalandırmanın yanında, suçtan doğan zararı gidermeyi kapsayacak şekilde geniş tutmak gerekmektedir.

### **III. ULUSLARARASI HUKUKTA MAĞDUR HAKLARI VE SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ**

Uluslararası alanda suçtan doğan mağduriyetin devlet tarafından giderilmesine olanak sağlayan temel düzenlemeler, “Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi” ile “Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” olup aynı zamanda inceleme konumuz olan “Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”nın dayanağını oluşturmaktadırlar.

Suç mağdurlarının uluslararası hukuk himayesindeki haklarının temel dayanağını “Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi” oluşturmaktadır. Bildiri, 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarih-

<sup>19</sup> Sokullu-Akıncı, Füsun, *Kriminoloji*, Beta Yay., İstanbul 2007, 113; Osman Dolu, *Suç Teorileri*, Seçkin Yay., 2010 Ankara, 85.

<sup>20</sup> Özek, 41

<sup>21</sup> Özek, 36-37.

leri arasında Milano'da toplanan "Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı" üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresinin tavsiyesi ile BM Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/34 sayılı karar ile kabul edilmiştir.<sup>22</sup>

BM Bildirisi m.8'de, suçu işleyenlerin veya bunların hareketlerinden sorumlu olanların, gerektiği takdirde mağdurlara, ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kimselere adil bir giderim vermesi gerektiği belirtilmiş ve m.12'de, tazminatın failden veya diğer kaynaklardan tam olarak alınamaması halinde, devletin tazminat ödemek konusunda çaba harcayacağı kabul edilmiştir.

1960'lı yıllardan itibaren Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde, suç mağdurlarının zararlarının tazminini sağlayacak düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Suç Sorunları Hakkında Avrupa Komitesi, 1970 yılındaki çalışma programına suç mağdurlarına tazminat ödenmesini eklemiştir. Bu program Bakanlar Komitesi tarafından 1974 yılında onaylanmış ve 1977 yılında suç mağdurlarına tazminat ödenmesi ile ilgili daha ileri bir düzenleme kabul edilmiştir. 1977 Yılında ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında (77)27 sayılı tavsiye kararı alınmıştır.<sup>23</sup>

Bu çalışmaların etkisi ile 116 sayılı "Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ortaya çıkmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 24 Kasım 1983 tarihinde kabul edilerek imzaya açılan Sözleşme, 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, yaralanma veya ölümlerle sonuçlanan kasıtlı şiddet suçu mağdurlarına devletlerin tazminat ödemesi konusunda asgari standartları içermektedir. Tazminat ödeme yükümlülüğü, suç mağdurlarının uyuşuğu önemli olmaksızın üye devletin ülkesinde işlenen suçlar için geçerlidir. Sözleşmeye göre, devlet başka kaynaklardan tazminat ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kasıtlı bir şiddet suçu sonucu bedenlen ciddi olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş kişilere ve bu tür suçlar sonucu ölenlerin bakmakla yükümlü oldukları yakınlarına tazminat ödemekle yükümlüdür.<sup>24</sup> Türkiye 24 Nisan 1985 tarihinde sözleşmeyi imzalamış ancak henüz uygun bulma kanununu çıkartmamıştır.<sup>25</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 28 Haziran 1985 tarihinde Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Usulü Çerçevesinde Mağdurun Konumu Hakkında 85(11) sayılı, 1987'de ise Mağdurlara Yardım ve Mağdur Edilmenin Önlenmesi Hakkında

<sup>22</sup> Mustafa T.Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, 38-39; <http://www.ihm.8m.com/i9sucyim.htm> (27 Aralık 2010).

<sup>23</sup> Cemil Kaya, "Avrupa Konseyindeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C:3, N:10, 2007, 27.

<sup>24</sup> Kaya, 27-28; Sözleşme metni için, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (26.12.2010)

<sup>25</sup> Kaya, 28, dn.20.

(87)21 sayılı tavsiye kararlarını kabul etmiştir.<sup>26</sup> Yargılamanın tüm aşamalarında mağdurun korunması gerektiğine işaret eden tavsiye kararlarına göre, mağdurun hakları ve onuru ihlal edilmemeli, gerek soruşturma, gerekse yargılama aşamasında özel hayatının gizliliği korunmalı, suç türünün gerektirmesi halinde, kendisinin ve ailesinin güvenliği sağlanmalıdır.<sup>27</sup>

Avrupa Konseyi Terörizm Hakkında Uzmanlar Komitesi tarafından yürütülen çalışmaların sonucunda, 116 sayılı Sözleşmenin terör suçları mağdurlarının desteklenmesinde yetersiz kaldığından bahisle, 16 Mayıs 2005 tarihinde 196 sayılı Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Sözleşmeyi 19 Ocak 2006 tarihinde imzalamıştır.<sup>28</sup>

Avrupa Konseyi'nin 15 Mart 2001 tarihli çerçeve kararı ile 14 Haziran 2006 tarihli ve 967. oturumda alınan (2006)8 sayılı tavsiye kararına göre, üye ülkelerde suç mağdurlarına destek verilmesi için özel birimler kurulmalı ve personel eğitilmelidir.<sup>29</sup> Bunun da ötesinde, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen tüm eylemlerin mağdurlarına, ceza davası sırasında ve sonrasında her türlü sosyal, ekonomik ve psikolojik yardımın sunulması gerekmektedir.<sup>30</sup>

## IV. SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA KANUN TASARISI

### A. Genel Olarak

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine hizmet etmek üzere yürürlüğe konulmuş bir düzenlemenin eksikliği öteden beri iç hukukumuzda dile getirilmekte idi. Çeşitli olaylar bağlamında uygulama alanı bulan düzenlemeler ise oldukça dağınık olup ortak amaca hizmet etmekten uzak olmakla eleştirilmektedir.

Halihazırda mevzuatımızda yürürlükte bulunmakla birlikte ancak belirli koşullar altında uygulama alanı bulabilecek olan belli başlı düzenlemeler olarak, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununu, 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanunu<sup>31</sup>, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına

<sup>26</sup> Kaya, 27-28.

<sup>27</sup> Özbek, 114-115.

<sup>28</sup> Kaya, 29 ve dn.24.

<sup>29</sup> Bayram Erzurumluoğlu, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", Polis Bilimleri Dergisi, C:11(4), 67-88, <http://www.pa.edu.tr/objects/assts/content/file/dergi/79/4-Makale-67-%2090.pdf>. (14 Aralık 2010), 73; Daha fazla bilgi için bkz. Kaya, 30.

<sup>30</sup> Daha fazla bilgi için bkz. Erzurumluoğlu, 81 vd.

<sup>31</sup> Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının, Adalet ve İçişleri'ne ilişkin 24. başlığın "Yargının İşlevselliği ve Kapasitesinin Arttırılması Suretiyle Etkin Bir Yargı sisteminin Tesis Edilmesi" alt başlığında "Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı"nın 2004 yılında çıkartılacağı taahhüt edilmiştir. Bu doğrultuda, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, 17.07.2004 tarihinde kabul edilmiş, 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun 5442 ve 5562 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğratılmıştır. Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere



Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>32</sup> ile 2230 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunu anmak gerekmektedir.

Türkiye’de idari yargı yolu, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde önemli bir seçenek olagelmıştır. Özellikle Danıştay ve Yüksek Askeri İdare Mahkemesi, mağdurun zararının giderilmesini, “hizmet kusuru”, “kusursuz sorumluluk”, “kandıran doğan sorumluluk” ve “sosyal risk” esaslarına dayandırarak önemli içtihatlar üretmiştir.<sup>33</sup>

1 Haziran 2005 tarihinde yenilenen Ceza Hukuku mevzuatımız incelendiğinde, mağdurun haklarını ve ceza yargılaması içindeki konumunu güçlendirici anlayışı göze çarpmaktadır. Önceki ceza hukuku mevzuatımıza yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine katkı sunabilecek dört temel kurum düzenlenmiştir. Bunlar, önödeme, uzlaşma, hapis cezasının ertelenmesi ve hapis cezasına seçenek kurumların oluşturulması olarak sıralanabilir.

İç hukukumuzda yürürlükte bulunan düzenlemelerin belirli koşullar altında uygulama alanı bulabilecek türden olması, günlük yaşamda suça maruz kalan kişilerin uğradığı zararın giderilmesinde kullanılmasına olanak vermemektedir. Uluslararası gelişmelere paralel olarak mevzuatımızdaki anılan eksikliği gidermek üzere, aşağıda ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacak olan Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı<sup>34</sup> hazırlanmıştır. İç hukukumuzun Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>35</sup> ile uyumlu hale getirilmesi bağlamında Bakanlar Kurulu tarafından “Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı” hazırlanarak görüşe sunulmuştur.<sup>36</sup>

Tasarının genel gerekçesi<sup>37</sup> incelendiğinde, öncelikle suç mağdurunun koru-

çıkartılan “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansısı Hakkında Yönetmelik” 20.10.2004 yürürlüğe girmiştir. Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının idare tarafından ve yargı yoluna gitmelerine gerek kalmaksızın en kısa süre içinde tespit edilmesini ve giderilmesini amaçlamaktadır., Kaya, 26.

<sup>32</sup> 20.03.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren bu kanun ile, 4230 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar\\_sd.sorgu\\_baslangic](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_baslangic) (21.5.2012)

<sup>33</sup> “6-7 Eylül 1955’de İstanbul ve İzmir’de meydana olaylardan zarar görenlerin mağduriyetinin giderilmesi hakkında” 28.02.1956 tarihli ve 6684 sayılı kanun sadece tek bir olay için çıkartılmıştır., Yarsuvat, 342; Fatma Karakaş, “*Sosyal Risk Teorisine Göre İdarenin Sorumluluğu*”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2004, S:13.

<sup>34</sup> Bundan sonra “Tasarı” olarak anılacaktır, Tasarı metni için bkz.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (28 Aralık 2010)

<sup>35</sup> Bundan sonra “Avrupa Sözleşmesi” olarak anılacaktır. Sözleşme metni için bkz., <http://www.avrupakonseji.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (30.12.2010)

<sup>36</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/gg.html> (28 Aralık 2010); Kaya, 28, dn.20.

<sup>37</sup> Tasarının genel gerekçesi için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (28 Aralık 2010)

masız kalma sürecine işaret edildiği ve ceza hukukunun dışına itildiğinin belirtildiği görülecektir. Şiddet suçuna maruz kalan kişilerin uğradığı zararın basit birer haksız fiil sonucu oluşan zarar olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmakta ve suç mağdurunun zararının giderilmesinin suç failinin insafına terkedilmemesi üzerinde durulmaktadır. Kaldı ki özel hukuk kurallarına göre zararının tazminini talep etme olanağı mağdur bakımından güvenceden yoksun olmanın yanında zahmetli olup, ekonomik külfet de içermektedir. Bu sakıncaların yanında suç mağdurunun failden talepte bulunabilmesi ancak failin tespiti ve mahkûm edilmesi halinde mümkün olabilmekte dolayısıyla failin tespit edilememesi yahut kovuşturulabilir halde olmaması halinde suçtan doğan zararın giderilmesini talep etmesi mümkün olamamaktadır.

Suç mağdurunun korunmasında, özel hukuk ve ceza hukuku düzenlemelerinden yararlanılması önemlidir ancak günümüz koşulları dikkate alınarak, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi olanaklarının genişletilmesi gerekmektedir. Modern devlette ekonomik ve sosyal güvenliğin temini ile mağdurun her ihtiyacının karşılandığı bir sosyal sistemin kurulması önemli bir ihtiyaçtır.<sup>38</sup> Bu ihtiyacı karşılamak üzere, suç mağdurlarının uğradığı zararın sosyal hukuk devleti ilkesine göre giderilmesini sağlamaya yönelik sistemler geliştirilmektedir. Tasarıda Anayasa m.2'de yer alan sosyal devlet ilkesi, m.17'de yer alan herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, m.40'da yer alan Anayasada tanınan hakları ihlal edilen herkesin yetkili makama gecikmeden başvurabilme hakkı ile m.60'da yer alan sosyal güvenlik hakkından bahsedilmektedir.<sup>39</sup>

Tasarının gerekçesinde devamla, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin suçtan mağdur duruma düşenlerin zararının tazmin edilmesine ilişkin 77/27 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca, 24.11.1983 tarihinde imzaya açılan Şiddet Suçu Mağdurlarına Devlet Tarafından Tazminat Ödenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından 24.4.1985 yılında imzalanmış olduğu ancak iç hukukta düzenleme bulunmaması nedeniyle henüz uygun bulma kanununun çıkartılmadığı belirtilmiştir. Bunun yanında Almanya, Fransa, İtalya ve İsviçre de içlerinde olmak üzere birçok Avrupa ülkesinin iç hukuklarında, Sözleşmeyle uyumlu düzenlemeler yapıldığı bilgisi verilmiştir.<sup>40</sup>

Özellikle suçtan zarar gören çocukların korunması bağlamında devletin yükümlülüğünün aynı zamanda BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m.39'un<sup>41</sup> gereği ol-

<sup>38</sup> Yarsuvat, 338; Tasarı sosyal hukuk devleti olma bakımından son derece önemlidir. Suçtan zarar görenlere ödenecek miktarlar yüksek değildir ancak bireylere, devletin yanlarında olduğunu hissettirecektir, Veli Özer Özbek, mhtml:file://D:\DESKTOP\suç mağdurlarının zararının giderilmesi kanunu tartışıldı.mhtml: http://ctcs-mucadele.net/?p=203, (6 Ocak 2011)

<sup>39</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (28 Aralık 2010)

<sup>40</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (28 Aralık 2010)

<sup>41</sup> "Taraflar Devletler, her türlü ihmal, sömürü ya da suistimal, işkence ya da her türlü zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silahlı çatışma mağduru olan bir

duğu vurgulanarak, çocuklara karşı yükümlülüğün kaynakları arasında, Bakanlar Kurulu tarafından 10.11.2008 tarihinde kabul edilen ve 31 Aralık 2008 tarihli ve 27097-5. Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine Türkiye Programının “Siyasi Kriterler” Bölümünde, çocuk haklarına yer verildiği anımsatılarak, Türkiye'nin çocuk haklarının sağlanması konusunda bölgesel ve uluslararası belgelere taraf olmaya devam etme iradesinde olduğu yinelenmiştir.

Bu hükümler dünyada ve ülkemizdeki gelişmeler ile birlikte değerlendirildiğinde, hukukumuzdaki boşluğun doldurulmasının yerinde olacağı anlaşılabacaktır.

### B. Tasarının Amacı ve Kapsamı

Tasarının amacı, m.1'de, suç mağduruna veya onun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişilere, sosyal devlet ilkesine uygun olarak yardım sağlanması biçiminde açıklanmıştır. Genel gerekçe ile madde gerekçesinde ise tasarının amacı, bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğe saldırı oluşturan suçlardan doğrudan doğruya mağdur olanlara veya mağdurun ölümü halinde bakmakla yükümlü olduğu kişilere, Anayasa m.2'de yer alan sosyal devlet ilkesi uyarınca devlet yardımı yapılması biçiminde açıklanmıştır.

Tasarının kapsamı m.2'de, suç mağduruna veya suçtan zarar görenlere, uğranılan maddi zararların tazmini için yapılacak nakdi ödemelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesi şeklinde ifade edilmiştir. Yalnızca Türkiye'de işlenen suçlardan doğan mağduriyetin giderilmesi düzenleme kapsamına alınmıştır. Türkiye'de işlenen suç kavramı Türk Ceza Kanunu m.8'de açıklanmıştır. Buna göre, fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.<sup>42</sup> Bunun yanında madde metninde, suç, Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasıran ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde de Türkiye'de işlenmiş sayılır.

Tasarı m.3'de metinde kullanılan terimlerin tanımlarına yer verilmek suretiyle ileride kanunun yorumlanmasına katkı sunulmuştur. Buna göre, “bakmakla yükümlü olunan kimseler”; suç dolayısıyla ölenin ana, baba, eş ve altsoyu, “suç”; bir kişinin uğradığı bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğüne saldırı teşkil eden

çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.” Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, UNİCEF Türkiye Temsilciliği, 2004 Ankara,15.

<sup>42</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., 20121 Ankara, 74 vd.

tüm eylemler, “mağdur”; kendisine karşı işlenen suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi, “çocuk”; daha erken yaşta ergin olsa bile, suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi, “yardım” ise; suç nedeniyle oluşan doğrudan kazanç kaybı, bakım, tedavi, protez ve cenaze giderleri ile suç sonucu ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenmesi gereken giderleri ifade etmektedir.

Bu bölümle ilgili eleştirilerin ilki, düzenleme ile oluşturulması amaçlanan kurumun “yardım” mı yoksa “tazminat” mı olduğu noktasındadır. Tasarının adında olduğu gibi, madde metinleri ile gerekçesinde kullanılan “yardım” ibaresinin uygun olmadığı, kurumun amacının suç mağduruna yardım etmek değil, suçtan doğan zararı gidermek olduğu belirtilmektedir.<sup>43</sup> Düzenlemeye kaynaklık eden Avrupa Sözleşmesinin başlığında da, “devlet tarafından tazminat ödenmesi” ifadesi kullanılmıştır. BM Bildirisi m.4 altında yer alan “Adaletle Ulaşma ve Adil Muamele Görme” başlıklı “... Mağdurlar uğradıkları zararlar için ulusal mevzuatta öngörülen adalet mekanizmalarına ulaşma ve bir giderim elde etme hakkına sahiptirler...” hükmü ile m.12’de, “... Devlet, aşağıdaki kişilere tazminat ödenmesi için...” denilmekle açıkça suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi “tazminat” olarak isimlendirilmiştir. Tasarı m.3’ten de “yardım” sözcüğü ile “tazminat”ın ifade edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim maddede “... kişilere ödenmesi gereken ...” ibaresi kullanılmakla esasen suçtan meydana gelen zararın giderilmesini istemenin bir hak olarak düzenlendiği anlaşılmakta olduğuna göre, tazminat sözcüğünün amaca daha iyi hizmet edeceği gözetilmeli ve gerek başlık gerekse tasarı metni gözden geçirilerek, “yardım” ibaresi yerine, “tazminat/giderim” ibaresi geçirilmelidir.

Tasarıda “suç mağduru” ve “suçtan zarar gören” kavramlarının, ceza hukukunda farklı anlamları olan birer terim olduğunun gözardı edilmesi ikinci eleştiri nedeni olmuştur. “Suçtan zarar gören” kavramına yer verildiği halde, ayrıca “suçtan dolayı ekonomik kayba uğrayan” kavramına da yer verilmesi yerinde olmamıştır. “Suçtan zarar gören”, aynı zamanda “suçtan dolayı ekonomik kayba uğrayan” kişidir.<sup>44</sup>

Tasarı m.3’de yer alan suç tanımı, eleştirilerin üçüncü noktasını oluşturmaktadır. Suç mağdurlarına tazminat ödenmesine ilişkin bir düzenlemede, suç kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda Türk Ceza Kanunu’na atıf yapılması yerinde olacaktır. Tasarı ile tüm suçların mağdurlarına değil, bedensel, ruhsal ve cinsel bütünlüğe karşı işlenen suçların mağdurlarına tazminat ödeneceği düzenlenmiştir. Öyle ise Türk Ceza Kanunu’nda bu hukuksal değerleri koruyan suç tiplerinin düzenlendiği hükümlere atıf yapılması gerekmektedir. Nitekim Avrupa Sözleşmesi’nde tazminatın kapsamına şiddet suçu mağdurları alınmıştır. Sözleşme

<sup>43</sup> Füsün Sokullu-Akıncı, “Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı”, Güncel Hukuk Dergisi ile Röportaj, Aralık 2009/12-72, 25.

<sup>44</sup> <http://www.ttb.org.tr/index.php/etikkurul/1963-etik> (6 Ocak 2011)

ile uyumlu olması açısından şiddet suçları kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Avrupa Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında ve m.2/a'da "kasıtlı bir şiddet suçu sonucu" denilmek suretiyle sadece kasten işlenen suçlardan mağdur olanlara tazminat verilmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir.<sup>45</sup> Başlangıç kısmında da belirtilmiş olduğu üzere, Avrupa Sözleşmesi sadece en az standartları içermektedir ve ülkeler suç mağdurlarına bu standartların daha üzerinde olanaklar sağlamak hususunda bağımsızdır. Tasarı'da suçun işlenmesine yol açan manevi unsur türünün ne olduğu gözetilmeksizin tazminat olanağı getirilmesi yerinde olmuştur.

Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi m.1'e göre; "Üye Devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye 'mağdur' denir." İbaresinden yararlanılması mümkündür. Bildiride böylelikle bir yandan yetki istismarından öte tarafta kanunların ihlalden herhangi bir şekilde maddi yahut manevi zarar görenlerin mağdur kavramına dahil olduğu ifade edilerek, ülkelerin iç hukuklarında konuya ilişkin kanunlara kuşkusuz öncelikle ceza kanunlarına atıf yapılmıştır.

### C. Yardımın Kapsamı ve Koşulları

Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne göre, esas sorumluluk suç failinin olmakla birlikte, sosyal sigorta ve benzeri kuruluşların da suçtan doğan zararın giderilmesinde sorumluluğu bulunmaktadır.

Avrupa Sözleşmesi m.2'ye göre, devlet, başka kaynaklardan tazminat ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kasıtlı bir şiddet suçu sonucu bedenen ciddi olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş kişilere ve bu tür suçlar sonucu ölmüş bulunan kişilerin bakmakla yükümlü oldukları yakınlarına tazminat ödemekle yükümlüdür.<sup>46</sup> Bu maddeye paralel olarak Tasarı m.4, devlet tarafından tazminat ödenmesini, başka kaynaklardan zararın giderilmesinin sağlanamaması koşuluna bağlamıştır. Avrupa Sözleşmesi m.9 ile BM Bildirisi m.12/1 düzenlemelerine paralel olarak bu maddede de, çifte tazminat ödenmesi engellenmek istenmiştir. Sosyal güvenlik kuruluşları ile sigorta şirketlerinin meydana gelen zararı tazmin etmesi halinde ikinci kere tazminat alınması mümkün olmayacaktır. Devlet tarafından yapılacak ödemede, evvelce yapılmış olan ödemeler dikkate alınır.

Avrupa Sözleşmesi m.2'ye paralel olarak, Tasarı m.4/(2) hükmüne göre, suç failinin bulunamaması, hakkında herhangi bir soruşturma yapılamaması veya mağ-

<sup>45</sup> <http://www.avrupakonseysi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (30 Aralık 2010)

<sup>46</sup> Kaya, 27-28; Sözleşme metni için, <http://www.avrupakonseysi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (26.12.2010)

durun zararını giderecek güçten yoksun olması halinde de, suç mağduru veya suçtan zarar göreninin uğradığı zararın devlet tarafından giderilmesi gerekmektedir. BM Bildirisi m.12'de aynı yönde tazminatın failden yahut diğer kaynaklardan tam olarak alınamaması halinde devletin tazminat ödemesi gerektiği düzenlenmiştir.

Avrupa Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında, suçtan dolayı mağdur duruma düşen kişilerin, suçun işlendiği ülke devleti tarafından tazmin edilmesine olanak sağlayıcı programların yürürlüğe konulması öngörülmüştür. Avrupa Konseyi'ne üye devlet vatandaşları, kendi ülkelerinde değil de üye devlet ülkesinde buldukları sırada şiddet suçuna maruz kalmaları halinde uğradıkları zararlarının giderilmesini isteyebilirler. Sözleşmeye üye ülkelerde daimi olarak ikamet eden yabancı uyruklu kişiler de bu haklardan yararlanabilirler. Zararın nasıl giderileceği hususu ülkelerin kendi iç hukukunda düzenlenecektir.<sup>47</sup>

Bu bağlamda Tasarı m.4'e göre, suçtan doğan zararın giderilmesi için, talepte bulunan kişinin işlenen suçun mağduru ve Türkiye vatandaşı olması gerekmektedir. Türkiye vatandaşı değil de yabancı uyruklu ise karşılıklılık ilkesi ile birlikte, mağdurun eylem tarihinden geriye doğru en az üç yıldır Türkiye'de yaşıyor olması koşullarının yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Tasarı m.19 ile bu hükme çocuklar açısından istisna getirilmiştir. Buna göre, göçmen kaçakçılığı veya insan ticareti suçlarının mağduru, Türkiye vatandaşı olmayan çocuklar ile sığınmacı statüsü kazanmış veya bu statüyü kazanmak için başvuruda bulunmuş çocuklar ve Türkiye vatandaşlığı için başvurmuş çocuklar hakkında, yukarıda belirtilen Türkiye vatandaşı olmak veya en az üç yıldır Türkiye'de ikamet ediyor olmak koşulları aranmayacaktır. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi için gerek çocuklar için kabul edilen istisna gerekse suçun meydana geldiği ülkenin vatandaşı olmanın koşul olarak aranmaması yerindedir.

Avrupa Sözleşmesi m.3'e göre, tazminat asgari olarak kazanç kaybını, bakım, hastane ve masrafları ile suç sonucu ölen kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişilerin bakım masraflarını kapsmalıdır. Bu hükme paralel Tasarı m.5'e göre yardım, işlenen suçun niteliğine göre; yaralanan, sakatlanan veya yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek şekilde malül olanların bakım, tedavi ve protez giderlerini, maruz kalınan suç nedeniyle çalışamamadan doğan kazanç kaybını, mağdurun ölümü halinde ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderlerini, kazanç kaybını, cenaze giderlerini ve ölenin bakmakla yükümlü olduğu eşi, altsoyu, ana ve babasına yapılacak yardımı ve ruhsal bakımdan görülen zarar nedeniyle yapılan tedavi masraflarını kapsar. Suç mağdurlarının yakınlarının giderim talebinde bulunması, mağdurun ölmüş olması koşuluna bağlıdır. Suç mağdurlarının yakınları, ekonomik açıdan ölen kişiye bağımlı iseler suçtan zarar gören olarak kabul edilebilirler<sup>48</sup>. Ölüm halinde belirlenen

<sup>47</sup> Yarsuvat, 337.

<sup>48</sup> Özek, 45.

nakdi ödeme, ölenin eş ve altsoyuna, bunların olmaması halinde ana ve babasına yapılır. Bu bağlamda BM Bildirisi m.1/2'de mağdur kavramı, mağdurun ailesini veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve zor durumunda mağdura yardımcı olmaktan veya mağduriyeti önlemekten ötürü zarar gören kişileri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Mağdur sıfatının belirlenmesinde, mağdur ile fail arasındaki ailevi ilişkinin belirleyici olmaması da vurgulanmıştır. Bu hususun iç hukuk uygulamalarında dikkate alınması özellikle fail ile mağdur arasında eş veya alt-üst soy ilişkisinin bulunduğu hallerde önemsenmesi gerekmektedir.

Tasarı m.2'de yer verilmemek suretiyle, manevi zararın karşılanması kanununun kapsamı dışında bırakılmış, Tasarı m.5/3'de ise manevi zararların yardım kapsamı dışında olduğu açıkça belirtilmiştir. Tasarının genel gerekçesi ile madde gerekçesinde, devletin suçun faili olmadığı dolayısıyla suçtan doğan manevi zararı üstlenmeyeceği ancak manevi zararın, özel hukuk hükümlerine göre suç failinden talep edilebileceği ifade edilmiştir. Devlet suçtan doğan maddi zararı gidermeyi yüklenmekte, manevi zarar kapsam dışında tutulmaktadır. Bu düzenleme Avrupa Sözleşmesi m.3'de yer alan düzenleme ile uyum içindedir. Ancak dikkat edilirse Avrupa Sözleşmesi'nde uygulanması gereken asgari olanaklar düzenlenmiş ve en az maddi zararın giderilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ülkelerin suç mağdurlarına veya suçtan zarar görenlere, suçtan doğan zararın giderilmesinde Sözleşme'de öngörülen asgari standartların üzerinde olanaklar sağlaması önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Öte yandan tazminat hukukunda zararın, maddi ve manevi olmak üzere iki türü bulunduğu ve maddi zararın manevi zarara göre üstün ya da öncelikli olduğunun ileri sürülemeyeceği anımsanmalıdır. Kaldı ki, BM Bildirisi m.1'de, "... manevi acılar çeken ..." ibaresine yer verilmekle kanımızca manevi zararların da giderilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bize göre, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi manevi zararın çok belirgin olduğu hallerde mağdura manevi tazminat ödenmesi yerinde olacaktır. Gerçekten de bu suçlarda manevi zararın çok belirgin olmasına karşın maddi zarar ancak tedavi giderlerini kapsayabilmektedir.

Bir suçtan mağdur olanların, uğradığı zararın tazmin edilmesini devletten talep edebilmesi, genellikle işlendiği iddia edilen suçu güvenlik güçlerine rapor etmeyi gerektirmektedir.<sup>49</sup> Suç mağdurunun tazminat talebinde bulunabilmesi için maruz kaldığı suçu derhal polise haber vermesi bir ön şart olarak kabul edilebilmektedir. Suçu bildirme için geçirilmesi mümkün süreler ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, suçun işlenmesinden itibaren altı ay, iki ya da beş yıl olarak düzenlenebilmektedir.<sup>50</sup> Avrupa Sözleşmesi m.6'da tazminat başvurusunun belirli bir süre içerisinde yapılması zorunluluğunun kabul edilebileceği yer almaktadır. Bu düzenlemeye uygun olarak Tasarı m.6'da, yardım isteminde bulunma süresi suçun işlendiği tarihten itibaren bir yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre geçildikten sonra yapılacak başvurular

<sup>49</sup> Erzurumluoğlu, 78.

<sup>50</sup> Yarsuvat, 337.

dikkate alınmayacaktır. Fakat özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda mağdurun kamu makamlarına gitmekten çekindiği gözardı edilmemelidir. Bu hususlardan doğacak hak kaybını engellemek için tasarıya özel bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır.

Yardım talebinin iletilmesi için bir yıllık hak düşürücü başvuru süresi ve başvuru tarihinden itibaren yardım kurulunun üç ay içinde karar vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümlerden, suç faili hakkında yürütülecek soruşturma veya kovuşturmanın akıbetinin beklenmeyeceği anlaşılmaktadır. Bu düzenleme ile suçtan doğan zararın kısa bir süre içinde giderilmesi amaçlanmaktadır.

Tasarı m.7’de, yapılacak yardımın miktarı düzenlenmiştir. Avrupa Sözleşmesi m.5’te devletlerin tazmin edilecek zarar kategorileri için alt ve üst sınırlar belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Suç sonucu meydana gelen zarar dikkate alınarak her kategori için yapılacak en yüksek yardım miktarı gösterilmiştir. Yaralanmalarda ikibinikiyüzelli Türk Lirası, sakatlanmalarda dokuzbin Türk Lirası, yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek derecede malül olanlara yirmialtıbin Türk Lirası, ölenin ana, baba, eş ve altsoyuna onbeşbin Türk Lirası ödeme yapılması azami sınır olarak kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu’nun, yukarıda belirlenen nakdi ödeme miktarlarını %30’a kadar artırmaya veya yasal sınıra indirmeye yetkili olduğu aynı maddede düzenleme altına alınmıştır.

“Yardım miktarının belirlenmesi” başlıklı Tasarı m.8’e göre, yardım miktarının belirlenmesinde mağdurun beyanı esas alınacaktır. Gerek görülmesi halinde mağdurun mesleği, ekonomik ve sosyal durumu hakkında araştırma yapılır. Yardımın tamamını veya bir kısmını yapması muhtemel sosyal güvenlik kuruluşları ile sigorta şirketlerinden bilgi alınır.

Avrupa Sözleşmesi m.8’de yer alan düzenlemeye göre, mağdurun veya başvuruda bulunan kişilerin suçun işlenmesi öncesindeki, sırasındaki veya sonrasındaki veya yaralanma veya ölümle ilgili davranışı, tazminat miktarının azaltılmasına veya talebin tamamen reddine neden olabilir. Mağdur veya tazminat talebinde bulunan kişinin örgütlü suçla ilişkide bulunması veya şiddet suçu işleyen bir örgütün üyesi olması da aynı sonuçlara yola açabilir. Tazminatın tamamen veya kısmen ödenmesinin hakkaniyet ilkesine veya kamu düzenine aykırı olması halinde de tazminat miktarı kısmen veya tamamen reddedilebilir. Bu düzenlemeye paralel olarak Tasarı m.9’da, suçun işlenmesinden sonra mağdurun gösterdiği davranışlara, yapılacak yardım miktarının azaltılması veya reddi bağlamında bazı sonuçlar bağlanmıştır. Mağdur, suçun ortaya çıkartılması, faile karşı ceza soruşturması yapılması ve zararın tespit edilmesi hususlarında kendisinden beklenen yardımda bulunmalıdır. Özellikle işlenen suçu soruşturma ve kovuşturma makamlarına gecikmeksizin bildirmelidir.



Tasarı m.9/1(b) hükmünde yer alan “mağdurun, saldırının meydana gelmesine veya artmasına katkıda bulunması” tazminat talebinin kısmen veya tamamen reddi nedeni olabilir. Son yıllarda mağdurbilimi alanında yapılan tartışmalar dikkate alınarak, mağdurun suça yol açması haline, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi aşamasında hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Mağdurun suça yol açması, faili cesaretlendirmesi veya kendisine karşı suç işlenmesi riskini arttırması halini ifade eder. Esasen Türk Ceza Kanununda, mağdurun suça katkısının bulunmasına hukuki sonuçlar bağlandığını gösteren hükümler bulunmaktadır.<sup>51</sup> TCK m.61'e göre cezanın belirlenmesi aşamasında yargıcın mağdurun suça katkısını dikkate alması mümkündür. Kaldı ki takdiri indirim nedenlerini düzenleyen TCK m.62'de mağdurun suça yol açması dikkate alınmaktadır. Bunların yanında haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan yahut bir kısım hukuka uygunluk nedenleri olarak da, mağdurun suça yol açması, failin eylemindeki haksızlığı azaltarak cezasında indirim yapılmasına olanak sağlamaktadır.<sup>52</sup>

Tasarı m.9/1(a)-(b) hükümlerinin suç mağdurunun veya suçtan zarar görenin çocuk olması halinde uygulanması, Tasarı m.20 ile engellenmiştir. Madde gerekçesine göre, suç mağdurunun veya suçtan zarar görenin çocuk olması, büyüklerden farklı ve ayrıcalıklı muamele görmesini gerektirmektedir. Çocuğun talebi, saldırının meydana gelmesine veya artmasına katkıda bulunduğu gerekçesi ile kısmen veya tamamen reddedilemez. Aynı yönde suçun ortaya çıkarılması, faille karşı ceza soruşturması yapılması veya zararın tespiti konusunda kendisinden beklenen yardımda bulunmadığı veya suça konu olayı gecikmeksizin soruşturma ve kovuşturma makamlarına bildirmemesi gerekçe gösterilerek yapılacak yardım azaltılamaz veya tamamen reddedilemez.

Mali durumu suçtan doğan zararı rahatlıkla karşılayacak kadar iyi olan kişilere, devlet tarafından herhangi bir tazminat verilmemesi genellikle kabul edilmektedir.<sup>53</sup> Bu doğrultuda Tasarı m.9/c hükmünde, mağdurun mali durumunun kendisine yardımda bulunulmasını gerektirmeyecek kadar iyi olması halinde, yardım kurulunun hakkaniyet ilkesi çerçevesinde yardım istemini kısmen veya tamamen reddetmesine olanak sağlanmıştır. Bu hüküm, Avrupa Sözleşmesi m.7'de yer alan, kişinin maddi durumuna göre tazminat miktarının azaltılabilemesi veya tamamen reddedilebilmesine dair düzenlemeye paraleldir.

Tasarı m.10'da, mükerrer ödemenin engellenmesi, m.11'de, devlet ve yetkili makamların, ödenmiş olan yardım miktarı kadar suç failine rücu edeceği ve m.12'de ise, yapılan yardımın haksız olduğunun mahkeme kararı ile belirlenmesi halinde geri alınabileceği hususları düzenlenmiştir.

<sup>51</sup> Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 117.

<sup>52</sup> Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 135.

<sup>53</sup> Yarsuvat, 336.

#### **D. Yardım Kurulları ve Çalışma Esasları**

Tasarı m.13'e göre, vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı, il defterdarı, il sağlık müdürü, Sosyal Güvenlik Kurumu il müdürü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu il müdürü veya görevlendirecekleri yardımcısı, sosyal çalışmacı ile baro temsilcisinden oluşan il yardım kurulu kurulur. Valinin uygun bulacağı ilçelerde de yardım kurulu kurulması mümkündür.

Yardım kurullarının merkezi örgütün temsilcisi olan valilik bünyesinde oluşturulmasını tümüyle Türkiye'nin geleneksel yönetim anlayışına bağlamak gerekir. Bize göre kurulun oluşumunda merkezi teşkilata bağlılık yerine, amaca hizmet edebilecek uzmanlıkta olmak kriteri tercih edilmelidir. Uzmanlıklarının gerektirdiği konularda örneğin il defterdarına ya da il sağlık müdürüne görüş sorulması mümkündür ancak bu kişilerin kurulun daimi üyesi olarak atanması büyük olasılıkla kurulun çalışma hızını yavaşlatacak ve kararların kalite ve isabetini olumsuz yönde etkileyecektir.

Tasarı m.14'e göre, yardım istemi bir dilekçe ile yardım kuruluna iletilir. Tasarı m.15'e göre yardım kurulu, gerekli gördüğü hallerde uzmanlardan yararlanabilir. Kurul, ceza soruşturması veya kovuşturması yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın her türlü araştırma ve incelemeyi kendiliğinden yapar ve gerekli bulması halinde ilgili kişileri dinleyebilir.

Tasarı m.21'de "bildirim yükümlülüğü" adı altında, yardım talep eden çocuğun korunmaya ihtiyacı bulunduğu tespit edilmesi halinde, bu durumun Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirilmesi görevi, yardım kuruluna verilmiştir. "Çocuğun aydınlatılması" başlıklı m.22'de, çocuğun ve yasal temsilcisinin, yararlanılabilecek haklar ve koruma alma olanakları konusunda bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tasarı 23'de göre, çocuklarla ilgili başvurularda ve başvuru sonrası yapılacak işlemlerin yürütülmesinde gizlilik ilkesi geçerlidir. Tasarı m.24'de, yapılacak işlemlerde çocuğun dinlenmemesinin esas olduğu, dinlemenin gerekli olduğu hallerde ise bir uzmanın bulundurulması ve mümkün olduğu ölçüde çocuk için uygun ortamın sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

Tasarı m.16'da, yardım kurulunun başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde karar vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu süre zorunlu hallerde en fazla bir ay uzatılabilir. Bu süre içinde karar verilmemesi halinde, yardım talebi zımnen reddedilmiş sayılır. BM Bildirisi m.6/e altında, "Davalarının sonuçlandırılmasında ve tazminat öngören emir veya kararların uygulanmasında gereksiz gecikmelerden kaçınılır." Denilmektedir. Bu hüküm, mağdurlara tazminat ödenmesi sürecinde olduğu kadar, mağdur sıfatı ile yer aldığı ceza davasının soruşturulma ve kovuşturulması sürecinde de gereksiz gecikmelerden kaçınma bağlamında devletlere sorum-

luluk yüklemektedir. Tasarıda yer alan 3 ay içinde zararın giderilmesi konusunda karar verme zorunluluğuna dair hükmün, ceza soruşturma ve kovuşturmalarının bu süre içinde kaydadeğer bir aşama kaydetmemiş olması nedeniyle verilen kararların sonradan sıklıkla değişmesine yol açma tehlikesi bulunduğu gözden uzak tutulmalıdır.

Anayasa m.125 gereği idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabidir. Kurula yaptığı talep kısmen veya tamamen reddedilen suç mağdurlarının ya da suçtan zarar görenlerin idari yargı yoluna başvurusu mümkün olmalıdır.<sup>54</sup>

### E. Yürürlük Hükümleri

Tasarı Geçici m.2'de kanun hükümlerinin, kanununun yürürlüğe girmesinden sonra işlenecek suçlar için geçerli olacağı ve yetişkinler bakımından 1 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Tasarının yürürlük maddesinde ise, kanunun yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği yer almaktadır. Tasarının kanunlaşması halinde yürürlüğe girmesi için öngörülen tarih son derece uzaktır.<sup>55</sup> Kuruluşların altyapı çalışmaları ile bütçe olanaklarının tamamlanması için kanunun yürürlük süresinin makul bir süre sonraya ertelenmesi mümkündür. Ancak yürürlük süresinin beş yıl sonraya bırakılması makul görülemez. Kanunun yayınlanmasından sonra suçtan mağdur olan veya zarar görenlerin salt yürürlük maddesinden dolayı zararlarının giderilmesini talep edememesi hakkaniyete uygun olmayacaktır.

### V. SONUÇ OLARAK

Gerek insan hakları hukuku alanında kabul edilen standartların giderek yükselmesi ve gerekse devletin ceza hukuku alanında yüklediği suçla mücadele etme sorumluluğu birlikte değerlendirildiğinde, suçtan doğan zararın giderilmesinin devletlerin görev sınırları içine çoktan dahil olduğu anlaşılacaktır.

Suç işlenmesi ile ceza hukukunun kamusalılığı ilkesi gereğince fail ile devlet arasında ilişki kurulmakta ve bu ilişki failin kovuşturulup cezasının infazı ile yahut aklanması ile sona ermektedir. İşte ceza hukukunun kamusalılığı ilkesi aynı biçimde suç işlenmesi ile suç mağduru arasında da bir ilişkinin doğmasına yol açmalıdır ve bu ilişki de mağdurun zararının giderilmesi yahut giderim sağlanmasının temellerinin bulunmadığının tespiti ile sona ermelidir. Bu anlayış çağımızın hukuk anlayışını ve hukuksal düzenlemelerini yarım yüzyılı aşkın zamandır etkilemektedir. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde mağdura veya suçtan zarar görene ceza yargılaması içinde yer vermekle veya özel hukuk hükümleri çerçevesinde suç faili aleyhine tazminat davası açmaya yönlendirilmekle yetinilmenin yetersiz kaldığının

<sup>54</sup> Sokullu-Akıncı, "Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı".

<sup>55</sup> Sokullu-Akıncı, "Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı".

görülmesi devletin doğrudan doğruya sorumluluk alması gerektiği görüşlerinin yaygınlık kazanmasına katkı sunmuştur.

Hukuksal düzenlemelerde, geleneksel ceza adalet sisteminin mağduru yeniden mağdur eden uygulamalarına karşı önlem almak üzere düzenlemeler yapılmaktadır. Aynı zamanda suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, mağdurun kişisel sorunu olmaktan çıkartılarak kamusal gücün de katkısı ile giderilmek istenmektedir. Bütün bu gelişmeler giderek suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devletin sorumluluğunu öne çıkartmaktadır.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde sorumluluğun suç failine yüklenmesi, ceza yargılamasının fail-mağdur çatışması üzerine kurulmasına yol açma tehlikesi taşımaktadır. Kaldı ki bu anlayışın, ceza hukukunun evrimini tersinden okuma anlamına gelme olasılığı vardır. Nitekim tarihsel gelişim içinde ceza hukuku başlangıçta fail-mağdur çatışması üzerine kurulu iken zamanla fail-devlet arasında cerayan etmeye başlamıştır. Bu bağlamda suç mağdurunun ceza hukukuna yön vermesini kabul etmemek gerekir. Suçu cezalandırma yetkisi devlete bırakılmış olduğuna göre mağdurun yeniden ceza hukuku içine alınması, mağdurun duygularının ceza hukukuna yön vermesine yol açarak, sanık hakları ile mağdur haklarını karşı karşıya getirecektir. Suçtan doğan zararın giderilmesinde devletin etkin rol ve sorumluluk yüklenmesi, fail ile mağdur arasındaki çatışmanın şiddetini azaltacağı gibi mağduru da yalnızlıktan kurtaracaktır.

Türkiye iç hukukunda suç mağdurlarının korumasızlığı ve her olaya uygulanabilir kapsamlı genel bir düzenlemenin varolması gerektiği öteden beri ileri sürülmekteydi. Özellikle ceza hukuku mevzuatımızda 2005 yılında yapılan reformla suç mağdurunun konumunun güçlendirilmeye çalışılması çabalarına paralel olarak çalışmalara hız verilmiştir. Gerek iç hukukumuzda gerekse dünyada yaşanan gelişmeler dikkate alınarak, suçtan doğan mağduriyetin devlet tarafından ayrılan bütçeden giderilmesine olanak sağlamak üzere, “Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır.

“Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi” ile 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe giren “Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”nin gereği olarak hazırlandığı, Tasarının genel gerekçesinde ifade edilmiştir. Yasalaşması halinde Tasarı, bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğe saldırı teşkil bir suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişilerin zararının devlet tarafından giderilmesinin doğrudan dayanağı olacaktır.

Uluslararası belgelerde yer alan temel standartlar ile yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak gerekli düzeltme ve eklemeler yapılarak en kısa zamanda yasalaşması halinde bu Tasarının iç hukukumuzdaki boşluğu dolduracağı anlaşılmaktadır.

**KAYNAKÇA**

- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME, UNICEF Türkiye Temsilciliği, Ankara 2004.
- CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Seçkin Yay., Ankara 2002.
- CESARE, Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev.Sami Selçuk), İmge Yay., İstanbul 2004.
- DOLU, Osman, Suç Teorileri, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, in: Onar Armağanı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, 179-191.
- ERZURUMLUOĞLU, Bayram, “Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması”, Polis Bilimleri Dergisi, C:11(4), 67-88, <http://www.pa.edu.tr/objects/assts/content/file/dergi/79/4-Makale-67-%2090.pdf>. (14 Aralık 2010)
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. B., Adalet Yay, Ankara 2011.
- KARAKAŞ, Fatma, “Sosyal Risk Teorisine Göre İdarenin Sorumluluğu”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2004, S:13.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, TBB Dergisi, 2011/95 Temmuz-Ağustos 2011, 197-234.
- KAYA, Cemil, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 3, No:10, 2007, 25-42, <http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/Xk7rT2E9hODsSLSJevty8ZQvm81fCf.pdf> (14.12.2010)
- KIRAN, Burcu, “Mağdur Haklarının Gelişimi”, in: Uluslararası Ceza Mahkemesi Mağdur Hakları El Kitabı, <http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/magdurlaricinevrenseladalet.pdf>, (27 Aralık 2010, 31-32.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, “Ceza ve Ceza Muhakemesi, Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, HPD S:7 Temmuz 2006, 140-149.
- ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi”, Seçkin Yay., Ankara 1999.

- ÖZEK, Çetin, “*Suç Mağdurlarının Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar*”, İHFM, C:L, S:1-4, İstanbul 1984, 13-67.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, *Kriminoloji*, Beta Yay., İstanbul 2007.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, *Viktimoloji*, Beta Yay., İstanbul 2008.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, “*Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı*”, *Güncel Hukuk Dergisi* ile Röportaj, Aralık 2009/12-72.
- SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA KANUN TASARISI, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (21 Aralık 2010)
- SUÇTAN VE YETKİ İSTİSMARINDAN MAĞDUR OLANLARA ADALET SAĞLANMASINA DAİR TEMEL PRENSİPLER BİLDİRİSİ, <http://ihm.8m.com/i9sucyim.htm> (22 Mayıs 2012)
- ŞİDDET SUÇU MAĞDURLARINA TAZMİNAT ÖDENMESİNE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aa-s187o.htm> (22 Mayıs 2012)
- ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE MAĞDUR HAKLARI EL KİTABI, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Çalışma Grubu, Ece Matbaası, <http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/magdurlaricinevrenseladalet.pdf> (27 Aralık 2010)
- YARSUVAT, Duygun “*Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması*” İnan Kıracı’ a Armağan Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ankara 1994, 333-344.
- YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 4. B., Yetkin Yay., Ankara 1992.
- YÜCEL Mustafa T., *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2007.
- ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, Beta Yay., İstanbul 2011.



**ASKERÎ CEZA KANUNUNDA KENDİNİ ASKERLİĞE  
YARAMAYACAK HALE GETİRMEK SUÇU  
(AsCK m.79)**

*(The Crime of Making Yourself Useless For Military Service in the  
Military Criminal Law)  
(Military Criminal Code: 79<sup>th</sup> article)*

**Gökhan Yaşar DURAN\***

**ÖZET**

1930 tarihli Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nun 79'ncü maddesinde düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu ile askerlik yükümlülüğü ve bundan doğan askeri hizmetin yasanın öngördüğü herkes tarafından, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde zamanında yapılması ve devamlılığı teminat altına alınmaktadır.

Nitekim söz konusu maddede, kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızası ile bu hale getirenler cezalandırılmaktadır. Yine bu suç ile bağlantılı olarak müteakip AsCK 80'nci maddesinde, "79'ncü maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapanlar"<sup>1</sup> in da aynı ceza ile cezalandırılacakları öngörülmektedir. Bu nedenle aradaki bağlantı nedeniyle konumuz olan AsCK 79 yanında 80'nci maddesi de birlikte incelenecektir.

Suç faillerinin asker ya da sivil şahıs olmaları durumuna göre, bu suçtan dolayı yargılama merci belirlenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Askerlik yükümlülüğü, Askerî hizmet, Askerlik çağı

***Abstract***

With the crime of making himself deliberately useless for military service which has been regulated in the 79<sup>th</sup> article of the Military Criminal Law in 1930, it is aimed to guarantee to execute on time the military service obligation and the permanence of military service arised from this obligation in accordance with the honest, fair and equality principles by all people determined by law .

\* Yrd. Doç. Dr., Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



As a matter of fact, in the above-mentioned article, the people at military age who mutilate yourself deliberately or make yourself useless for military services thus any are envisioned to be punished.

In the 80<sup>th</sup> article of the Military Criminal Law in relation with this crime, the people at military age who perform to the others deliberately the same acts written in the 79<sup>th</sup> article are envisioned to be punished with the same penalty. The 79<sup>th</sup> and 80<sup>th</sup> articles of the Military Criminal Law will be analysed together due to the connection between them.

The authority for judging this crime will be determined according to the perpetrator of the crime, for instance, whether the perpetrators and their accomplices are soldiers or civilians.

**Keywords** : Military obligation, Military service, Military age.

## I. GENEL BİLGİLER

Askerî Ceza Kanunu (AsCK) Üçüncü Bap, Dördüncü Fasal başlığı ("*Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak*") altında üç tip suç düzenlenmektedir. Bunlardan AsCK 79 ("*Kendini askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası*") ve AsCK 80'nci ("*Başkasını askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası*") maddeleri inceleme konumuzu oluşturacaktır.<sup>1</sup>

Kabul edilışinden itibaren herhangi bir değişiklik olmadan günümüze kadar gelen<sup>2</sup> AsCK 79'ncü maddesi şöyledir: "(1)*Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*(2)*Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise suçlu yedi seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.* (3) *Fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.*"

Yine orijinal düzenleniş metni gibi günümüze kadar aynen korunarak gelen AsCK 80'nci maddesinde ise 79'ncü madde ile bağlantılı olarak "*79'ncü maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılacaktır*" hükmünü ihtiva etmektedir.

Madde metninde geçen, "*sakatlamak*" eylemi, Askerî Yargıtay kararlarında; vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle

<sup>1</sup> AsCK 79 gibi, Fransa'da 1857 ve 1928 tarihli kanunlardan sonra kabul edilen 2010 yılında önemli değişiklikler yapılan içinde askerî suçlar ile uygulanacak cezaların yanısıra, muhakemeye ilişkin kuralları da içeren 1965 tarihli Askerî Adalet Kanunu'nda (Code de Justice militaire) askerlik yükümlülüğüne ilişkin suçlardan kaçaklık, firar, firara tahrik ve firari askere yataklık dışında konumuz olan kendini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçuna da yer verilmiştir. Bu açıklama için bkz. Zeynel T., Kangal Askerî Ceza Hukuku, Ankara, 2010, s.30-31.

<sup>2</sup> Bu madde ile ilgili ayrıntılar için bkz. Fahrettin Demirağ, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000, s.79.

işlev yapamaz hale getirme olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup> “Askerliğe yaramayacak hale” gelmek ise, askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup>

Sakatlama sonucu, mükellefin kısmen askerlikten kurtulmasıyla suç oluşur. Failin beden kabiliyetini tamamen kaybetmesi şart değildir.<sup>5</sup> Fiilin sakatlamaya ve sanığın askerliğe elverişsiz hale gelmesine neden olup olmadığı kati sağlık raporu ile belirlenecektir.<sup>6</sup>

## II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Anayasamızın 72’nci maddesinde, askerlik bir vatan hizmeti olarak her Türk vatandaşının yapması mecburi bir hak ve ödev olarak öngörülmüştür. Yasal bir neden ya da engel olmadıkça hiç bir Türk vatandaşı, bu haktan yoksun bırakılamayacağı gibi, bu ödevi yapmaktan da ne kendisi kaçınabilir ne de alıkonabilir.<sup>7</sup>

Askerlik hayatı vatana tahsis edilmiştir. Bu nedenle, bu çerçevede kalan hususlar üzerinde hiç kimsenin takdir yetkisi yoktur. Bundan dolayıdır ki yasalar, bir kimsenin, kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmesini veya getirilmesini suç saymaktadır.<sup>8</sup> Yine bu yüzden askerî mevzuatta sıhhatin korunması hususu bile ayrıca her askerinin yerine getirmesi gereken genel görevleri arasında sayılmıştır.<sup>9</sup>

Doktrinde yine aynı biçimde, bu madde ile kendini sakatlamak suretiyle askerliğe yaramayacak bir hale getiren böylece askerlik hizmetinden kaçan kişilerin cezalandırmasının amaçlandığı açıklanmaktadır.<sup>10</sup>

Askerî Yargıtay’ın bazı kararlarında konu ile ilgili olarak şu açıklamalarda bulunulmaktadır: “Anayasanın 72’nci maddesinde vatan hizmetinin her Türkün hem

<sup>3</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 27.9.2001, 2001/79-76 EK. (Esas Karar) As.Yar.Der. (Askerî Yargıtay Dergisi), 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14.

<sup>4</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 27.9.2001, 2001/79-76 EK. (As.Yar.Der., 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14)

<sup>5</sup> Ergin Ergül, “Askerî Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, Askerî Adalet Dergisi, S.100, Eylül-1997, s.32; As.Yrg.Drl.Krl, 9.4.1965, 43/51 E-K (Nakleden:Hulusi Özbakan, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 1990, s.184)

<sup>6</sup> “Sanığın yaralanmadan mütevellit TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği hükümlerine göre askerliğe elverişli olup olmadığına dair kesin rapor temin edilmeden söz konusu suçtan sanık hakkında hüküm tesisi kanuna aykırıdır.” As.Yrg.5.D., 24.5.1989, 320/311 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.8 Y.1992, s.92)

<sup>7</sup> Ergül, s.31.

<sup>8</sup> Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku, C. 1, 7. Bası, İstanbul 1983, s. 175.

<sup>9</sup> 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu “UMUMİ VAZİFELER”i kapsamında 39/son fıkrasında; “Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silâh arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her Askerin esas vazifesidir.”

<sup>10</sup> Bkz.Özbakan, s.184.

*hakkı hem de ödevi olduğu, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya yerine getirilmiş sayılacağına Kanun'la düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasada askerliğin hem hak hem de ödev olarak düzenlenmesi nedeniyle, askerlik hizmeti yükümlüsü olan bireylerin bu hizmetten kaçamayacakları gibi kendi iradeleriyle bunu temin edecek tasarruflarda da bulunamayacakları aşikardır.”<sup>11</sup> “Anayasal bir hak, aynı zamanda bir yükümlülük olan, vatan hizmeti ve Askerî menfaatler” yanında “askerlik hizmetinin yasanın öngördüğü herkes tarafından ve zamanında yapılması”<sup>12</sup> teminat altına alınmalı, “Anayasanın 72’nci maddesinde düzenlenen askerlik hizmetinin kanunlarda belirtilen usul ve esaslar dahilinde, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yerine getirilmesi”<sup>13</sup> sağlanmalıdır.*

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### A. Maddi Unsurlar

##### 1. Fiil

Yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında açıklandığı üzere, ASCK’nın 79’ncü maddesinde düzenlenen, “*Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek*” suçunun maddi unsuru, “*Asker kişinin kendisini kasten sakatlaması veya herhangi bir suretle kısmen veya tamamen kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmesi veya getirtmesi*” dir.<sup>14</sup>

Hareketin şekline göre, bu suç ancak failin ya da başkasının icrai hareketleri sonucu vücut üzerinde yaralama veya sakatlama şeklinde tarif edilen yöntemlerle işlenebilmektedir.<sup>15</sup> İhmali hareketlerle, failin ya da başkasının taksirli eylemleri sonucu ortaya çıkan sakatlama ya da yaralanma eylemleri bu suç kapsamı dışındadır. Başkasının asker bir kişiyi taksirle yaralama eylemleri ancak Türk Ceza Kanunu (TCK) genel hükümleri kapsamında taksirle yaralama suçunun (TCK m.89) konusu olabilir.

Hareketin önemine göre ele alındığında, AsCK 79 ve 80’ncü maddelerinde düzenlenen suçlarda yaralama ve sakatlama gibi neticeler doğuran eylemler, suç tipinde herhangi bir eyleme bağlı olmadan icra edilebilir. Diğer bir deyişle, gerek AsCK 79 gerekse 80’nci maddelerinde hareketin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden, bu suçlar *serbest hareketli* suçlardır.

Askerî Yargıtay kararlarında; “*Nöbet esnasında taşıdığı silah ile kendini sağ el işaret parmağı ve sağ ayak bileğinden kasten sakatlayan*”<sup>16</sup>, “*Daha evvelce*

<sup>11</sup> As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 (TSK Net)

<sup>12</sup> As.Yar.DK., 13.05.2010, 2010/48-44 EK. (TSK Net)

<sup>13</sup> As.Yar.DK., 27.10.2011, 2011/93-97 EK; As.Yar.DK., 21.6.2012, 2012/91-87 EK.(TSK Net)

<sup>14</sup> As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37 (TSK Net)

<sup>15</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 25.09.2003, 2003/73-67 EK. (As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.205-207)

<sup>16</sup> As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

*bir kere kıtasından fırar edip babası tarafından birliğine teslim edilen, son kez de izin deyken sırf askere gitmemek için balta ile sol el parmaklarını kesen*<sup>17</sup>, *“namlunun ucunu koyduğu sol el avuç içine bir el ateş eden*<sup>18</sup>, *“Aritma-2 Merkezi Filtre Dairesinde bir miktar tiner kokladıktan sonra, orada bulunan bir keser ile sağ el 5’nci (serçe) parmağına vurup kemik kırığı oluşacak şekilde kendi kendini yarala(yan)”*<sup>19</sup>, *“ben buralarda kalamam hava değişimine giderim”* şeklinde sözler sarf ederek. *garajdan aldığı bahçıvan makasıyla bilinçli bir şekilde parmağını kes(en)*<sup>20</sup> suç faillerinin eylemleri bu türden eylemlerdir.

AsCK 79 ve 80’nci maddelerinde yazılı suçlar, hareketin yapılmasıyla tamamlanan “*ani suçlar*” kategorisinde neticeli suçlardır. Zira kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçunun maddi unsurlarının oluşumu için öncelikle suç konusu fiilin askerlikten kurtulmak sonucunu doğurması veya hiç olmazsa böyle bir sonucu meydana getirmeye elverişli olması gerekir<sup>21</sup>. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> As.Yar.5D. 16.2.1988, 130/115 EK.

<sup>18</sup> “...28.08.2005 tarihinde 13.30-15.30 saatleri arasında nizamiye nöbetçisi iken saat 14.15 sularında kendisine zimmetli olan 67 M 3081 seri numaralı Kaleşnikof marka piyade tüfeğini tam dolduruş pozisyonuna getirdiği, kurma kolu çekilmesi sesini duyan şubede görevli diğer askerlerin dışarı çıktığı, Çuş. Y.K.’nin “ne oldu” diye yanına yaklaşmaya çalıştığı, sanığın “komutanı çağırın” diye bağırdığı, misafirhanede bulunan ve gürtlüler üzerine dışarı çıkan Askerlik Şubesi Başkanı Atğm. M. O.B.’nin “durun, sakın olun” diyerek merdivenlerden aşağı inmeye başladığı sırada, sanığın namlunun ucunu koyduğu sol el avuç içine bir el ateş ettiği ve silahı yere attığı, önce İdil Devlet Hastanesine, oradan da Şırnak Asker Hastanesine sevk edildiği, yaralanma sebebiyle elinde kırık olduğu, hayatı tehlikesinin bulunmadığı ve halen askerliğe elverişli olduğu, eylemi sebebiyle 85 Ykr. hazine zararının meydana geldiği, bu suretle de müsnet suçu işlediği kabul edilerek kurulan hükümde; usûl, sübut ve vasıf yönlerinden isabetsizlik bulunmamaktadır.” Bkz.As.Yar.2D., 08.10.2008, 2008/2127-2229 EK. (As.Yar. Der., S.22, Y.2009, s.38-39)

<sup>19</sup> As.Yar.DK., 27.04.2012, 2012/0593-0567 EK.(TSK Net)

<sup>20</sup> As.Yar.4D., 10.01.2012, 2012/21-08 EK. (TSK Net)

<sup>21</sup> Özbakan, s. 184.

<sup>22</sup> “Sanığın, 25.09.2009 tarihinde 46 numaralı kule nöbet bölgesinde 14.00-18.00 saatleri arasında P.Er İ. Ç. ile birlikte nöbetçi olduğu, nöbete gitmeden önce Karakol Komutanlığına vekalet eden Astsb. Üçüş. V. ’in sanığı yanına çağırarak rotasyon kapsamında başka karakola gideceğini söylediği, bu habere üzülen ve sıkıntı içerisine giren sanığın, nöbet başladıktan yaklaşık 45 dakika sonra yerde bulunduğu bir cam parçası ile her iki kolunu çizmeye başladığı, durumun bildirilmesi üzerine, doktora sevk edildiği, her iki kolda ve ön kolda çok sayıda kesici aletle oluşmuş deri, deri altı dokularını kapsayan kesilerden dolayı pansuman yapıldığı, psikiyatri polikliniğine sevkinin uygun görüldüğü (Dz.15) maddi vakalar olarak anlaşılabilir olup, askeri mahkemenin kabulünün de bu yönde olduğu görülmektedir. Suçun maddi unsuru itibarı ile oluşabilmesi için, öncelikle failin kendini askerliğe yaramayacak bir hale getirmeye, kendini bu derecede sakatlamaya, böyle bir neticeyi meydana getirmeye elverişli nitelikte bir hareketinin bulunması, ...gerekmektedir. Sanığın cam parçası ile her iki kolda yüzeysel sayılabilecek mahiyette kesi izleri açtığı, pansumanının yapıldığı, sıyrık niteliğindeki bu tür bir yaralanmanın bir kimseyi askerliğe yaramayacak hale getirmeyeceği, böyle bir neticeyi meydana getirecek derecede bir sakatlığa yol açmayacağı açıktır...”As.Yar.3D., 08.05.2012, 2012/0631-0623 EK. (TSK Net); “... Sanığın, 8.8.2010 tarihinde 09.00-11.00 saatleri arasında cephanelik nöbetine gitmeden önce altı adet dikeş iğnesi yuttuğu, nöbet esnasında rahatsızlanması nedeniyle durumu beraber nöbet tuttuğu

AsCK 79'da netice “*askerliğe yaramayacak bir hale gelmek*” ya da “*her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmek*” olup bu neticenin icra hareketi tamamlanır tamamlanmaz meydana gelmesine gerek yoktur. Netice icra hareketi tamamlandıktan bir süre sonra da meydana gelebilir<sup>23</sup>.

Askerî bir suçun temel şekli serbest hareketli bir suç olmasına karşın, nitelikli hâli *bağlı hareketli* bir suç olabilir<sup>24</sup>. AsCK 79'un netice nedeniyle daha ağır hali olan AsCK 79/2'nci fıkrası serbest hareketli bir suçun neticesinin ağırlaşmış nitelikli bir halidir.<sup>25</sup> Yine AsCK 79'ncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç ani suç olduğu halde, ikinci fıkrasındaki suç netice suçudur. Zira ikinci fıkrada fiile değil neticenin ağırlığına ceza verilmektedir<sup>26</sup>.

## 2. Netice/Nedensellik Bağlantısı

Kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu, “*hareket ile neticenin yer ve zaman veya zaman ve nedensellik bağı bakımından birbirinden ayrılabilirdi*”<sup>27</sup> tamamlanması bakımından neticenin gerçekleşmesine ihtiyaç duyan “*neticeli bir suç tipi*”dir.

Zira bu suçun oluşumu için icra hareketi olan yaralama veya sakatlama sonucunda kanunkoyucu ayrıca failin tamamen ya da kısmen askerliğe yaramayacak hale gelmesi neticesini aramıştır.

*arkadaşına söylediği, bunun üzerine hastaneye kaldırıldığı, burada yuttuğu dikiş iğnelerinin gaita marifetiyle atılmasının sağlandığı, dosyada mevcut delillerden maddi vaka olarak anlaşılmalıdır... Objektif olarak, söz konusu eylemin, kısmen veya tamamen şahsın askerliğe yaramayacak hale gelme sonucunu doğurmaya elverişli olup olmadığının, ...araştırılması gerekmekte ise de; somut olayda, sanığın kendini sakatlama kastıyla hareket ettiğine dair hiçbir delil bulunmamaktadır.”As.Yar.4D., 26.06.2012, 2012/800-758 EK. (TSK Net)*

<sup>23</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011, s.268.

<sup>24</sup> “*Serbest hareketli askerî bir suç olan amire veya üste fiilen taarruz suçunun “silâhli olarak veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veyahut silâh ve tehlikeli bir alet ile” işlenmesi şeklindeki nitelikli hâli bağlı hareketlerle gerçekleştirilebilmektedir.(AsCK m. 91)” Bkz.Kangal, s.79.*

<sup>25</sup> “*Askerî suçu tanımlayan suç tipinde hareketin yapılaş tarzı açıkça gösterilmemişse, serbest hareketli askerî bir suç sözkonusudur. Örneğin AsCK m. 79'da düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunda hareketin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu suç tipinde kendini sakatlama veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hâle getirme ifadesi yer aldığından, bu suç serbest hareketli askerî bir suçtur.” Bu açıklama için bkz. Kangal, s.79; Buna karşılık AsCK 79 ile ilgili bir Askerî Yargıtay kararında aksi yönde bir görüşle şu açıklamada bulunulmuştur: “...Suçun oluşması için bireyin hareket tarzları sınırlı olarak sayılmamıştır. Bireyin neticelye doğurabilecek mahiyette olan ve madde metninde belirtilen eylemlerden sadece birisini gerçekleştirmesi yeterli bulunmaktadır. Bu nedenle suç seçmlik hareketli bir suç görünümündedir. Maddede sayılan eylemlerin başariya ulaşması durumunda suç oluşacaktır.” Bkz.As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833EK. (TSK Net)*

<sup>26</sup> Olcay Mis, Açıklamalı, İçtihatlı, Askerî Ceza kanunu, İstanbul, 1976, s.135; Benzer görüş için bkz. Ergül, s.34.

<sup>27</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.274.

Ancak bu neticeden faili ya da başkasını sorumlu tutabilmek için neticenin fail ya da başkasının fiilinden kaynaklandığı diğer bir deyişle, hareket ile netice arasında nedensellik bağının (*sebep-sonuç*) ilişkisinin ortaya konulması gerekecektir. Bu bağın tespiti özellikle neticeli suçlarda önem arz ettiğinden, sadece neticenin gerçekleştiğinin tespiti yeterli olmayıp ona neden olan fiilinde tespiti gerekecektir<sup>28</sup>.

### 3. Fail / Mağdur

AsCK 79/1'nci fıkrasında, bu suçun faillerinin “*kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren*” ya da “*kendi rızasıyla*” getirtenler olduğu açıklanmaktadır.

Bu suç kanatimizce tıpkı AsCK 81'de olduğu gibi askerlik çağı<sup>29</sup> içinde bulunan herkes tarafından işlenebilir. Bu durumda bu suçun failleri kıt'asına henüz katılmayan yoklama döneminde bulunan her sivil erkek Türk vatandaşı (1111 SK. m.2/1)<sup>30</sup> olabilir. Nitekim bu suçun sivil şahıslar tarafından da işlenebileceği AsCK 192'nci maddesinde açıklanmaktadır. Maddeye göre, kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu, bir sivil kişi tarafından işlense dahi, fail hakkında adli yargılama mercileri tarafından AsCK 79'ncü maddesine göre işlem yapılacaktır.

Yine bu suç kıt'aya katıldıktan sonra muvazzaflık hizmetini yerine getiren “*asker şahıslar*”<sup>31</sup> tarafından da işlenebilir. Ancak bu askerî şahıslardan “*askerî öğ-*

<sup>28</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.275.

<sup>29</sup> “*Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir sene sürer. (1111 SK. m.2/1) Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır.(1111 SK. m.3) Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcından kıtaya katılmaya kadardır.(1111 SK. m.4/1)*

<sup>30</sup> “*Mülteciler ve Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayanlar asker edilmezler.*” (1111 SK.m.10/4 A-12)

<sup>31</sup> Askerî hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin;İç Hizmet Kanunu 2'inci maddesine göre, Asker, “*Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhli Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir*”; AsCK 3/1'inci fıkrasında ise, “*Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhli Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler*” dir; AsYUK 10/A maddesinde ise, “*A) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, B) Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece), C) Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhli Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, D) Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler, E) Rızası ile Türk Silâhli Kuvvetlerine katılanlar*” ın bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır. AsCK 3'üncü maddesinde yedek askerler Askerî şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK 4. maddesi ile AsYUK 10/B bendinde “*yedek askerlerin*” Askerî hizmette buldukları sürece Askerî ceza kanunu hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda AsCK 3'üncü maddesindeki eksikliğin AsCK 4'üncü maddesi ve AsYUK 10/B bendi ile tamamlandığı söylenebilir. Doktrinde AsCK 3.'üncü maddesindeki asker şahıs tanımının bu manada eksik olduğu açıklanmıştır. ( Orhan Çelen, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s.31)

renci” statüsünde bulunan, lise, orta ve eşidi okullar askerî öğrencilerinin, henüz askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle AsCK 79’daki suçun faili olmaları kanaatimizce mümkün değildir.<sup>32</sup>

Askerlik çağı içinde, yedeklik döneminde bulunan “ihtiyat (yedek) askerî şahıslar”ın yeniden askerlik hizmetine çağrılmaları mümkündür. Bunlar askerî hizmetlerde buldukları müddetçe AsCK hükümlerine tabidir.(AsCK m.4; 353 SK m.10/B) İhtiyat (yedek) askerî şahısların kıtasına katılmakla bu suçun asker faili olabilecekleri gibi kıtaya katılmamak için kendilerini sakatlamaları halinde sivil şahıs olarak da bu suçun faili olmaları kanaatimizce mümkündür.<sup>33</sup>

AsCK 79’ncu maddesinde düzenlenen suç faillerinin, asker ya da sivil şahıs olabilmeleri gözönüne alındığında, bu suç “sırf askerî suçlar”<sup>34</sup> kategorisinde değildir. Nitekim AsCK Ek madde 8/2’nci fıkra düzenlemesinde de bu suçun sırf askerî suç olmadığı açıklanmaktadır. Yine AsCK 80’de “79’ncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan” kişilerinde, AsCK 79’daki suç failinin eşidi rütbede bir asker kişi olabileceği gibi, astı ya da üstü asker kişi ya da sivil bir kişi olmaları mümkündür.

Askerî suç doktrinin de, “asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, Askerî bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel Ceza Kanununda öngörülen ve Askerî Ceza Kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suç” askerî suç benzerleri olarak tanımlanmaktadır.<sup>35</sup> Bir suçun askerî suç benzeri olabilmesi için hukuki konusunun askerî bir yararın korunması şeklinde belirlenmesi

<sup>32</sup> “Lise, orta ve eşidi okullar Askerî öğrencilerinin askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle sırf Askerî nitelikteki firar suçunu işleyemeyeceklerini, okuldan izinsiz ayrılmamaları konusunda kendilerine emir verilmiş olsa dahi bu emrin hizmete taalluku bulunmaması nedeniyle eylemlerinin emre itaatsizlik suçunu da teşkil etmeyeceği...” Bu açıklama için bkz.As.Yar.İBK., 15.11.1975 1975/2-5 EK (TSK Net)

<sup>33</sup> Erbaş ve erler bakımından yedeklik devri, muvazaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadardır. Askerlik çağı kişinin 41 yaşına girdiği yılın 1 Ocak tarihinde biter.(1111 SK. m.7, 2). Böylece muvazaflık hizmetini erbaş veya er olarak tamamlayan kişi bu yaşa kadar yedeklik evresinde bulunur. Subaylar ve astsubaylar bakımında yedeklik devri, emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 40’ncü maddesinde gösterilen yaşları doldurdukları tarihte sona erer (1076 SK.m.22; 926 SK. m.107). Uzman jandarmaların yedeklik dönemi emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 61 yaşında sona erer. (3466 SK. m.7) Uzman erbaşlar ise, yedeklik dönemleri bakımından 1111 sayılı Askerlik Kanunu’na tabidirler. (3269 SK.m. 6/3)

<sup>34</sup> Sırf askerî suçun TCK ya da AsCK ya da herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış olmakla birlikte, doktrinde kabul edilen tanıma göre; bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de sivil kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel Ceza Kanunda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülmeyen suçlar sırf askerî suçlar olarak tanımlanmaktadır. Sırf Askerî suçların unsurları için bkz.Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, s.151.

<sup>35</sup> Erman, s.151.

şarttır.<sup>36</sup>AsCK 79 ve 80'nci maddelerindeki suçlar, faillerinin asker ya da sivil şahıs olabilmesi ve suçun hukuki konusunun askerî bir menfaati koruması nedenleriyle nitelik olarak “*askerî suç benzeri*” dir.<sup>37</sup>

AsCK 79'daki suçun mağduru kendini kasten sakatlayan kişi olmayıp, milli savunma gücü zafiyete uğratılan Devletin kendisidir.

#### 4. Suçun Nitelikli ve Ağırlaşmış Halleri

##### a. Netice Nedeniyle Cezanın Ağırlaştırılmış Hali (AsCK m.79/2)

AsCK 79/1'nci fıkrasında, “*kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramıyacak hale getirenler*” hakkında cezai müeyyide getirilmiş, ikinci fıkrada ise; sakatlama veya askerliğe yaramıyacak hale getirme eylemi sonunda “*her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi*” öngörülmüş, yani bu hal birinci fıkranın vasıflı hali kabul edilerek müeyyidesi, birinci fıkraya göre ağırlaştırılmış, hapis cezası yerine ağır hapis cezası getirilmiştir.

1111 Sayılı Askerlik Kanununun 28'inci maddesi 27.7.1970 tarihinde 1315 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce<sup>38</sup>, son yoklamaları yapılanlar sağlam, arızalı sağlam, sakat ve çürük olarak dörde ayrılmakta ve sakatlar kısa hizmete tabi tutulmakta iken anılan Kanunla askerliğe alış biçimi yeniden saptanarak, askerliğe elverişli olanlar ve askerliğe elverişli olmayanlar tefriki yapılmış, bu ayırım esas alınmak suretiyle de Beden Kabiliyeti Yönetmeliği düzenlenmiş, bu yönetmelik daha sonra TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği (SYY)<sup>39</sup> olarak değiştirilmiştir.

<sup>36</sup> Erman, s.157.

<sup>37</sup> Erman, s.90.

<sup>38</sup> “Son yoklamaları yapılan kimseler Türk Silahlı Kuvvetleri Beden Kabiliyeti Yönetmeliğine göre ikiye ayrılırlar.1. Askerliğe elverişli olanlar, 2. Askerliğe elverişli olmayanlar. Askerliğe elverişli olmayanlar asker edilmezler. Askerliğe elverişli olup olmadıklarının tespiti için yoklama kurullarınca, bir hastane sağlık kurulu muayenesine gönderilmelerinde zaruret görülenlerin, yönetmelikte tespit edilecek esaslara göre yol ve işe masrafları Devletçe ödenir. Yoklamaları yapılanlar, askerliğe elverişli olanlar veya askerliğe elverişli olmayanlar olarak ikiye ayrılırlar. Askerliğe elverişli olmayanlar asker edilmezler.” (1111 SK.m.28)

<sup>39</sup> “Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Askerî ve sivil personel ile askerlik görevi ile yükümlü vatandaşların Silahlı Kuvvetlerdeki görevlere uyarlık bakımından sağlık yeteneklerini tesbit etmek ve barışta ve savaşta yapılacak sağlık işlemlerini düzenlemektir.” (TSK SYY. m.1); Yönetmeliğin, “Askerliğe Elverişli Olmayan Erler Hakkında Yapılacak İşlem” başlıklı 15'inci maddesinde; “Askere alındıktan sonra asker hastanelerinin sağlık kurullarından “Askerliğe Elverişli Değildir” kararı alan erler, raporlarının onaylanmasını beklemek üzere bu hastaneler tarafından yerli kayıtlı bulunduğu askerlik şubesi emrine gönderilir. Ayrıca durum silah altında bulunanların birliklerine duyurulur. Terhis işlemleri, raporları ilgili makamlarca onaylanıp askerlik şubesine geldikten sonra ilgili yönereye göre yapılır. “Askerliğe Elverişli Değildir” kararı alanlar gerektiğinde ilgili makamlarca yeniden asker hastanelerinin sağlık kurullarına muayeneye gönderilerek alacakları son rapor kararına göre, ilgili yönere gereğince işlem görür. “Askerliğe Elverişli Değildir” kararı alanlar emsalinin kanunda yazılı yaş sınırı dışına çıkma tarihine kadar Milli Savunma Bakanlığınca gerektiğinde tekrar muayene ettirilerek alacakları son rapor kararına göre işlem görür” düzenlemesi yer almaktadır.



1111 Sayılı Askerlik Kanunu'nun 28'nci maddesi 27.7.1970 tarihinde 1315 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce AsCK 79/1'deki "sakatlama", "askerliğe yararıyacak hale getirmek" ve 79/2'deki "her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi" terimleri ayrı anlamları, ayrı durumları içermekteydi.<sup>40</sup>

Ancak gerek 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 28'nci maddesinin, dolayısıyla da SYY'nin düzenlenmesi esnasında AsCK'nun 79'ncü maddesinin (birinci ve ikinci fıkralarında yazılan hallerin) tümü AsCK 79'da gözönüne alınmamış, başka bir ifade ile bu haller için açık ve seçik bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun neticesi olarak da bazı hallerde 79'ncü maddenin bir ve ikinci fıkraları aynı durumları kapsar bir hale dönüşmüştür.<sup>41</sup>

Bugün uygulamada iddia konusu eylemin AsCK 79/2'ye göre sanık lehine olan AsCK'nun 79/1'nci maddesi kapsamına girdiği kabul edilerek uygulama yapılmasının adalete uygun olacağı kabul edilmektedir.<sup>42</sup> Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK. "Muhalefet Gerekçesi"

<sup>41</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

<sup>42</sup> As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK; Karara Muhalefet gerekçesinde; "79/1'deki "sakatlama", "askerliğe yararıyacak hale getirmek" ve 79/2'deki "her nevi Askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi" istihlaları ayrı anlamları, ayrı durumları içermektedir. Sanık hakkında düzenlenen rapor içeriğine göre eylemin As. C.K. nun 79'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yazılı suç oluşturacağına tereddüt bulunmamaktadır. 1111 Sayılı Askerlik K. nun 28'nci maddesi ile Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin düzenlenmesi sırasında yukarıda sözü edilen istihlaların göz önüne alınmayışının neticeye müessiriyeti bulunmamaktadır. Sanık hakkında İstanbul Deniz Hastanesi tarafından düzenlenen kati rapordan; sanığın askerliğe elverişli olmadığı ve bastonla topallıyarak yürüyebildiği anlaşılmaktadır. Esasen idari bir kanun düzenlenirken veya değiştirilirken buna paralel ceza alanındaki hükümlerinde mutlak suretle değiştirileceğine dair bir kuraldan söz edilemeyeceği izahından varestir. Belirtilen sebeplerden ötürü iddia konusu eylemin As. C.K. nun 79/2 maddesi kapsamında olması, zaman aşımı süresinin de geçmemiş bulunması kargısında esasa girilerek inceleme yapılması gerekirken, eylemin As. C.K. nun 79/1 maddesi kapsamına girdiği görüşüyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına yönelik çoğunluk kararına karşıyız." As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

<sup>43</sup> "... T.S.K.Sağlık Yetenek Yönetmeliğinin eki olan açıklamaların (II) nci maddesinde, yükümlü er ve erbaşlara hastalık ve arızalar listesinin uygulanması başlıklı bölümde, tüm hastalık ve arızalar askerliğe uyarlık açısından yönetmelik kapsamına alındığı, hastalık ve arızalar listesinde her madde hastalık ve arızaların ağırlık derecesine göre A,B,C,D dilimlerine, dilimler de fıkralara ayrıldığı, (A) dilimlerinde askerliğe elverişli olan hastalık ve arızalar, (B) ve (D) dilimlerinde askerliğe elverişli olmayan hastalık ve arızaların toplandığı, (C) dilimlerinde; A,B,D dilimlerinde toplanan hastalık ve arızaların tedavi ve nekahat hallerinde geçici olarak askerliğe elverişli olmayan durumların belirtildiği, (D) dilimlerinde barış ve savaşta sürekli olarak askerliğe elverişli olmayan, (B) dilimlerinde barışta askerliğe elverişli olmayan, ancak savaşta gereksinme duyulduğu zaman askerliğe alınabilecek durumların belirtildiği görülmektedir. Bu duruma göre, T.S.K.Sağlık Kurulu Raporunda (Dz.78) "sol femur kırık ameliyatlısı" teşhisi ile B/59 F 4 askerliğe elverişli değildir" kararı verilen sanık hakkında, müsnet eyleminin her nevi Askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Sanığa müsnet olayda askerliğe elverişli olmayan hastalık ve arızalar olarak sağlık kurulu raporunda (B) dizininde olduğu belirtilmiştir. Sanığa müsnet eylemin TSK Sağlık Yetenek Yönetmeliğinin hastalık ve arızalar listesinin madde 59/B-4'e uyacak şekilde askerliğe elverişsiz hale gelmesine, buda barışta askerliğe elverişli olmayan, savaşta gereksinme duyulduğu zaman askerliğe

### b. Seferberlik Hali (AsCK m.79/3)

Seferberlik ve düşman karşısı tabirleri AsCK'da şöyle açıklanmaktadır: AsCK'na göre seferberlik tabiri ile kast olunan harp halini ihtiva eden seferberliktir. (AsCK m.7/1-A, m.8/1) *Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını âmir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir. Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyri hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üsülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır.* (AsCK m.8/2,3)

*“Seferberlikte düşman ile müsademeyi intizaren emniyet hizmetleri tatbik ve ifa olunmağa başladığı zamandan itibaren bu müsademeye memur kıta, gemi, tayyare düşman karşısında sayılır.”* (AsCK m.9) *Silahlı eşkıya düşman sayılır.* (AsCK m.10)

AsCK 79/3'üncü fıkrasında, barış zamanı dışında fiilin seferberlikte ya da düşman karşısında yapılması ağırlaştırıcı neden sayılmaktadır.

### c. AsCK 51'deki Artırım Nedenleri

AsCK'da, *“cezanın arttırılması icabeden sebepler”* 51'nci maddede, *“cezanın nasıl arttırılacağı”* konusu ise, AsCK 50'nci maddesinde düzenlenmiştir.

AsCK 51'nci maddesi şöyledir: *“Bu kanunda hususi bir hüküm tâyin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muciptir. A) Madunlarla birlikte bir suçtu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek; B) Suç silâhın veya resmi nüfuz ve salâhiyetin suiistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek”* hükümleri yer almaktadır. Ancak bu artırım nedenleri sadece askerî ceza kanununa tabi şahıslar bakımından uygulanabilir. Suçun failinin sivil şahıs olması halinde AsCK 51'nci maddesinin uygulanma ihtimali yoktur.

AsCK 50'nci maddesi ise, *“Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı âzami haddi geçemez”* şeklinde düzenlenmiştir.

AsCK 80'nci maddesinde 79'ncü maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan kişi askerliğe elverişsiz hale getirilen kişinin bir üst ya da amiri olabilir. Ancak AsCK 51/1-A bendine göre üst ya da amirin cezasında bir artırım yapılabilmesi için AsCK'da özel bir düzenleme olmaması gerekir. Oysa bu suç AsCK 80'de özel olarak düzenlendiğinden ayrıca madununun suçuna iştirak eden üst ya da amirin

*alınabilecek durum olarak belirlenmesi karşısında; Askerî Mahkemece hüküm kurulurken “Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek” suçundan As.C.K.nun 79/2 nci maddesinin uygulanması kanuna aykırı görülmele, sanık hakkında kurulan hükmün suç vasfının tayinindeki isabetsizlikten bozulması gerekmiştir.”* As.Yar.2D., 29.3.2006, 2006/453-445 EK. (As.Yar.Der., S.20, Y.2007, s.79-81)

cezasında bir artırıma kanaatimizce gerek olmayacaktır. AsCK 80'nci maddede suçun failinin AsCK 79'daki suçun failinin üstü ya da amiri olması durumunda AsCK 79'daki suçun faili ile aynı cezayı alacaktır.

Diğer husus, AsCK 51/1-B'deki artırım için, suçun silâhın veya resmi nüfuz ve salâhiyetin suiistimali suretiyle, hizmetin ifası esnasında yapılması gerekmektedir. Nitekim Askerî Yargıtay, “*Usulüne uygun olarak yapılan atış görevi sırasında atış silâhıyla kendisini ayağından yaralayan sanık hakkında, suçun hizmet sırasında ve silâhın suiistimali suretiyle işlendiğinin kabulüyle cezanın artırılması(nın) isabetli*” olduğunu açıklamıştır.<sup>44</sup>

Askerî Yargıtay diğer bir kararında, “*Balıkesir Sındırgı İlçe Jandarma Komutanlığında askerlik hizmetini yapmakta olan sanığın, 02.11.2008 tarihinde Sındırgı A-2 Tipi Kapalı Cezaevinde 06.00-09.00 saatleri arasında 2 No'lu Nöbet Kulübesinde MP-5 makinalı tabanca ile nöbet hizmetine başladığı, saat 08.00 sıralarında nöbet sebebiyle hamili bulunduğu silâhı bir el ateşleyerek kendisini sol elinden, parçalı kırığa sebebiyet verecek şekilde yaraladığı*” olayda sanığın bu eylemini nöbet sırasında kendisine verilen silahın suiistimali suretiyle işlemesi nedeniyle cezasının arttırılmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.<sup>45</sup>

Askerî Yargıtay bir başka kararında ise; “*Sanığın, 8.7.2010 tarihinde nöbetçi olmadığı hâlde 16.00-18.00 saatleri arasında nöbetçi olan J.Er Ö.C'in yerine 2 nolu kule nöbetine başladığı, ... TSK İç Hizmet Kanunu'nun 76'ncı maddesinde nöbet, askerlikte müşterek hizmetlerin yapılması ve devamını sağlamak maksadı ile bu hizmetlerin belli sıra ve süre ile asker kişiler tarafından yapılması olarak tanımlanmış olup; 77'nci maddesinde ise, nöbetçi personelin kimlerden oluşacağı, nöbet hizmetlerinin yapılış tarzı ile şekli ve nöbetçilere ait vazifelerin talimatname ile gösterileceği açıklanması karşısında, sanığın nöbetçi olarak görevlendirilmemesi nedeniyle, eylemini; hizmetin ifası esnasında gerçekleştirmediği... sanığın bir başkasının nöbetini kendi inisiyatifıyla tutması nedeniyle, atılı suçun “Hizmetin ifası esnasında silahın suiistimali suretiyle” işlendiğinin kabulü mümkün olmadığından; hizmet esnasında bulunmayan sanık hakkında ASCK'nın 51/B bendi gereğince yasal artırım yapılmasının hukuka aykırı olduğu’na<sup>46</sup> karar vermiştir.*

Burada açıklanması gereken bir diğer hususta AsCK 51'e göre, AsCK 50'nci maddesi gereğince alt sınırdan uzaklaşırken teşdit nedeninin gerekçesinin hükümde yeterince açıklanması gerektiğidir. Aksi takdirde bu bir bozma nedenidir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında; Askerî Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, toplanan delillere ve edinilen vicdani kanaate göre, yasal, yeterli ve inandırıcı gerekçeler gösterilerek, sanık hakkında atılı suçun sübutunda, suç vasfının tayininde,

<sup>44</sup> As.Yar.DK., 16.04.2003, 2003/386-384 EK. (As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.85-86)

<sup>45</sup> As.Yar.DK., 22.12.2012, 2012/0299-0275. (TSK Net)

<sup>46</sup> As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37. (TSK Net)

eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulünde ve alt sınırdan temel cezanın tayin edilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de; AsCK'nın 50 ve 51/B maddeleri gereğince bir ay artırımı yapılırken teşdit sebebi olarak gösterilen “*sanığın eylemini nöbeti esnasında kendisine zimmetli olarak teslim edilen ateş gücü yüksek, istediği sonucu elde etmesine elverişli G-3 piyade tüfeği ile gerçekleştirmiş olması...*” gerekçesini yasaya aykırı bularak “*Askerî Mahkemece gösterilen bu teşdit gerekçesi(nin), ASCK'nın 51/B madde ve bendinde yazılı “suç silahın veya resmî nüfuz ve selahiyetin suiistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak...şeklindeki genel artırımı koşullarından farklı bir şey olmadığından hükmün bozulması”<sup>47</sup> gerektiğine karar verilmiştir.*

Diğer bir artırımı nedeni AsCK 51/1-C'de suçun müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmesi halidir. Bu artırımı nedeninin AsCK 79 ve 80'nci maddedeki suçların asker faileri bakımından kanaatimizce uygulama alanı bulabilmesi mümkündür.

## B. Manevi Unsur

Kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçunda kanun koyucu failin kastı dışında, belirli saikle hareket etmesini aramıştır. Bu saik madde metninde; “*Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren*” şeklinde gösterilmiştir. Şu halde, belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek düşüncesiyle hareket eden failin, olası kasttan dolayı (TCK m.21/2) cezasının indirilmesi kanaatimizce mümkün gözükmektedir.

Suçun maddi unsuru yanında, “*manevi unsuru*” oluşturan “*genel kast*” yetmemekte, yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi, sanıkların “*kendilerini askerliğe yaramayacak hale getirme özel kastı*” ile hareket ettiklerinin, hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde, anlaşılması gerekmektedir.<sup>48</sup> Askerî Yargıtay

<sup>47</sup> As.Yar.3D., 26.04.2005, 2005/0492-0489 EK. (As.Yar.Der., S.19, s.36-37)

<sup>48</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bir kararı şöyledir: “...Sanık hazırlık ifadesinde, “önceden süregelen dış eti rahatsızlığı nedeniyle dişlerinin döküldüğünü, askerlik hizmetine başladığında sadece beş dişinin mevcut olduğunu ve bu dişinin de izindeyken askerî hastanede çekildiğini” belirtmiş; sorgusunda ise, “izindeyken dişlerinin dış eti rahatsızlığı nedeniyle döküldüğünü” beyan etmiştir. Sanığın askerlik hizmetine başladığında kaç dişinin bulunduğu ve hangi rahatsızlık nedeniyle hangi tarihlerde kaç adet dişinin döküldüğü veya çekildiği hususlarında dosyada herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Ağzında hiç diş bulunmadığının tespitinden sonra bu eksiklemenin sebebine dair herhangi bir araştırma yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Sanığın askere alınırken yapılan ilk muayenesi ile askerlik hizmeti süresince yapılan tüm muayene ve tedavilerine ilişkin belgelerin getirilmesi hâlinde, önceki sağlık durumunun kısmen aydınlatılması imkânı bulunmakta ise de, tüm dişlerinin eksik olduğunun belirlenmesinden sonra bu eksiklemenin sebebine dair herhangi bir araştırma yapılmadığından ve bu aşamada yapılacak araştırmanın sıhhatli bir sonuç vermesi mümkün görülmediğinden, eksiklik olarak değerlendirilen hususların giderilmesinin amaca elverişli olmayacağı ortadadır. Her ne kadar, bilirkişi olarak dinlenen diş tabibi, protez plânlanmasına elverişli olan dişlerin bu kadar kısa sürede eksilmelerinin mümkün olmadığını ve sanığın dişlerini çektiği kanaatinde olduğunu bildirmiş ve askerî mahkeme bu görüşe itibar ederek sanığın kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek özel kastıyla hareket ettiği sonucuna ulaşmış ise de; somut delillerle desteklenmeyen ve bir takım varsayımlardan hareketle varılan

bu kuşkunun ortadan kalkmadığı şüpheli durumlarda suçun oluşmadığına karar vermekte<sup>49</sup>, suç vasfını askerî ceza kanununun diğer hükümleri kapsamında değerlendirmektedir.<sup>50</sup>

*“Özel kastın belirlenebilmesi için ise, somut olayın bütün özellikleri, failin geçmişi, hazırlık hareketleri, sağlık durumu, fiilin işleniş şekli, yaralanmanın yeri,*

*bu kabulün makul ve isabetli olmadığı aşıkârdır. Sanığın aksi ispatlanamayan savunmasına itibar olunması gerekmele birlikte, savunması çelişkili görülerek dışlarını çektiği kabul olunsa dahi, bunu tavsiye üzerine veya resen tedavi amacıyla yaptırmadığına ilişkin somut bir bulgu elde edilemediğinden, her türlü şüpheden arınmış bir şekilde özel kastın ortaya konulduğunun kabulü hukuken mümkün değildir.”*As.Yar.DK., 08.01.2004, 2004/13-5 EK. (As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.273-275)

<sup>49</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bir kararı şöyledir: “...Birlik Komutanı tarafından düzenlenen vaka raporunda, sanığın, bölük içerisinde disiplinli ve çalışkan bir asker olması sebebiyle, su deposunda görevlendirildiği, sanığın kendisine verilen görevleri en iyi şekilde yapma gayretinde olduğu, birlik içerisinde neşeli ve sevilen bir asker olduğu belirtilmiştir. (Dz.49). Dosyada bulunan terhis belgesinden (Dz.112), 22.08.2007 tarihinde askerlik hizmetine başlayan sanığın, 15 aylık normal askerlik hizmeti sonunda, 20.11.2008 tarihinde terhis edildiği anlaşılmaktadır. Sanığın ilk müdahalesi ve akabinde tedavisinin yapıldığı Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Tıp Ana Bilim Dalı tarafından düzenlenen ilk raporda, tüfekten çıkan merminin, sanığın sol meme başı altının 3 cm. medial hiza altında 1x1 cm'lik giriş deliği açtığı belirtilmiştir. (Dz.59,61).İşaret olunan bölgenin kalp nahiyesine yakın bir bölge olması sebebiyle, eylemin kişide hayati tehlike yaratma ihtimaline yol açabileceği muhakkaktır. Her ne kadar, genel cerrahi uzmanı bilirkişi Tbp.Yb. KT; tıbbi mütalaasında, sanığın eylemi sebebiyle hayati tehlike geçirmediğini beyan etmiş ise de, bu görüşün sadece eylemin yol açtığı genel tıbbi sonuçlar itibarıyla geçerli olduğu, yoksa, hayati tehlike oluşturabilecek vücut bölgesine, tesir gücü çok yüksek bir tüfekte ateş eden sanık açısından kendisinde hayati tehlike oluşturmama şeklinde bir suur ve iradenin başlangıçtan itibaren bulunmadığının kabulünün mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.Bu noktada, ortaokul mezunu olan sanığın, eyleminin yol açabileceği tıbbi endikasyonları önceden tahmin edebileceği şeklinde gerçekliği kanıtlanamayan bir görüşe itibar edilip, somut olayda hayati tehlikenin oluşmamasıyla yetinilmesi ve buna bağlı olarak da atılı suçun sübuta erdiğinin kabulü, sanığın suç işleme kastının ve eylemin kendisine özgü işleniş biçiminin gözardı edilmesine yol açan varsayım dayalı bir çözüm tarzı olacaktır.Açıklanan bu durum karşısında, sanığın eyleminin kendisini askerlik mükellefiyetinden kurtarmak kast ve saiki altında gerçekleştirdiği hususunda giderilemeyen şüpheli bir durum bulunduğu, bu durumun ise sanık lehine yorumlanarak, atılı suçtan dolayı beraat kararı verilmesi gerektiği sonucuna varılmış ve aksi yönde değerlendirmelerle tesis edilen mahkûmiyet hükmünün sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir.”As.Yar.DK., 25.01.2012, 2012/128-123 EK. (TSK Net)

<sup>50</sup> “...Somut olayda; tanıkların oluşumu etkileyecek fazla bir bilgileri bulunmamakta, sanığın aşamalar-daki ifadelerinin ise çelişkili olduğu, hatta kendisini “yaralamayı” düşünmediğini ifade ettiği görülmektedir. Sanığın tüfeğini kasten ateşlediği anlaşılmakla birlikte, bu davranışı Askerî eşyayı tahrir mi, hususi menfaatle kullanmak mı, yoksa kendisini yaralama amacıyla mı yaptığı anlaşılamamaktadır. G-3 Piyade tüfeği kullanılarak, yaralama istek ve iradesi ile ateş etme halinde, “isabet ettirememe” olasılığı da bulunduğundan, bu durum sanığın çelişkili ifadeleri ile birlikte değerlendirildiğinde “kendisini yaralama kasdı” ile hareket ettiğinin kuşkulu kaldığı görülmektedir. Bu itibarla; sanığın oluşan bu eyleminin As.C.K.nun 130 ncu maddesi içinde anlamını bulan, Askerî eşyayı kasden tahrir veya hususi menfaatinde kullanma suçlarından birini oluşturabileceği, bunun ise yerel mahkemeye saptanması gerektiği sonucuna varılmış, As.Yargıtay Başsavcılığının itirazına atfen, itirazın kabulü ile Dairenin uygulamaya yönelik bozma kararının kaldırılmasına, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” As.Yar.DK., 27.9.2001, 2001/79-76 EK. (As.Yar.Der., 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14)

*mahiyeti ve sair tüm hususların göz önünde bulundurulması zorunludur.*<sup>51</sup> Bu

<sup>51</sup> Bu açıklamalar için bkz.As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37 (TSK Net), As.Yar.DK., 15.02.2012, 2012/278-274 (TSK Net) ; Askeri Yargıtay'ın suç kastını değerlendiren örnek bazı kararları şöyledir:“Dava dosyasındaki delillerden; Sanığın, 8.7.2010 tarihinde nöbetçi olmadığı hâlde 16.00-18.00 saatleri arasında nöbetçi olan J.Er Ömer CİBAR'ın yerine 2 nolu kule nöbetine başladığı, nöbete başlamadan önce rütbeli nezaretinde kendisine zimmetli 63772 seri numaralı G3 piyade tüfeği ile doldur-boşalt işlemini yaptığı, saat 17.00 sularında, bir el ateş ettiği, silahtan çıkan merminin sol ayak bir ve ikinci parmak arasından girip arka taraftan çıktığı, olayda kullanılan piyade tüfeğinin normal olarak çalıştığı, atışa engel mekanik bir arızasının olmadığı, emniyet sisteminin sağlam ve çalışır durumda olduğu, kaza ile yere düşmesi veya bir yere çarpması veya silahın tetiği hariç diğer bölümleriyle oynanması sonucunda çalışmasının mümkün olmadığı, olay yerinde bulunan boş kovanın bu silahtan atıldığı, sanığın sağ yüz bölgesinden alınan svap üzerinde kurşun ve antimon elementleri bulunduğu, bunların atış artıkları olabileceğinin değerlendirildiği, bot üzerindeki inceleme sonucunda atışın bitişik atışa yakın atış olduğunun tespit edildiği, tedavisi sonucu askerlik hizmetine devam ettiği, maddi vaka olarak sabit görülmüştür...Somut olayda; sanığın, nöbetçi olmadığı hâlde başkasının yerine nöbete gitmesi, sağlam ve herhangi bir arızasının bulunmadığı belirlenen silahını tam doldurmuş getirerek emniyetini açması ve ateşlemesi, vücudunda en az tahribat yapabilecek yerlerden birisi olan sol ayak parmak kısmından kendisini yaralaması, nişanlısıyla sorunlarının bulunması ve başkaca izninin kalmaması hep birlikte değerlendirildiğinde; sanığın kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek özel kastıyla yaraladığı anlaşılmaktadır.” Bkz.As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37. (TSK Net); “Sanığın kendisini bilerek yaralamadığını iddia ettiği görülmekle birlikte sanığın bir gün önce silahına doldur boşalt yaptığını bildirdiği halde, olay sırasında silaha şarjör takılı olmadığı ve silahta sadece bir mermi bulunduğu, bu merminin de sanığın üzerinde bulunan şarjörlerden birisinden alınan mermi olduğu, olay sonrasında yapılan kontrollerde silahın faal ve işne yayının sağlam olduğu, atışına mani veya kendiliğinden ateş almasına neden olabilecek mekanik herhangi bir arızasının bulunmadığının bilirkişisi ve Jandarma Kriminal balistik inceleme kısmı uzmanlık raporları ile tespit edildiği (Dz.8,38), söz konusu neticenin doğması için silahın emniyetinin açılması, namluya mermi sürülmesi, kurma kolunun çekip bırakılması ve silahın istenilen bölgeye tevcih edilerek tetiğe basılmasının gerektiği, bunların hepsinin neden sonuç ilişkisi oluşturacak şekilde tedadifen gerçekleşmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmemesi, 10.12.2008 tarihinde askere sevk edilen sanığın olay tarihi itibariyle bakiye on bir ay askerlik hizmetinin bulunması, sanığın yaralandığı bölgenin ise; hayati tehlike oluşturmamakla birlikte kendisini askerliğe elverişsiz hale getirme olaylarında kişilerin özellikle tercih ettikleri bir bölge olması hususları dikkate alındığında, sanığın eylemi askerliğe elverişsiz hale getirmek özel kastıyla gerçekleştirdiğinin kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır.” As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 (TSK Net) ; “Erzurum Hava Meydan Komutanlığı teshin merkezinde saat 17.00'ye kadar görevli olan sanığın, 04.10.2009 tarihinde saat 21.00 sularında, Hv.İs.Er H.A., Hv.İs.Er H.K. ve Hv.İs.Er H.G. ile birlikte sohbet ve temizlik için teshin merkezine gittiği; bir süre sonra dolaptan aldığı spiral makinesi ile banyo bölümüne gidip, makineyi prize takıp çalıştırdıktan sonra, sağ eli ile tuttuğu spiralle, sol elinin parmaklarını kesmeye başladığı; bu sırada duyduğu ses üzerine, sanığın bulunduğu yere giden Er H.A.'nın, durumu görünce, sanığa “ne yapıyorsun” diyerek bağırması üzerine, sanığın da anlamsız bir şekilde bağırmağa başlayarak, elinde bulunan çalışır vaziyetteki spiral makinesini, Er H.'in üzerine doğru tuttuğu; Er H. A.'nın, geri çekilip kendisini kurtarmasından sonra, fişini çekerek makineyi durdurduğunu ve sanığa “niye yaptın” dediği, bu sırada Hv.İs.Er HG ve Hv.İs.Er HK'ın da içeriye girdiği ve sanığın hastaneye götürüldüğü, GATA Eğitim Hastanesi Sağlık Kurulunun 21.04.2010 tarihli ve 1643 sayılı raporu ile sanığa “sol el 3.4.5. parmak parsiyel amputasyonu replantasyon ameliyatlı” teşhisi konularak, hakkında “B/64 F6 askerliğe elverişli değildir” kararı verildiği; sanığın bu suretle kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçunu işlediği, dosya içeriğindeki kanıtlardan anlaşılmakta olup; dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara; gerekçeye ve mahkemenin takdirine göre; kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçunun sübuta erdiğinin kabulünde ve nitelendirilmesinde; cezanın asgari haddten tayin ve takdirinde, takdiri indirim ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma hükümlerinin uygulanmasında; yasal imkansızlık nedeniyle, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinde ve ertelenmesinde; keza, ASCK Ek

suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>52</sup>

Askerî Yargıtay bir kararında; “...Genel uygulamada ve bu suçun işlenmesi sırasında sanıkların kendilerini hayati tehlike doğurmayacak şekilde el, kol, bacak ve ayak kısımlarına ateş ettikleri bilinen bir gerçektir. Bir şahsın ölümüne sebebiyet verebilecek bir noktaya ateş etmesinin intihara teşebbüs olarak nitelenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan olay eylemin niteliğine göre değerlendirmek gerekir. Sanık kendisini yaralamak kastıyla hareket ederken, ölmeden nasıl kendimi yaralayabilirim şeklinde düşünür ona göre hareket eder. İnsan vücudunun batın, göğüs ve baş bölgeleri hayati bölgeler olup bu bölgelere yapılan atışın çoğu zaman hayati tehlike tevhit etmesi nedeniyle, yaralama kastı değil “intihar kastı” düşünülmelidir.”<sup>53</sup> Bu nedenle içinde bulunulan psikolojik rahatsızlık sebebiyle intihar maksadıyla kendisine zarar verilmesi<sup>54</sup> halinde bu suç oluşmayacaktır.

10/2'nci maddesi gereğince, 01.03.2008 tarihinden sonra işlenen Askerî Ceza Kanununda yazılı suçlar bakımından, CMK'nın 231'inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmamış olmasında, usul ve esas yönlerinden hukuka aykırılık bulunmadığından; mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmiştir.” As.Yar.DK., 15.02.2012, 2012/0257-0239 EK. (TSK Net)

<sup>52</sup> “Sanığın kendisini bilerek yaralamadığını iddia ettiği görülmekle birlikte sanığın bir gün önce silahına doldur boşalt yaptığını bildirdiği halde, olay sırasında silaha şarjör takılı olmadığı ve silahta sadece bir mermi bulunduğu, bu merminin de sanığın üzerinde bulunan şarjörlerden birisinden alınan mermi olduğu, olay sonrasında yapılan kontrollerde silahın faal ve çalışır durumda olduğu, tetik ve emniyet tertibatının sağlam olduğu, mekanizma başı ve iğne yayının sağlam olduğu, atışına mani veya kendiliğinden ateş almasına neden olabilecek mekanik herhangi bir arızasının bulunmadığını bilirkşi ve Jandarma Kriminal balistik inceleme kısmı uzmanlık raporları ile tespit edildiği (Dz.8,38), söz konusu neticenin doğması için silahın emniyetinin açılması, namluya mermi sürülmesi, kurma kolunun çekip bırakılması ve silahın istenilen bölgeye tevcih edilerek tetiğe basılmasının gerektiği, bunların hepsinin neden sonuç ilişkisi oluşturacak şekilde tesadüfen gerçekleşmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmemesi, 10.12.2008 tarihinde askere sevk edilen sanığın olay tarihi itibariyle bakiye on bir ay askerlik hizmetinin bulunması, sanığın yaralandığı bölgenin ise; hayati tehlike oluşturmamakla birlikte kendisini ani olarak elverişsiz hale getirme olaylarında kişilerin özellikle tercih ettikleri bir bölge olması hususları dikkate alındığında, sanığın eylemi askerliğe elverişsiz hale getirmek özel kastıyla gerçekleştirdiğinin kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır.” As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 EK. (TSK Net)

<sup>53</sup> Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 12.10.2000 tarih 2000/149-149 EK. (As.Yar.Der., 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.?): “Herhangi bir sebep ve şekilde intihara teşebbüs edenlerin sağlık işlemleri, intihar teşebbüsüne sebep olan hastalık ve intihar teşebbüsü sonucu kalan kesiller gözönünde tutulmak sureti ile yapılır.” (TSK SYY m.41); Askerî Yargıtay bir başka kararında; “...Askerî Mahkemece, sanık hakkında düzenlenen raporlar, ağabeyinin intihar olayına ilişkin belgeler, askerlik süresince görmüş olduğu muayene ve tedavilerine ilişkin belgeler ile kıta anket formu ve danışmanlık kartı gibi belgelerin dosyaya konulmasından sonra, psikiyatrik rahatsızlığının bulunup bulunmadığı, mevcut ise bu rahatsızlığın askerliğe elverişsizliğini gerektirecek derecede olup olmadığı ve TCK'nın 32'nci maddesinden istifade edip edemeyeceği hususlarının sağlıklı bir şekilde belirlenmesi için, psikiyatri uzmanı bir bilirkşiye muayene ettirilmesi, psikiyatri uzmanının gerek görmesi hâlinde, tam teşekküllü bir Askerî Hastanede, CMK'nın 74'üncü maddesi gereğince, adli gözlem altına alınarak sağlık kuruluna çıkarılması ve elde edilecek sonuca göre, sanığın suç kastı değerlendirilerek, hüküm kurulması gerekirken, hukuka aykırı olarak noksan soruşturma ile sonuca gidilmesi eksiklik teşkil ettiğinden, mahkûmiyet hükmünün noksan soruşturma nedeniyle bozulmasına karar verilmiştir.” As.Yar.DK., 15.02.2012, 2012/278-274 EK. (TSK Net)

<sup>54</sup> “Somut olay incelendiğinde; gerek yaralanma şekli, gerekse de bu konudaki bilimsel tespitlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, sanığın içinde bulunduğu psikolojik rahatsızlık sebebiyle asıl amacının intihar etmek olduğu, bu nedenle kendisine zarar verdiği, kendisini askerliğe elverişsiz

İntihar etmek kast ve düşüncesi dışında da, başka bir “psikolojik rahatsızlık nedeniyle girilen bunalım sonucu”<sup>55</sup>, “hiddet ve kızgınlıkla”<sup>56</sup> ya da “hırsızlık suçunun

hâle getirmek gibi bir özel kastının bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Sonuç itibarıyla, manevî unsur gerçekleşmediğinden sanığın beraatine karar vermek gerekir.” As.Yar.DK., 6.1.2005 tarih 2005/6-4 EK. (As.Yar.Der., S.19, Y.2006); “Sanığın ölüm tehlikesini içeren ve hayatı bölge olan sağ omzuna, ateş gücü yüksek G-3 Piyade tüfêğini dayayarak ateş etmesi ve yaralanma sonucu hayatı tehlike geçirmesi, sanığın aynı gün hastahanedede olayı takiben verdiği ilk ifadesinde; intihar etmek için silâhı ateşlediğini söylemesi, olaydan bir gün önce koğuşta ağlarken arkadaşları tarafından görülmüş olması karşısında, mahkûmiyet hükmünün suç kastının şüpheli bulunması nedeniyle bozulması gerekir.” As. Yar.DK., 28.9.2006 tarih 2006/163-162 EK., (As.Yar.Der., S.20, Y.2007, s.?) ; “Terhisine 2 hafta varken, G-3 A-3 gibi güçlü bir silâhı kullanarak, bitişik atışla karnına ateş eden ve neticesinde hayatı tehlike geçiren sanığın, aksine yeterli delil elde edilemediğine göre, gerek arkadaşları ile mevcut anlaşmazlıklarını, gerekse ailevî problemlerini, intihara yol açan sebepler olarak kabul etmek suretiyle, manevî unsuru oluşmayan suçtan beraet kararı verilmesi gerekir.”; As.Yar.2D., 1.3.2006 tarih 2006/276-270 EK. (As.Yar.Der., S.20, Y.2007, s.77-78); “Bileğini kesmek suretiyle intihara teşebbüs eden sanığın hareketinde, askerlikten kurtulmak yahut kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçunun unsurları yoktur” (5. D. 4.2.1987 E. 92 K. 71)

<sup>55</sup> “Sanığın savunmasında, olay günü kendini askerliğe elverişsiz hâle getirmek maksadıyla bıçaklamadığını, bir anlık girdiği bunalım neticesinde ve ne yaptığını bilecek durumda olmaksızın gerçekleştirdiğini beyan etmiş olması, sanığın askerliği süresince psikolojik rahatsızlığı nedeniyle, birçok kez tedavi görmüş olması ve kendisine “antisosyal kişilik” tanısı konması, birliğe ve arkadaşlarına uyum sağlayamaması nedeniyle işlediği disiplin suçlarından, amirleri tarafından birçok kez cezalandırıldığı, sanığın kendisini daha az risk ve zarara sokacak suç işleme yöntemleri varken, vücudunun değişik yerlerine altmışa yakın çizik atmasının mantıklı ve bilinçli hareket eden bir insanın gerçekleştirebileceği davranış tarzı olmaması birlikte değerlendirildiğinde, sanığın askerlikten kısmen veya tamamen kurtulmak “özel kastıyla” hareket ettiğini söylemenin mümkün olmadığı, keza bu haliyle eylemin müspet suçu oluşturacak nitelik ve ağırlıkta bulunmadığı, en azından bu hususun dosya kapsamına göre şüpheli kaldığının ve şüphelinin sanık lehine yorumlanması gerektiğinden, somut olayda; sanığın kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme kastı ile hareket etmediği sonucuna varıldığından, unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan dolayı, mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” As.Yar.1D., 1.2.2006, 2006/138-137 EK., (As.Yar.Der., S.20, Y.2007 ); “Savunmalarında sürekli olarak cin ve perilerle uğraştığını ve 10 yıldır ruhsal sıkıntı içinde olduğunu ve kendisini silâhla yaralaması olayının nasıl olduğunu hatırlamadığını ileri süren sanığın, olay öncesinde de birtakım garip davranışlar içinde bulunması ve askerlik hizmetinden kurtulmak istediğine dair hiçbir delil ve emarenin tespit edilememesi karşısında, askerlikten kurtulmak amacıyla yönelik özel bir suç kastı ile hareket etmediği kanaatine varılmıştır.” As.Yar.DK., 18.11.1999 tarih 1999/207-203 EK. (As.Yar.Der., S.13, Y.2001); Sanığın 27.11.1982 gecesi 01.00 - 03.00 saatleri arasında devriye nöbetçisi iken, silâhına mermi sürerek kendini bacağından bir ayda iyileşebilecek ve 20 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde yaraladığı sabit ise de; Tanıklar K.H., T.E. ve K.K.’un birbirine uygun her aşamadaki ifadelerinde sanığın olaydan sonra, soru üzerine, hasta olduğunu, kimsenin kendisiyle ilgilenmediğini; bir anlık bunalım geçirip ne yaptığını bilemediğini söylediğine; içine kapanık ve kimseyle arkadaşlık kurmayan bir şahsiyet yapısına sahip olduğuna dair açıklamaları; Dosyadaki 24 kere viziteye çıktığına, 8 kere Çorlu Askerî Hastanesi ve 1 kere de Kırklareli Devlet Hastanesine sevk edilmiş olduğuna ilişkin bilgiler karşısında, sanığın olay sırasındaki akli haletiyle, buna göre askerliğe elverişli olup olmadığının ve sonuçta suç kastının araştırılıp tartışılması gerekli iken yapılması bozmayı gerektirmiştir.” D. 29.4.1987 E. 251 K. 242); “Olay tarihinden önce musap bulunduğu “anksiyete reaksiyonu” denilen bir akıl hastalığının etkisiyle bunalıma girerek kendisini askerliğe elverişsiz hale gelecek derecede silâhla yaralayan sanığın bu hareketinde As. C. K. nun 79 ncu maddesinde yazılı kast unsurunu varit görmeyen mahkemenin takdirinde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir.” (As. Yrg.Drl. Krl. 29.9.1988 E. 125 K. 100)

<sup>56</sup> “Sanığın nöbetine başladığı sırada nöbet hizmeti nedeniyle nöbet öncesi Nöb.Onb. ile aralarındaki



meydana çıkması üzerine kapıldığı teessür ve korku”<sup>57</sup> nedeniyle kendine zarar verilmesi mümkündür. Ancak bu tarz olaylarda failin kendini yaralamasında askerlikten kurtulma özel kastı ile hareket edilmediğinden suç vasfının AsCK 79’ncu maddesi dışında değerlendirilmesi gerekecektir.<sup>58</sup>

Faillere suç işleme kararı verdiren ve kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme özel kastı olarak tanımlanan psikolojik sürece herhangi bir etkisi bulunmayan durumların ise, manevi unsuru ortadan kaldırıcı herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim Askerî Yargıtay bu nedenle; “anne ve babasını bir araya getirecek bir acıya sebebiyet verme”<sup>59</sup> vs. durumların askerlikten kurtulma özel kastını ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir.

Yine “79’ncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan” AsCK 80’nci maddesindeki suç faillerinin aynı özel kast altında kasten yaralama eylemini gerçekleştirmeleri gerekir. Bu nedenle AsCK 80’deki suç faillerinin asker şahıs olmaları durumunda kasten yaraladıkları şahıslar arasında astlık üstlük durumu olsa bile eylemleri kanaatimizce askerî ceza kanununda özel olarak düzenlenen asta müessir fiil(AsCK m.117) ya da üste fiilen taarruz (AsCK m.91) gibi suçları oluşturmaya-caktır.

### C. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İlgilinin Rızası

Hukuk düzeni kişiyi kendisiyle belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılmaktadır. Kişinin hukuki yetkisini kullanmak suretiyle açıklamış bulunduğu rızaya dayalı olarak başkaları tarafından gerçekleştirilen davranışlar hukuka aykırı değildir. Kişinin vücudu

*tartışma sonucu önce havaya sonra da bir el avuç içine ateş ederek kendini yaralaması eyleminde, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek kasdı yoktur, olay nedeniyle nöbet hizmetinden yaralanması sonucu uzak kalması karşısında eylemi, mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etmek suçunu oluşturur.”* As.Yar.DK., 14.10.1999 tarih 1999/192-180 EK. (As.Yar.Der., S.13, Y.2001)

<sup>57</sup> A.Yrg.Drl.Krl.10.05.1984 E.113 K.113 (Nakleden: Özbakan, s.186)

<sup>58</sup> Nitekim “As. Yrg. Drl. Krl., 10.5.1984 gün ve 113/113 E-K. sayılı kararında; işlediği hırsızlık suçunun meydana çıkması üzerine kapıldığı teessür ve korku nedeniyle sağ ayak baş parmağından kendisini yaralayan sanığın suç kasdı noktasından beraatını onaylamıştır.(Özbakan, s.186) Buna karşılık, As.Yrg.3.D.si ise, 14.3.1995 tarih ve 220/218 E-K. sayılı kararında; hırsızlık suçu işlemediğini kanıtlamak gibi bir saikle kendisini yaralayan sanığın eyleminde isnat olunan suçun manevi unsurunun oluştuğuna karar vermiştir.” (Askerî Adalet Dergisi, Y.23, S.94, s.128. (Nakleden: Ergül, s.33)

<sup>59</sup> “Kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçunun vücut nahiyesi üzerinde yaralamak ve sakatlamak şeklinde tarif edilen icraî hareketlerle işlenebildiği, bunun ise bedensel özre sebebiyet verdiği dikkate alındığında, bu yöndeki her hareketin faillerin aileleri üzerinde derin üzüntü yaratabileceği muhakkaktır. Belirtilen nitelikteki dolaylı sonuçların faillere suç işleme kararı verdiren ve kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme özel kastı olarak tanımlanan psikolojik sürece herhangi bir etkisi bulunmadığından, sanığın anne ve babasını bir araya getirecek bir acıya sebebiyet vermek şeklindeki nihaî amacının eylemin askerlikten kurtulma özel kastıyla işlediğine ilişkin hukuki gerçeği değiştiremeyeceği sonucuna varılmıştır.”As.Yar.DK., 25.9.2003 tarih 2003/73-67 EK. (As.Yar.Der., 2004, S.16)

üzerinde tasarruflar söz konusu olduğunda ancak belirli nitelikteki ve belirli amaçlara yönelik bulunulmasına yönelik açıkladığı rıza hukuken geçerlidir.<sup>60</sup>

Nitekim bu husus TCK 26/2'nci fıkrasında, “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde açıklanmaktadır.

Rıza müessesesi konumuz açısından değerlendirildiğinde ise, kişinin kendisinin sakat bırakılması veya askerliğe elverişsiz hâle getirilmesi hususunda rıza açıklama yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim bu nedenle AsCK 79'ncü maddesi, “*kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hâle getiren veya kendi rızasıyla bu hâle getiren*” kişiler ile bu fiilleri bilerek başkasına yapan kişilerin aynı ceza ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmaktadır.<sup>61</sup>

#### IV. KUSURLULUK: HAKSIZ TAHRİK

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimsenin haksız tahrik nedeniyle cezasında indirim yapılmaktadır. (TCK m.29) Bunun nedenine ilişkin birçok görüş ileri sürülmekte ise de, 5237 Sayılı yeni TCK'da bunun kusurluluğu azaltan bir neden olduğu kabul edilmektedir.<sup>62</sup>

AsCK 92'nci maddesinde bazı suçlar bakımından haksız tahrik özel olarak düzenlenmekle birlikte<sup>63</sup>, bu hükmün yanısıra, TCK 29'ncü maddesinde yer alan haksız tahriğe ilişkin düzenlemenin bütün askerî suçlar bakımından da geçerli olduğu, ancak AsCK 79'ncü maddesinin uygulama bakımından haksız tahrik indirimine elverişli olmadığı düşüncesindeyiz. Yani bir başkasının haksız tahrikinin etkisiyle kendisine zarar veren kişi haksız tahrik indiriminden yararlanamaz.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Özgenç, s.388, 389.

<sup>61</sup> Kangel, s.107.

<sup>62</sup> Bu konu ile ilgili ayrıntılı görüş için bkz. Gökhan Yaşar DURAN, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, 2010, s.65-72.

<sup>63</sup> “*Tabrik suretiyle madunun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceği*” başlıklı AsCK 92'de haksız tahrik özel olarak düzenlenmiştir. Madde şöyledir:” 1. Bir âmir veya mafevk, Askerî nizam-lara ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salâhiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu tabrik eyler ve madun bu tabrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91 inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir.2. Birinci fıkradaki tabriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır.”

<sup>64</sup> Buna karşılık Askerî Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi bir görüşle haksız tahrik hükmünün aşağıdaki olayda uygulanmasına karar vermiştir. Karar şöyledir: “*Sanığın, suç tarihinde 22.00-24.00 saatleri arası 2. Kule nöbeti tuttuğu sırada nöbetçi astsubayı A. D. tarafından nöbet talimatına aykırı şekilde nöbet kulesinden ayaklarını aşağı sarkıtmış, silahını bir yere bırakmış ve miğferini de çıkarmış vaziyette yakalanması üzerine dövuıldığı ve 4 saatte ceza nöbeti verildiği, sanığın nöbet sırasında nöbet yerini terk ederek karakoldan aldığı bir bağ mermiyi tüfeğine sürüp doldurduğu ve dolu tüfekte bilinçli olarak sol ayağına ateş edip kendini yaraladığı, böylece askerliğe yaramayacak hale getirmek suçuna tam derecede teşebbüs ettiği maddi bir vakia olarak sabit olup, suçun işleniş tarzı, doktor raporu,*

Zira haksız tahrikin şartlarında biri tepki fiilinin hedefinin tahrik eden kimse olması koşuludur. Ancak bu koşul haksız tahrike ilişkin gerek 765 Sayılı TCK 51 gerekse 5237 Sayılı TCK 29'ncü maddelerinde düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir.<sup>65</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, haksız eyleme maruz kalan kişiyle suç işleyen kişinin aynı şahıs olması gerekmediği halde<sup>66</sup>, tepki fiilinin hedefinin, tahrik eden kimse olması, yani suç sayılan eylemin doğrudan doğruya tahrikte bulunanın zararına işlenmesi gerekmektedir.<sup>67</sup> Yargıtay kararlarında da aynı görüş benimsenmektedir.<sup>68</sup>

Askerlikten kurtulmak isteyen haksız tahriki ile başkası tarafından kendisine zarar verilmesi halinde ise, AsCK 80'deki suç failinin bu indirimden yararlanması kanaatimizce mümkün olabilir. Örneğin bir üstün memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak astını haksız bir manevi baskı altına alması ve astın bu baskı altında üstünü askerliğe elverişsiz hale getirmesi hali bu duruma örnek olarak verilebilir.

## V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Teşebbüs

Bu suçta teşebbüs mümkündür. Yapılan hareket neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen netice gerçekleşmemiş ise, yani fail yaptığı hareket sonucu sakatlanmamış veya askerliğe elverişsiz hale gelmemiş ise, suçun teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekir. Yaralama fiili sonucu, sanık sakat kalmamış ve askerlik yapmak kabiliyetini kaybetmemiş, yalnızca hava değişimi almışsa, yine TCK'nun 62'nci maddesi uygulanacaktır.<sup>69</sup> Ancak AsCK 79/2'nci fıkrasında fiile

*sanığın samimi ikrarı ve tanık beyanlarını hükmüne esas alan mahkemenin sanık hakkında tesis ettiği hükümde sübut ve tavsif yönünden herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir. Mahkeme; sanığın astsubay A.Ü.den yediği dayaağın kendisinde yarattığı haksız tahrikin etkisi ile bu suçu işlediğini kabul ederek sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamış ve bu hal tebliğnamede isabetsiz bulunarak bir bozma nedeni şeklinde değerlendirilmişse de, şahsına yönelik olan bu eylemi, astsubay Ü'den yediği dayaağın tesiri henüz zail olmadan ve tamamen onun etkisi ile işlemiş olması karşısında tebliğnamedeki görüşe iştirak mümkün olmamış, aynı zamanda hizmet münasebetinden ileri gelen bir dövmе olayının, hizmetten sıyrılmaya matuf bir suçta sebebiyet vermesinde haksız tahriki kabul etmenin bir zaruret olduğu kanaatine varılmış olmakla, Başsavcılığın bu görüşüne iştirak edilemediğinden oyçokluğu ile zikri geçen bozma nedeninin REDDİ cihetine gidilmiştir.* (As.Yar.5D., 6.4.1988, E. 307 K. 209)

<sup>65</sup> Bu konudaki görüşler için bkz.Duran, s.161-172.

<sup>66</sup> Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul, 1992, C.II, s.383; Benzer görüş Kayhan İçel, Füsün Sokollu (Akıncı), İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S.Mahmutoğlu, Yener Ünver, Suç Teorisi, 2.Bası, İstanbul, Eylül 2000, s.287.

<sup>67</sup> Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, 1997, s.599; Nur Centel, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Birinci Bası, İstanbul, 2001, s.356.

<sup>68</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 01.04.1980 gün ve E.80/41, K.80/1454 sayılı kararı ; Yargıtay CGK.'nun 23.02.1982 gün ve E.66/296, K.66/2905 sayılı kararı (Nakleden:Mehmet Akif Tutumlu, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel hükümler, Ankara, 1999, s.43, 44)

<sup>69</sup> As.Yrg.Drl.Krl., 25.6.1981, 83/83 EK. (Nakleden : Özbakan, s.183)

değil, neticenin ağırlığına ceza verildiğinden birinci fıkranın aksine teşebbüs hükümleri uygulanamaz.<sup>70</sup>

Askerî Yargıtay kararlarına göre, sakatlanmayıp sadece yaralanma ve bu sebeple bir süre hastahanedede kalma durumu askerlikten kurtulmaya delalet eden bir süre niteliğinde değildir. Bu süre sadece sakatlanmaya teşebbüs sonucunda meydana gelen bir yaralanmanın ve arızanın tedavisi niteliğinde kabul edilmektedir.<sup>71</sup>

Nitekim Askerî Yargıtay, “*Olayda sanığın, askerî hizmetlerde kullanması amacıyla kendisine teslim edilen 18177 seri numaralı HK-33 piyade tüfeği ile sol ayak tarak kısmından yaraladığı, sanığın söz konusu yaralanma nedeniyle askerliğe elverişsiz hale gelmediği dikkate alındığında, sanığa isnat edilen suçun teşebbüs aşamasında kaldığı(na)*”,<sup>72</sup> “*Sanığın, 14.3.2009 tarihinde saat 11.30’da Arıtma-2 Merkezi Filtre Dairesinde bir miktar tiner kokladıktan sonra, orada bulunan bir keser ile sağ el 5’inci (serçe) parmağına vurup kemik kırığı oluşacak şekilde kendi kendini yaraladığı; Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde ameliyat ve İzmir Asker Hastanesinde tedavi edilmesini müteakip, “Sağ El 5. Parmak Subtotal Amputasyon Ameliyatlısı” teşhisiyle 20.03.2009 tarihinde bir ay hava değişimine gönderildiği; hava değişimi süresinin bitiminde Birliğine katılmadığı, mevcut yaralanma nedeniyle, askerliğe elverişsiz hâle gelmediği (Dz.60); dosya içeriğindeki kanıtlardan anlaşılmakta olup; dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve mahkemenin takdirine göre kendini askerliğe yaramayacak hale getirmeye teşebbüs suçunun sübuta erdiğinin kabulünde” isabet bulunduğu(na)*”<sup>73</sup>, “*Vardiya Nöbetçisi olarak görev yapan sanığın; saat 18.35 sularında su deposu binası dışında Silahlı Nöbet görevini icra eden tanık Dz.P.Er K.E’in yanına gelmesi üzerine bir müddet kendisiyle sohbet ettiği, akabinde, sanığın ani bir hareketle tanık Dz.Er K.E’in hamili bulunduğu HK-33 Piyade Tüfeğini eliyle tutarak çektiği ve kendi göğüs bölgesine doğru doğrulttuğu, silahın dolu olduğu ve patlayabileceği yönündeki tanık uyarılarını dikkate almayan sanığın, önce silahın kurma kolunu çekip bırakmak suretiyle tam dolduruş yaptığı, devamında da, tüfeğin tetiğine basarak kendisini yaraladığı, eylem sebebiyle askerliğe elverişsiz hâle gelmeyen sanığın, kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmeye teşebbüs suçunu işlediği(ne)*”<sup>74</sup>, “*Nöbet dönüşü sırasında, silâhın namlusunu sağ ayağına tutarak, ateş eden ve bu yaralanma sonucu hastahanedede tedavi görüp, 1,5 ay hava değişimi alan sanığın eyleminin, tam teşebbüs aşamasında kaldığın(a)*”<sup>75</sup>, “*Suç tarihinde 11 aylık asker olup silahı hakkında yeterli bilgisi bulunan ve olay öncesinde arkadaşları ile uyumsuz bir ilişki içinde olan sanığın akşam saatlerinde de sivil hastaneden alacağı*

<sup>70</sup> Mis, s.34.

<sup>71</sup> As.Yrg.Drl.Krl., 14.1.1966, 1-2EK., (Nakleden:Özbakan, s.185); Benzer açıklama için bkz.Ergül, s.34

<sup>72</sup> As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 EK.(TSK Net)

<sup>73</sup> As.Yar.DK., 27.04.2012, 2012/0593-0567 EK.(TSK Net)

<sup>74</sup> As.Yar.DK., 25.01.2012, 2012/128-123 EK. (TSK Net)

<sup>75</sup> As.Yar.DK., 15.6.2006, 2006/135-132 EK. (As.Yar.Der., S.20, Y.2007)

raporun geçerli olup olmayacağına dair sorular sorduktan sonra, aynı gün gecesi karakol nöbetçilerini takviye için görevlendirildiği 3 nolu mevziye indikten hemen sonra silahının ateş alması sonucu sağ ayağından 25 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı, yarım doldurmuşta bulunan ve arızası olmayan silahın patlayabilmesi için bilinçli, seri halde birbirini izleyen hareketlerin yapılması gerekli olup birlikteliği mütalaasına göre de cereyan şekli ve yaralanma biçimi itibarıyla olayın kaza olarak kabulüne imkan bulunmadığı anlaşıldığından kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmeye teşebbüs etmek özel kastıyla hareket ettiği sonucuna varıldı (dığına)<sup>76</sup> karar vermiştir.

Burada bahsedilmesi gereken bir hususta suça ilişkin artırım ve indirim uygulamasında kanuni sıraya uyulmamasıdır. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında; “ASCK’nın 79/1’nci maddesine göre temel ceza tayin edildikten sonra, suçun teşebbüs aşamasında kalması da temel ceza ile ilgili olduğundan, (TCK’nın 29/2’nci maddesi dikkate alınarak) önce teşebbüs hükmünün uygulanması, ardından ASCK’nın 50 ve 51/B maddelerine göre artırım yapılması gerekirken, aksine uygulama yapılarak ceza tayin edilmesinin de yasaya aykırı olduğuna işaret edilmiştir.”<sup>77</sup>

## B. İştirak

TCK iştirak şekillerini faillik ve şeriklik olarak ikiye ayırmıştır. Faillik kanunda tanımlanan askerî suç tipindeki hareketin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Suçun işlenmesine katkıda bulunmakla birlikte, bulunduğu katkı suç tipinde belirtilen hareketi oluşturmaya yeterli olmayan suç ortaklarına *şerik* adı verilir. Şeriklik de *azmettirme* ve *yardım etme* olarak ikiye ayrılır. Mütamadî suçlara hareket devam ettiği sürece iştirak etmek mümkünken anî bir suç türü olan AsCK 79’nci maddesinde hareket yapıldıktan ya da netice meydana geldikten sonra iştirak mümkün değildir.

AsCK 79’da suç tipindeki haksızlık “doğrudan fail”<sup>78</sup>, “dolaylı fail”<sup>79</sup> ya da AsCK 80’de açıklandığı gibi fail ve suç ortakları arasında bu konuda yapılan bir anlaşma ile ortaklaşa “müşterek failler”<sup>80</sup> tarafından gerçekleştirilebilir. Bu durumda müşterek failerin ceza sorumlulukları aynıdır.(TCK m. 37/1).

Yine AsCK 79’daki suç failinin suçuna, azmettirme ya da yardım etme sure-

<sup>76</sup> As.Yar.DK., 25.02.1999, 1999/50-37 EK. (As.Yar.Der., S.13, Y.2001)

<sup>77</sup> As.Yar.3D., 26.04.2005, 2005/0492-0489 EK (As.Yar.Der., S.19, s.36-37)

<sup>78</sup> Suç tipinde tanımlanan fiili tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denilmektedir. (TCK m. 37/2)

<sup>79</sup> Suç tipinde tanımlanan fiili başka bir kişiyi araç olarak kullanarak gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denilmektedir. (TCK m. 37/2)

<sup>80</sup> “Müşterek faillik suçun icra hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek fail suçun işlenmesine etkili bir katkıda bulunmalıdır. Müşterek failler suçun maddi unsurlarını tek başlarına gerçekleştirmek zorunda değildirler. Suçun işlenmesi konusunda yapmış oldukları işbölümü gereğince, maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmeleri de yeterlidir. Müşterek failliğin sözkonusu olabilmesi için suçun işleniş üzerinde müşterek hakimiyetin kurulması, failler arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve icra hareketlerine başlanmış olması gereklidir.” Bu açıklamalar ve “Müşterek Faillik” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, s.488-513.

tiyle de katılınması kanaatimizce mümkündür. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu da işlenen suçun cezası kadarken (TCK m.38/1) bu suçun işlenmesine TCK 39'ncü maddesinde açıklandığı gibi yardım eden açısından verilecek cezalar daha hafif bir cezayı gerektirecektir. Askerî Ceza Kanununun Ek 8 ve 10'ncü maddeleri gereğince<sup>81</sup>, askerî suçların iştirak hâlinde işlenmelerinde TCK'nun iştirake ilişkin kuralları geçerlidir.

Aslında kanaatimizce AsCK 79/1'nci fıkrasında “*kendi rızasıyla bu hale getir(tmek)*” fiilinin içinde getirilen ve getirenler arasında müşterek failliği gerektiren bir suç ortaklığı barınmaktadır. Nitekim AsCK 79'ncü maddesindeki suç faillerinin rızası ile onlarla anlaşarak kasten sakatlayanlar veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getirenler bu suçun işlenmesine aslında müşterek fail olarak iştirak etmektedirler.<sup>82</sup> Ancak bu husus TCK iştirak hükümlerine göre çözümlenebileceği gibi AsCK 79'daki madde bütünlüğünü bozmamak için, AsCK 80'nci madde düzenlemesine gerek olmadığı ve bu suçun aslında AsCK 79 içinde ayrı bir fıkra düzenlenebileceği düşüncesindeyiz.

<sup>81</sup> AsCK Ek Madde 8: “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır...” Ek Madde 10: “Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıyca kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9'uncü maddeleri ... uygulanmasına devam olunur...”

<sup>82</sup> Nitekim Askerî Yargıtay örnek kararlarında müşterek bir anlaşmanın varlığına işaret edilmektedir: “...Yapılan incelemede; 23. Mot.P.A.1. Tb.2.Bl.K.lığı emrinde görevli sanık terhisli Er LK'ün aynı birlikten arkadaşı Er MS'in ailesinin yurtdışından izne gelmesi ve Murat'ın izne ihtiyacı olması üzerine sanığın Murat ile anlaşarak rapor almasını temin amacıyla onun sol koluna sert bir cisimle vurarak sol ulna kemiğini kırdığı ve M'in 15.8.2001 tarihinde bir ay hava değişimine gönderildiği, sanığın kendi sol kolunu da 10.8.2001-19.8.2001 tarihleri arasında kanunî izinde iken 14.8.2001 tarihinde kırdığı, 28.3.2001 tarihinde Askerî Hastaneye revirden sevk belgesi alması için birliğine gönderildiği, bilâhare birliğine döndüğünde, 3-4-5 Eylül 2001 tarihlerinde sırasıyla aynı birlikte görev yaptıkları Er AD, Er ÖK ve Er MK'nin sol kollarını, onlarla anlaşarak hava değişimi almalarını sağlamak amacıyla kırdığı, adı geçenlerin 19.9.2001 tarihinde birbuçuk ay hava değişimine gönderildikleri, böylece sanık LK'ün kendi kolunu kırdırarak suretiyle kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs etmek, askerlik görevi yapması gereken dört ayrı şahsı da askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs etmek suçlarını işlediği” As.Yar.4D., 30.03.2004, 2004/378-404 EK (TSK Net); “Hâlen terhisli bulunan sanığın, 28'inci Mknz.P.Tug.Dst.Kr.K.lığı emrinde askerlik hizmetini yapmakta iken, olay öncesi tanıştığı 4'üncü Kor.Mu.Bl.K.lığı emrinde görevli diğer sanık Mu.Er.U.E'ün, özel sorunları nedeniyle birliğinden firar etmeyi düşündüğünü söylemesi üzerine, bu Er'e firar etmesine gerek olmadığı, kolunu kırarak hava değişimine gidebileceği yönünde telkinlerde bulunduğu, bu fikri benimseyen U.E'ün, sanık Ş.E'den kolunu kırması hususunda yardım istediği, bu şekilde 03.06.2002 günü Ordudonatım Bölüğünün arkasındaki boş alana gittiklerinde, sanık (Ter.) Bnd. Er Ş.D'in önceden temin ettiği demir çubukla (Ter.) Mu.Er.U.E'ün duvarın üstüne koyduğu sol koluna vurmak suretiyle kırılmasına sebebiyet verdiği, ..Askerî Mahkemenin, sanığın yukarıda açıklandığı şekilde sübuta eren eyleminin “Başkasını askerliğe elverişsiz hâle getirmeye teşebbüs” ve diğer sanık (Ter.) Mu.Er.Ulaş ERTÜRK'ün eyleminin ise “Kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirmeye teşebbüs” suçlarını oluşturduğu yönündeki kabulünde herhangi bir isabetsizlik” görülmediğine karar verilmiştir. As.Yar.3D., 20.07.2010, 20101845-1833 EK. (TSK Net)

Ancak AsCK 80'deki ayrı düzenleme nedeniyle artık AsCK 80'deki suç faillerine müşterek failliğe ilişkin TCK'nun iştirake müessesesine ilişkin (TCK m.37) uygulama yapılmayacak, AsCK 80'nci maddesi gereğince suç failleri AsCK 79'daki suç faili ile aynı ceza uygulamasına tabi olacaktır.<sup>83</sup>

Buna karşın, AsCK 79 ya da 80'deki suç faillerini suça azmettiren ya da yardım edenler açısından TCK'nun iştirake ilişkin hükümleri kanaatimizce burada geçerli olacaktır.

Suç vasfının belirlenmesi açısından AsCK 80'deki suç failinin kastının Mahkeme tarafından araştırılması gerekecektir<sup>84</sup>. Zira arada kendini askerliğe elverişsiz hale getirme konusunda bir anlaşmanın bulunmaması olan halinde AsCK 80'deki suçun failinin eylemi kanaatimizce; ancak TCK'da düzenlenen kasten yaralamanın (TCK m.86) ya da aralarında astlık üstlük durumuna göre askerî ceza kanununda düzenlenen üste fiilen taarruz (AsCK m.91) ya da asta müessir fiil (AsCK m.117) suçlarının konusu olabilir.

### C. İçtima

Fikri içtima kuralı gereğince, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. (TCK m.44)

<sup>83</sup> Nitekim Askerî Yargıtay'ın benzer bir düzenleme olan AsCK 81/2'inci fıkrasına ilişkin verdiği bir karar bu görüşü doğrulamaktadır. Konuya ilişkin karar şöyledir: "ASCK'nın 81'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; "Yukarıdaki fıkrada yazan cezalar suç ortaklarına da uygulanır" şeklindeki düzenleme, askerlikten kurtulmak için hile yapan kişilere, bu eylemlerini gerçekleştirmede yardım eden kişilerin suça iştirak etmiş sayılacakları, ancak bu kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde değil "Asli faillere verilen ceza ile cezalandırılacakları" öngörülmektedir. ...Öte yandan; ASCK'nın 81'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "Askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçunun unsurları ve cezası düzenlenirken, maddenin 2'nci fıkrasında da, "Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır." şeklinde düzenleme yapılarak, TCK'nın 37 ilâ 40'ncü maddelerinde tanımlanan iştirakin şekil ve dereceleri aranmaksızın, her ne suretle olursa olsun eyleme iştirak edenlerin, 1'inci fıkra hükmüne göre cezalandırılmaları öngörülmüş olup; bu suç ortakları bakımından TCK'nın 37 ve devamındaki maddelerin uygulama olanağı bulunmadığından, sanık Tbp.Yb.H. T.'a ile ilgili üzerine atılı suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulama yapılırken TCK'nın 37 ve sanıklar Sağ.Kd.Bçvş.E.Ç. ile Per.Kd.Bçvş. S.G.'nin üzerine atılı suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulama yapılırken TCK'nın 39'uncü maddelerinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğuna işaret edilmekle yetinilmiştir". As.Yar.2D., 29.02.2012, 2012/91-316 EK. (TSK Net)

<sup>84</sup> Askerî Yargıtay, "...Askerî Mahkemenin Direnme hükmü gerekçesinde emsal karar olarak gösterdiği Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 24.4.1986 tarih ve 1986/48-44 sayılı içtihadına konu olayın, Bölük Komutanı olan sanığın kanuni haklarından fazla olarak izine gönderdiği askerlerle anlaşma yaptığı ve bu anlaşma sonucunda Bölüğe maddi yardımda bulunanları kanuni hakkından fazla ve çok uzun sürelerle izine göndermesi şeklinde cereyan eden farklı bir olay olması dikkate alınarak, Askerî Mahkemenin, sanık Hv.P.Ütğm.M. K. Ö. ile fazladan izine gönderdiği Çavuşlar A. Ç. ve Ş. S. ile Onb.M. A. S. arasında bir anlaşma yapıldığı kanıtlanamadığı için, işbu davada suç vasfını Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak olarak nitelendirmesi(nin) isabetli bulunmadığı"na karar verilmiştir. As.Yar.DK., 04.11.1999, 1999/206-195 EK. (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.202-205)

Özellikle nöbet esnasında işlenen AsCK 79'daki suçun AsCK 136/1-A<sup>85</sup> bendi ve AsCK 130<sup>86</sup>'da açıklanan suçlar ile içtima etmesi mümkündür. Çünkü hizmetin ifası sırasında nöbetçi iken kendini askerliğe elverişsiz hale getirme kasdı ile kendisini yaralayarak nöbetini yapamayacak hale getiren aynı zamanda hem AsCK 136/1-A bendindeki mazarratı mucip olarak kasten “kendisini verilen vazifeyi yapmayacak hale”de getirmekte hem de AsCK 130'a göre, “askeri eşyayı kasten tahrip” etmektedir.<sup>87</sup> Bu durumda AsCK 136/1-A ve AsCK 130 maddesine göre faillere verilebilecek ceza miktarı iki seneye kadar hapis iken AsCK 79/1'e göre beş seneye kadar haptir. TCK 44'ncü maddesinde düzenlenen “farklı neviden fikri içtima kuralı” gereği fail en ağır ceza olan AsCK 79'a göre cezalandırılacaktır.

Yine AsCK 79 gibi serbest hareketli suçlarda hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup, serbest hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi hâlinde, hareket sayısınca suç değil, kanaatimizce tek bir suç oluşur.

TCK'da suçların içtimaı bakımından kural olarak benimsenen “gerçek içtima ilkesi”ne göre, tipe uygun fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar da ceza vardır. Özellikle AsCK 80'deki suç failinin birden fazla kişinin askerliğe elverişsiz hale getirilmesi için yaptığı eylemlerinde, kişi sayısı kadar, ayrı ayrı AsCK 80'nci maddesi gereğince cezalandırılması gerekecektir.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, “Önceden yaptıkları anlaşma sonrasında aynı birlikte görev yaptığı dört arkadaşının kollarını değişik tarihlerde sert bir cisimle

<sup>85</sup> AsCK 136/1-A maddesi şöyledir: “Her kim askeri karakolun veya müfrezenin veyahut hususi bir vazife ile mükellef olan bir kısım askerinin kumandanı veya subaylarından veyahut nöbetçi iken kasten veya tekasülünden :A: Kendisini verilen vazifeyi yapmayacak hale korsa.... bir mazarratı mucip olursa iki seneye kadar hapis ile cezalandırılır.”

<sup>86</sup> AsCK 130'ncü maddesi şöyledir: “Askeri eşyayı kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip eden, ...asker kişileri, eşyanın değeri, önemi, meydana gelen hasarın miktarı ve fiilin işleniş şekline göre üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

<sup>87</sup> Ancak kendini askerliğe elverişsiz hale getirme özel kasdının ortaya konulmadığı durumda suç olaya göre AsCK'da yazılı bir başka (örneğin AsCK 136) suçu oluşturabilir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararı şöyledir: “...Sanık Erin, 23.00-01.00 4 Nolu Kule nöbeti esnasında hamili bulunduğu piyade tüfeğiyle kendini kasten vurduğu söylenememekle beraber, eğer civardan bir ses duymuş olsa dahi, dosya dizi 19 sıradaki Nöbet Genel Talimatına göre, yarım doldurmuşta bulunması gereken piyade tüfeğinin namlusuna derhal mermi sürerek sesin geldiği yere doğru koşmayıp, kütasını ve komşu nöbetçileri düdüğü, siren çalarak, alarm butonuna basarak, telefonla arayarak haberdar etmesi gerekirken, aksi yönde davranıp tüfeğinin namlusuna mermi sürmek suretiyle sesin geldiği yere doğru koşmak ve bu sırada **tekâsülü** sonucu silahının ateş alarak kendini sol el 2.parmağının uç kısmını koparacak şekilde vurarak yaralamak suretiyle kendini **nöbet vazifesini yapamayacak hâle koyması** ve bu hareketi sırasında bir adet fişek sarf ederek **maddî zarara** ve ayrıca 4 Nolu Kule nöbet hizmetinin bir süre aksamasına bağlı olarak **kıt'a disiplin** ve emniyetini zaafa uğratmak suretiyle **manevî zarara** sebep olmuş bulunması da göz önüne alındığında, iddianamede yazılı eylemi, ASCK'nun 136/1-A,B,C madde ve fıkrası kapsamında giren “dikkatsizlik edenler” suçunu oluşturmasına rağmen, aksi yöndeki görüş ve kabulle kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmeye teşebbüs etmek suçundan ASCK'nun 79/1'inci maddesinin tatbiki ile hüküm kurulması kanuna aykırı bulunduğundan bozma kararı verilmesi” gerekliğine karar vermiştir. As.Yar.3D., 07.06.2004, 2004/721-712 EK. (TSK Net)



vurmak suretiyle kıran ve onların hava değişimine gitmelerini sağlayan sanığın eylemi, müteaddit olarak başkalarını askerliğe elverişsiz hâle getirmeye tam teşebbüs suçunu oluştur(acağına)” karar vermiştir.<sup>88</sup>

## VI. SUÇA İLİŞKİN MUHAKEME ŞARTLARI

AsCK, savaş zamanı dışında, barış zamanı sadece asker kişilere uygulanabilmektir.<sup>89</sup> “Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanunu’na tabi suçlarında yargılama merci” başlıklı 13’üncü maddesinde ise; “Askerî Ceza Kanunu’nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131’inci maddelerinde

<sup>88</sup> “Askerî mahkemeye, sanığın 23.8.2001 tarihinde kendisini, Ağustos 2001 ayı içerisinde Er M.S.’yi, 3.9.2001 tarihinde Er M.K.’yı, Eylül 2001 ayı içerisinde Er A.D.’yi, Eylül 2001 ayı içerisinde Er Ö.K.’yı kollarını kınarak askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs suçlarını işlediği sabit görülerek, ASCK’nın 79/1, TCK’nın 62 ve 59/2’nci maddelerinin beş kez uygulanması ve tayin olunan hüriyeti bağlayıcı cezaları TCK’nın 71’inci maddesi uyarınca toplanması sonucu neticeten 33 ay 10 gün ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu hükümler sanık tarafından sebep gösterilmeksizin temyiz edilmiştir. Yapılan incelemede; 1’inci Tb. 2’nci Bl.K.lığı emrinde görevli sanık terhisli Er L.K.’nın aynı birlikten arkadaşı Er M.S.’nin ailesinin yurt dışından izne gelmesi ve M.S.’nin izne ihtiyacı olması üzerine sanığın M.S. ile anlaşarak rapor almasını temin amacıyla onun sol koluna sert bir cisimle vurarak sol ulna kemiğini kırdığı ve M.S.’nin 15.8.2001 tarihinde bir ay hava değişimine gönderildiği, sanığın kendi sol kolunu da 10.8.2001-19.8.2001 tarihleri arasında kanuni izinde iken 14.8.2001 tarihinde kırdırıldığı, 28.3.2001 tarihinde askerî hastaneye revirden sevk belgesi alması için birliğine gönderildiği, bilâhare birliğine döndüğünde, 3-4-5 Eylül 2001 tarihlerinde sırasıyla aynı birliktede görev yaptıkları Er A.D., Er Ö.K. ve Er M.K.’nın sol kollarını, onlarla anlaşarak hava değişimi almalarını sağlamak amacıyla kırdığı, adı geçenlerin 19.9.2001 tarihinde bir buçuk ay hava değişimine gönderildikleri, böylece sanık L.K.’nin kendi kolunu kırdırmak suretiyle kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs etmek, askerlik görevi yapması gereken dört ayrı şahsı da askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs etmek suçlarını işlediği dosyada mevcut tanık beyanları, askerî hastane raporları kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri, bilirkişi mütalâası gibi delillerle sübute ermektedir. Askerî mahkemeye sanığın yazılı olduğu şekilde ASCK’nın 80’inci maddesi göz önüne alınarak ASCK’nın 79/1’inci maddesinin beş kez tatbiki suretiyle mahkûmiyetine karar verilmesinde bir isabetsizlik yok ise de; sanığa verilen hapis cezalarının TCK’nın 71’inci maddesi uyarınca toplanması sonucu neticeten 33 ay 10 gün hapis cezasına hükmedilmesi gerekirken hüküm fıkrasına 33 ay 10 gün ağır hapis cezası şeklinde yazıldığı görülmekle, bu husus yeniden yargılama yapmayı gerektirmeyen maddi bir bata mahiyetinde olduğundan 353 sayılı Kanunun 220/D maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.” As.Yar.4D., 30.03.2004, 2004/378-404 EK ((As. Yar.Der., S.17, Y.2005, s.284-285)

<sup>89</sup> “Anayasa’nın “Mahkemelerin Kuruluşu” başlıklı 142’nci maddesinde; “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” şeklinde olduğu, 12.09.2010 tarihindeki referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda Anayasa’nın “Askerî Yargı” başlıklı 145’inci maddesinde; “Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişilerin tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişilerin aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir...” hükümlerine yer verilmiştir.

yazılı suçlar, Askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır”<sup>90</sup> şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

AsCK 192’nci maddesinde, “Askerî Ceza Kanununun 75, 79’ncu maddelerile 78’nci maddesinin C fıkrasının iki numarasında ve askerî eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair 131’nci maddede yazılı suçlar askerî mahkemelere tabi olmayan siviller tarafından yapılırsa umumi mahkemeler bu kanun hükümlerini tatbik ederler” hükmü gereğince AsCK 79’daki suçun asli faillerinin sivil şahıs olmaları halinde adliye mahkemeleri, suç faillerini AsCK 79’ncu maddesi kapsamında cezalandıracaktır<sup>91</sup>.

Yine 353 sayılı Kanunun, “Müşterek suçlar” başlıklı 12’nci maddesi, Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması gerekçesiyle, iptale konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi bu maddenin “eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere” ifadesinin Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu bölümün iptaline, oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>92</sup> Bu karardan sonra artık AsCK 79’daki suçun müşterek faili olan sivil şahısların bu madde gereğince de kesin olarak askerî mahkemelerde yargılanması söz konusu değildir.

Yine burada bahsedilmesi gereken bir durumda suç ortağı olan müşterek failerin Milli Savunma Bakanlığı ya da Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan devlet memurları ya da askerî işyerlerinde çalışan işçiler bakımından değerlendirilmesidir. Zira bunların askerî yargıya tabi olacaklarına ilişkin 353 Sayılı AsYUK’un 10/C bendindeki “Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”in bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı ve askerî yargıya tabi olacağı hükmü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2’nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı da dikkate alınarak Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 Esas Kararı,<sup>93</sup> ile Anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Aslında aynı şekilde aynı maddenin D bendinde “Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler”inde sivil şahıs

<sup>90</sup> Bu madde, madde başlığıyla birlikte 29.6.2006 tarih ve 5530 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.

<sup>91</sup> “Suç tarihinde sivil kişi olan (asker kişi sıfatı bulunmayan) sanığın, kabule göre üzerine atılı kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçundan As.C.K.’nin 79 uncu maddesi gereğince yargılama yapma görevi ve yetkisi, As.C.K.’nin 192 ve 353 sayılı Kanunun 11 inci maddeleri karşısında umumi mahkemelere ait olduğundan, Askerî Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek mahkûmiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır.” As.Yar.Gn.Krl., 27.12.1952, 1952/1820-12 EK; As.Yar.DK., 09.02.1989, 1989/60 – 42 EK; As.Yar.DK., 31.03.1994, 1994/28-31 (Nakleden: Kemal Bal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , Ankara, 2002, s.79-1.)

<sup>92</sup> Anayasa Mahkemesinin 20.09.2012 tarih ve 2012/80-122 EK. RG: 01.12.2012 tarih ve Sayı:28484. [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm) (24.01.2013)

<sup>93</sup> RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484.

kapsamında olmasına rağmen<sup>94</sup> iptali istenen maddenin sadece AsYUK 10/C bendi olması nedeniyle sadece bu bent iptal olmuştur. Ancak Askeri Yargıtay kararları gözönüne alındığında, halen yürürlükte olan AsYUK 10/D bendinde, sivil şahıs statüsünde olan işçilerinde AsCK 80'deki suçun suç ortağı olmaları halinde yine sivil yargı mercilerinin görevli olacağı değerlendirilmektedir.

Suçun AsCK 80'nci maddesine göre başkası tarafından işlenmesi ve bu şahsın sivil olması durumunda fail yine adliye mahkemesinde, AsCK 80'nci maddesi kapsamında yargılanırken AsCK 79'daki suçun faili ise askerî mahkemede yargılanacaktır. Bu durumda her iki mahkemenin kararlarının birbiri ile çelişmemesi gerekecektir.

Burada suçun müşterek olarak işlenmesi halinde en büyük zorluk, müşterek faillerden birinin asker diğeri sivil şahıs olmaları halinde aynı konuda biri sivil diğeri askerî mahkemede yargılama yapacak mercilerden içtihat farklılıklarından dolayı farklı kararlar çıkma olasılığıdır. Bu durumun sanıklar ya da suç ortaklarının mağduriyetlerine yol açan hukuki sorunlara neden olma ihtimali kanaatimizce mümkündür. Zira AsCK 79'daki suç oluşmadan 80'deki suç ortaklarının suçu da oluşmayacaktır. Bu husus gözönüne alındığında suç ortağını yargılayacak yargılama merciinin, diğer mahkemenin kararını *bekletici mesele* yapması uygun olacaktır. AsCK 81/1'den hüküm kuran mahkeme kararının kesinleşmesi durumunda ise bu karar artık diğer mahkeme bakımından kendi içtihatlarına aykırı olsa da bağlayıcı olacaktır. Her iki yargı merci arasındaki içtihat farklılıklarının ise suç faileri açısından *adil yargılanma ilkesini* zedeleyici bir durum oluşturabileceği ve mağdur olan kişilerin anayasa şikayeti yoluyla bu durumu Anayasa Mahkemesine götürebilecekleri değerlendirilmektedir.

<sup>94</sup> "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1'inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş ve bu ilkeyi destekleyici hükümler ve hukuk sistemimizin işleyişi ve bütünlüğü açısından, 353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddeleri, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 3'ncü maddesinin 1'nci fıkrasındaki "Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel" ibaresi, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 3'ncü maddesinin 2'nci fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152'nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun yada kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığını ileri sürebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak Kanun hükmünün 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesi olması sebebiyle 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasasının 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir."

## VII. YAPTIRIM

### A. Asli ve Fer'i Cezalar

AsCK 79'ncu maddesinde suç failleri için “*bir seneden beş seneye kadar hapis*”, fiil her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise yedi seneye kadar ağır hapis, fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezası öngörülmektedir.<sup>95</sup>

AsCK 1/1'nci fıkrasının<sup>96</sup>, TCK'na yaptığı genel atıf dolayısıyla hapis cezaları bakımından TCK'nun genel hükümleri<sup>97</sup> uygulanacağından artık askerî ceza kanununda yer alan “*ağır hapis cezası*” ifadelerinin “*hapis cezası*” olarak ele alınması gerekecektir.<sup>98</sup>

AsCK 79'ncu maddesinde ağır hapis cezalarının alt sınırı gösterilmemiştir. AsCK Ek 9'ncu madde düzenlemesi<sup>99</sup> ile askerî ceza kanununda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları bir sene olarak belirlenmiştir.

Yine AsCK 79'ncu maddesinde askerî ceza kanununda bazı suçlarda yer verilen “*az vahim hal*” uygulamasına yer verilmemiş, sadece netice sebebiyle ve seferberlik ve harp hallerinde cezanın ağırlaştırılması öngörülmüştür.

Asker kişiler hakkında hükmolunacak fer'i askerî cezalar, TSK'nden çıkar-

<sup>95</sup> AsCK m. 1/f.2'ye göre, AsCK'nın ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırdığı suçlar askerî cürümlerdir. AsCK'nın kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar ise, askerî kabahatlerdir. Böylece AsCK askerî suçları askerî cürümler ve askerî kabahatler şeklinde ikiye ayırmaktadır.

<sup>96</sup> Bu husus AsCK m. 1/1 fıkrasında; “Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumî suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfi yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur” şeklinde açıklanmaktadır.

<sup>97</sup> TCK'da hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. (TCK m. 46).

<sup>98</sup> Benzer açıklama için bkz. Kangal, s.143.

<sup>99</sup> *AsCK Ek Madde 9'a göre; Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları “bir sene” olarak uygulanır. 5329 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmaktadır: “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5 inci maddesi hükmü ve gerekçesi; 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 10 uncu, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 1 inci ve yeni Türk Ceza Kanununun Hükümet Tasarısının 3 üncü maddesi hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı olan özel ceza kanunları ile ceza hükümleri içeren diğer kanunlardaki hükümlerin hükümsüz kalacağına şüphe bulunmamaktadır.1 Nisan 2005 tarihinden itibaren bazı askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerince 1632 sayılı Kanunun ve 16.6.1964 tarihli ve 477 sayılı Kanunun 5237 sayılı Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmasına son verileceği açıklar...Ayrıca, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüşecek ve bu sebeple Askerî Ceza Kanununda alt sınırı belirtilmemiş ağır hapis cezalarının alt sınırının bir yıldan bir aya inecek olması nedeniyle, bu hükümden etkilenen suçlardan mahkûm olanlar hakkındaki kesinleşmiş veya infaz edilmekte olanlar ile ilgili dava dosyalarının yeniden ele alınması gibi mahkemelerin iş yüklerinin gereksiz yere artırılmasına ve diğer davalar için ayrılması gereken zamanın azalmasına yol açılmasına engel olmak üzere bazı suçların cezalarının alt sınırının yeniden belirlenmesine ihtiyaç duyulmuştur.”* <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss849m.htm> (18.12.2012)

ma<sup>100</sup>, rütbenin geri alınması ve askerî öğrencilik hukukunu kaybettirmedi. (AsCK m.29) Fer'î askerî cezalara hükmedilirken, failin suçu işlediği andaki sıfatı dikkate alınır. Fail suç tarihinden sonra emekliye ayrılma ya da TSK ile ilişkisi kesilse de koşulları varsa, fer'î cezalara karar verilmelidir.<sup>101</sup>

Ayrıca 1111 Sayılı Askerlik Kanununa göre, kendilerini askerliğe elverişsiz hale getirmeye veya getirtmeye teşebbüs ettikleri mahkeme kararı ile sabit olan erbaş ve erlerin yargılanmalarına esas eylemleri dolayısıyla ortaya çıkan rahatsızlıklardan ötürü yatarak gördüğü tedaviler veya istirahatte ya da hava değişiminde geçirdikleri süreler muvazzaf askerlik hizmetlerinden sayılmayacaktır.(1111 SK. m.78/5)

## B. Erteleme/ Adli Para Cezasına Çevrilme

TCK'nun 51'inci maddesinde sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul eden düzenlemesi kural olarak askerî suçlar bakımından da geçerli olup AsCK 47'inci maddesinde bu kurala bazı istisnalar getirerek bazı suçlardan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceğini öngörülmekteydi.

AsCK 47'inci madde düzenlemesi; *“Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askeri şahıslar hakkında da tatbik olunur.A) Askerî mahkemelerden Askerî Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Fıslı ile 84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 nci ve 130 uncu maddeleri hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez. Ancak fiili işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, hüküm zamanında yetmiş yaşına girmiş olanların mahkûm oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir...”* şeklindeydi.

Ancak Askeri Yargıtay Daireleri ile bazı askeri mahkemelerin itirazı ile; *“1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendiyle anılan Kanun'un üçüncü babının 4. faslında düzenlenen suçlar nedeniyle hükümlenilen ce-*

<sup>100</sup> “Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası” başlıklı AsCK 30'uncu maddesi şöyledir: *“Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askerî mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde. Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askerî mahkemelerde üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir.”*

<sup>101</sup> Erman, s.251; Kangal, s.149.

zalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevrilme yasağı ile 3., 5. ve 8. fasılarda düzenlenen suçlara ilişkin erteleme yasağının, ...aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın şahsileştirebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”<sup>102</sup>

Anayasa Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararında<sup>103</sup> özet olarak; “Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir” şeklinde bir gerekçe ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa’nın 2.’inci maddesine aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir.<sup>104</sup>

Bu karar sonucu daha önce AsCK 47/A maddesinde yer alan istisna hükmü gereği ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi mümkün olmayan AsCK Üçüncü Bap Dördüncü Fasılda yer alan askerî suçlardan biri olan AsCK 79 ve 80’inci maddelerinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesi artık mümkündür.

Yine bir diğer hususta AsCK 79 ve 80’deki suçların kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği hususudur. AsCK Ek 8/2’inci fıkrasında; “Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz” hükmü yer almaktaydı.

Bu fıkra da, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı aynı kararına konu edilerek yukarıdaki aynı gerekçe ile “sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Kanun’un üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlarla ilgili olarak hükmolunacak cezalar hakkında 5237 sayılı Kanun’un kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan);... Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2’inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir<sup>105</sup>

<sup>102</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

<sup>103</sup> RG: 23 Ocak 2013 tarih S:28537.

<sup>104</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: “5237 sayılı Kanun’un 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az

Bu karara göre AsCK 79 ve 80'inci maddelerinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlardan birine çevrilmesi artık mümkündür.

AsCK Ek Madde 10/son fıkrasında; “*Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır.

Yine bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararına aynı gerekçe ile konu edilerek, “*1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan) ...kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*” Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir.<sup>106</sup>

*süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırıl(dığı); 50. maddenin birinci fıkrasında ise kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenек yaptırımlar gösterilerek bu konuda hâkime takdir yetkisi tanın(dığı), Kanun'un 50. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etmeye, belirli yerlere ya da belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ya da ruhsatın geri alınmasına veya belirli meslek ya da sanayi yapmaktan yasaklanmaya yahut kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilebilmesi imkânı bulun(duğu), İtiraz konusu kural, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, topluma sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkar(dığı), Sonuç olarak kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıklar yönünden seçenек yaptırımlara çevrilme yaşağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerek(tiğine)” karar vermiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)*

<sup>106</sup> Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: “...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu günümüzde Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tabii tutulduğu denetim süresi içinde davranışları olumlu bulunduğu takdirde sanık için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarındanadır. ...1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği

Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, AsCK 79 ve 80'inci maddelerinden yargılanan suç faillerinin cezaları hakkında şartları varsa CMK 231. maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kural artık geçerli olacaktır.

## SONUÇ

Devletin kendi varlığını koruması ve devam ettirmesi zorunluluğunun bir sonucu olarak orduya ve milli savunmanın düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>107</sup> Bir ordunun varlığı ise “*hazır bulunmak*” ve “*emre itaat etmek*” gibi iki önemli yükümlülüğün bir arada bulunmasını gerektirmektedir.<sup>108</sup> 4551 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde, “*Askerlik görevinden kurtulmak isteyen suçlular etkili bir şekilde cezalandırılmadıkları takdirde, suç işleme temayülünde bir artış olduğu ve disiplinin bozulduğu(nun) gözlen(diği)*”<sup>109</sup> açıklanmıştır. Bizimde katıldığımız bu açıklamaya karşılık, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı iptal kararı ile AsCK 79 ve 80'deki suç faillerinin cezalarının şartları varsa artık ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesinin suç failleri için etkili bir cezalandırmadan çok uzak aksine ordu içindeki disiplini zedeleyici bir karar olduğu değerlendirilmektedir.

AsCK 79'ncü maddesinde, özellikle bu suçun henüz askere alınmadan yoklama döneminde bulunan sivil şahısları da kapsadığı düşüncesindeyiz. Ancak AsCK 79'ncü maddesinde bu hususun tıpkı AsCK 81'deki gibi (“*Askerlik çağı içinde bulunanlardan...*”) vurgulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca yoklama dönemindeki yükümlülerin askerliklerine karar aldırırken yapılacak muayenelerinde askerliğe elverişsiz olmalarında şüpheye düşülmesi halinde

*anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir. İtiraz konusu kurala, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamaması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Sonuç olarak iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sanıklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kural, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”*<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

<sup>107</sup> Erman, s.1.

<sup>108</sup> Sahir Erman, “*Askeri Yargı*”, Askerî Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994, s.6-7.

<sup>109</sup> Bu açıklama için 22/03/2000 tarihli 4551 Sayılı Kanunun Genel Gerekçesine bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm>.(18/12/2012)



bu husus mutlaka soruşturulmalıdır. Yine AsCK 80'nci maddesindeki düzenlemenin yukarıda belirtilen gerekçelerle gereksiz olduğu ve bu maddenin AsCK 79'ncü maddesi içinde ayrı bir fıkrada düzenlenmesinin madde bütünlüğü açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

### KAYNAKÇA

- Artuk** Mehmet Emin, **Gökçen** Ahmet, **Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Bal** Kemal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara, 2001.
- Centel** Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Birinci Bası, İstanbul, 2001.
- Çelen** Orhan, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 2001.
- Demirağ** Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Duran** Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010, s.65-72.
- Erem** Faruk, **Danışman** Ahmet, **Artuk** Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, 1997.
- Ergül** Ergin, “*Askerî Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu*”, Askerî Adalet Dergisi, S.100, Eylül-1997.
- Erman** Sahir, Askerî Ceza Hukuku, C. 1, 7. Bası, İstanbul 1983.
- Erman** Sahir, “*Askerî Yargı*”, Askerî Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994.
- İçel** Kayhan, Sokollu (Akıncı) Füsun, **Özgenç** İzzet, **Sözüer** Adem, **S.Mahmutoğlu** Fatih, **Ünver** Yener, Suç Teorisi, 2.Bası, İstanbul, Eylül 2000.
- Kangal** Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, Ankara, 2010.
- Mis** Olcay, Açıklamalı, içtihatlı, Askerî Ceza Kanunu, İstanbul, 1976.
- Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul, 1992, C.II.
- Özbakan** Hulusi, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 1990.
- Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Ocak 2006.
- Tutumlu** Mehmet Akif, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel hükümler, Ankara, 1999.

# BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI

*(Abuse of Bank or Credit Cards)*

Güneş OKUYUCU-ERGÜN\*

## ÖZET

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, TCK'nın Toplum Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının, Bilişim Alanında Suçlara ayrılan onuncu bölümünde, 245. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddede banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin olarak üç ayrı suç tipi öngörülmektedir. Bunlar, “başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlamak”; “Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, böyle bir kartı satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek”; “Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlamak” suçlarıdır.

**Anahtar kelimeler:** Banka, Kredi kartları, Bilişim alanında suçlar, Banka hesapları

## *Abstract*

The abuse of bank or credit cards is regulated as a crime in Article 245 of the Turkish Criminal Code under Section Ten entitled Information Technology Crimes of the Chapter Three governing Crimes Against the Society. The aforesaid Article provides three types of crimes as regards the abuse of bank and credit cards; namely, “providing a benefit with a bank or credit card held by another person”, “production of forged bank or credit cards by associating them with bank accounts held by other persons, or selling, transferring, purchasing or accepting such cards”, and “providing a benefit by using a bank or credit card that is either forgedly produced or has been subject to a forgery.

**Keywords:** Bank, Credit cards, Information technology crimes, Bank accounts

---

\* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I. GENEL OLARAK

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu, TCK'nın Toplumla Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının, Bilişim Alanında Suçlara<sup>1</sup> ayrılan onuncu bölümünde, 245. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır ceza gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

- a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
- b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,
- c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,  
Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(5) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanununun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır."

<sup>1</sup> Bilişim alanında suçlara ilişkin olarak bkz. **AKBULUT**, Berrin: "Bilişim Suçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, yıl: 2000, c. 8, sy.1-2, ss. 545-555; **DEĞİRMENCİ**, Olgun: "Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukuktaki Düzenlenişi", *Legal Hukuk Dergisi*, yıl: 2003, c. 1, sy. 7, ss. 2750-2758; **DÜLGER**, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara 2012; **EKER**, Umut: "Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Yorumu", *TBB*, yıl 2006, sy. 62, ss. 101-131; **ERSOY**, Yüksel: "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *SBFD*, yıl: 1994, c. 49, sy. 3-4, ss. 149-183; **KARAGÜLMEZ**, Ali: *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Ankara 2005; **KURT**, Levent: *Bilişim Suçları*, Ankara 2005; **ÖNDER**, Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994; **ÖZEN**, Muharrem/**BAŞTÜRK**, İhsan: *Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Ankara 2011; **SINAR**, Hasan: *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul 2001; **ÜNVER**, Yener: "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi", *İÜHF*, yıl: 2001, c. LIX, sy. 1-2, ss.51-154; **YAZICIOĞLU**, Yılmaz: *Bilgisayar Suçları*, İstanbul 1997; **YAZICIOĞLU**, Yılmaz: "Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, yıl: 2005, c. II, sy. 2, ss. 393-493; **YENİDÜNYA**, A. Caner/**DEĞİRMENCİ**, Olgun: *Bilişim Suçları*, İstanbul 2003.

Görüldüğü gibi, TCK'nın 245. maddesinde banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması başlığı altında üç ayrı suç öngörülmüştür.<sup>2</sup> Bunlar:

- 1- “Başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlamak”;
- 2- “Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, böyle bir kartı satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek”;
- 3- “Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlamak”tır.

## II. BAŞKASINA AİT BİR BANKA VEYA KREDİ KARTI İLE YARAR SAĞLAMA SUÇU

### 1. Hukuki Konu ve Mağdur

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin TCK m. 245 ile birden fazla hukukî varlık veya menfaat korunmaktadır. Zira söz konusu maddede öngörülen suçlar, bilişim sistemlerinin düzgün işlemesine ilişkin toplumsal menfaat, kamu güveni, kişilere ait malvarlığına ilişkin menfaat gibi çeşitli hukukî varlık veya menfaatleri ihlâl etmektedir. İşte böyle birden fazla hukukî varlık veya menfaati ihlâl eden suçlarda, bunlardan yalnızca biri suçun hukukî konusunu teşkil eder ve suçun hukukî konusu, üstünlük ölçütüne göre belirlenir.<sup>3</sup> Bu belirlemeyi yapacak olan ise, kanunkoyucudur. Kanunkoyucu, muhtelif hukukî varlık veya menfaatleri ihlâl eden suçları, ihlâl edilen hukukî varlık veya menfaatlerden hangisine üstünlük tanımışsa ona göre kanunun sistematiğinde bir yere oturtur. Suçun hukukî konusu, bu şekilde kesin olarak tesbit edildikten sonra, yorumcu bu seçimi kabul etmek ve suça ilişkin araştırma ve değerlendirmelerini bu seçim etrafında toplamak zorundadır.<sup>4</sup> Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasını düzenleyen 245. madde, TCK'nın Toplumla Karşı Suçlar Başlıklı Üçüncü Kısımının, Bilişim Alanında Suçlara İlişkin Onuncu Bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla, *başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlamak* suçunun hukukî konusu, bilişim sistemlerinin düzgün işlemesindeki topluma ait menfaattir.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> **KATOĞLU**, Tuğrul: “Banka ve Kredi Kartlarının Kullanımı ile İlgili Suçlar”, *Hukuki ve Cezai Açından Banka ve Kredi Kartı Sempozyumu*, 5-6 Haziran 2009, ss. 99-112, s. 100; **DÜLGER**: *Bilişim Suçları*, s. 418.

<sup>3</sup> **TOROSLU**, Nevzat: “İftira Cürmünün Hukukî Konusu”, *AÜHFD*, yıl: 1980, c. XXXVII, sy. 1-4, ss. 107-128, s. 110; **TOROSLU**, Nevzat: *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970, s. 288-289.

<sup>4</sup> **TOROSLU**: “İftira Cürmünün Hukukî Konusu”, s. 110.

<sup>5</sup> Bu suçun hukukî konusunun kişilere ait malvarlığına ilişkin menfaat olduğuna dair bkz. **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2010, s. 780; Y.CGK, E. 2010/17, K.2010/65, T. 30.03.2010, Hukuk Türk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası. Bu suçu öngören normla korunan hukukî değerler karma nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. **ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010, s. 734; **ÖZBEK**, Veli Özer: “Banka veya Kredi Kartlarının

Suçun mağduru, hukukî konudan hareketle belirlenir. Başka bir deyişle suçun mağduru, hukukî konunun sahibidir.<sup>6</sup> Buna göre, TCK m. 245'te öngörülen suçların mağduru, toplumdur.<sup>7</sup> İlgili banka veya kredi kuruluşu ya da kart sahibi, ancak suçtan zarar gören olabilirler.<sup>8</sup>

Ancak ilgili banka veya kredi kuruluşunun mu yoksa kart sahibinin mi suçtan zarar gören olduğunun belirlenebilmesi için somut olayın koşullarının incelenmesi gerekir. Bazı durumlarda bireyler, bazı durumlarda ilgili banka veya kredi kuruluşu, bazı durumlarda ise her ikisi birlikte suçtan zarar gören durumunda olabilirler.

Söyle ki, banka veya kredi kartı henüz kullanım hakkına sahip kişiye teslim edilmemişken, m. 245/1'de öngörülen fiil gerçekleştirilecek olursa, bu durumda suçtan zarar gören, kartı çıkaran banka veya kredi kuruluşu olacaktır. Örneğin, kart henüz kullanma hakkı sahibine teslim edilmemişken bir üçüncü kişinin eline geçmiş ve o kişi tarafından 1. fıkrada öngörülen fiil gerçekleştirilmişse, suçtan zarar gören, ilgili banka veya kredi kuruluşudur.

Kart hamiline teslim edildikten sonra gerçekleştirilen yarar sağlama fiillerinde ise suçtan zarar gören, kart sahibi olabileceği gibi, duruma göre aynı zamanda ilgili banka veya ilgili kredi kuruluşu da olabilecektir. Zira 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun 12/1. maddesi uyarınca, "*Kartın ya da 16 ncı maddede belirtilen bilgilerin kaybolması veya çalınması halinde kart hamili, yapacağı bildirimden önceki yirmidört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumludur. Hukuka aykırı kullanımın, hamilin ağır ihmeline veya kastına dayanması veya bildirim yapılmaması hallerinde*

Kötüye Kullanılması Suçu", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, DEÜHFD, cilt: 9, özel sayı, yıl: 2007, ss. 1019-1063, s. 1059; **ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAĞIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012, s. 873.

<sup>6</sup> **TOROSLU**, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel kısım*, Ankara 2012, s. 106; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011, s. 233; **KATOĞLU**, Tuğrul: "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFD*, yıl: 2012, cilt: 61, sy:2, ss. 657-693, s. 660-661; **SOYASLAN**, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s. 240; **ÜNVER**, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 141.

<sup>7</sup> Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarla ilgili değerlendirmeler için bkz. **KATOĞLU**: "Suçun Mağduru...", s. 679 vd.; **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2011, s. 315-316; **ZAFER**, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, İstanbul 2011, 423; **ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 308-309.

<sup>8</sup> İlgili banka veya kredi kuruluşunun suçun mağduru olduğuna dair bkz. Y. 11. C.D. E. 2009/630, K. 2009/4067, T. 09.04.2009, Hukuk Türk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası. Banka veya kredi kurumunun suçun mağduru olmadığı ancak bu suçla aynı zamanda bankacılık sistemine olan güvenin de korunduğu; bu yolla ilgili kurumun ticari itibarının zarar gördüğü göz önünde bulundurulduğunda bunların suçtan zarar gören durumunda olduğuna dair bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: *Ceza Özel Hukuku*, s. 781. Banka veya kredi kartının bağlı bulunduğu hesap sahibinin suçun mağduru olduğuna dair bkz. **DÜLGER**: *Bilişim Suçları*, s. 426.

*bu sınır uygulanmaz.*” Dolayısıyla, bu aşamada haksız kullanımdan doğan zararın, kart hamilinin 150 TL’lik sorumluluğu kapsamında olup olmadığına göre suçtan zarar gören belirlenecektir. 150 TL’lik sınır kapsamında değerlendirilen ve bu sınırı aşmayan bir haksız kullanım söz konusu olduğunda veya 150 TL’yi aşsa bile hamilin ağır ihmeline veya kastına dayanması veya bildirim yapılması nedeniyle sorumluluk sınırlamasının uygulanmadığı hallerde suçtan zarar gören, kart hamilidir. Ancak zararın 150 TL’yi aştığı hallerde bu aşan kısım bakımından sorumlu olacağından, banka veya kart çıkaran ilgili kuruluş da kart hamiliyle birlikte suçtan zarar gören olacaktır. Zira böyle bir durumda sadece kart hamilinin değil, ilgili banka veya kredi kuruluşunun da malvarlığında bir azalma söz konusu olmaktadır.

## 2. Maddî Konu

Başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçu ile suçtan zarar görenin malvarlığında bir azalma söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu suç ilgilinin malvarlığı üzerinde işlenmektedir. Buna göre, başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun maddî konusu, suçun üzerinde işlendiği malvarlığıdır.<sup>9</sup>

## 3. Maddî Unsur

Başkasına ait banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun maddî unsuru, her ne suretle olursa olsun ele geçirilen veya elde bulundurulmuş banka veya kredi kartının, kartın sahibinin veya kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın kullanılarak ya da kullandırılarak kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlama-sından ibarettir.

### A. Başkasına ait banka veya kredi kartının her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesi veya elde bulundurulması

Başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun maddî unsurunun oluşması için, banka veya kredi kartının başkasına ait olması gerekir. Ancak, söz konusu kart, üzerinde sahtecilik yapılmış veya sahte belgeler ile elde edilmiş bir kart olmamalıdır. Aksi halde TCK m. 245/1 söz konusu olmayacaktır.

Söz konusu suçun maddî unsurunun gerçekleşmesi bakımından banka veya kredi kartının ele geçirilmesinin veya elde bulundurulmasının hukuka uygun olması veya suç teşkil etmesi önemli değildir.<sup>10</sup> Kart, sahibinin rızası dışında ve/veya suç teşkil eden yöntemlerle elde edilmiş olabileceği gibi, sahibinin rızası ile ele geçirilmiş de olabilir. Her iki halde de inceleme konusu suç, diğer koşulları da varsa, olu-

<sup>9</sup> SOYASLAN, Doğan: “Bilişim Alanında Suçlar”, Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, cilt: 2, Ankara 2009, ss. 1562-1597, s. 1586.

<sup>10</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 782.

şacaktır. Örneğin, kişinin ölen babasına ait banka kartını tahsis eden kuruma iade etmeyerek haksız surette elinde tutmaya devam edip ölen babası hesabına yatırılan maaşlarını çekmeye devam etmesi halinde TCK m. 245/1 gerçekleşmiş olacaktır.<sup>11</sup>

Kartın şifresinin kart sahibinin rızası ile ele geçirildiği hallerde bu suçun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, öğretide tartışmalıdır. Kartın ve şifrenin, sahibinin rızası ile elde edildiği hallerde, bu rızanın kapsamına bakmak gerekir. Eğer söz konusu rıza, faile belirli amaçlarla kullanmak veya belirli miktarlarda işlem yapmak için verilmiş, buna karşın fail bu amaçların ya da miktarların dışında işlem yapmışsa, bu durumda yine m. 245/1'de öngörülen suç oluşabilir. Yeter ki elde edilen yarar, rızaya aykırı olsun. Örneğin, borcuna karşılık olarak 100 lira çekmesi için kartını verdiği arkadaşının 200 lira çekmesi halinde 245/1'de öngörülen suç gerçekleşmiş olur.<sup>12</sup>

Banka veya kredi kartının ele geçirilmesi veya elde bulundurulması fiili, ayrıca bir suç oluşturuyorsa, daha sonra içtima başlığı altında daha ayrıntılı şekilde değinileceği üzere, fail gerçek içtima kuralları uyarınca hem gerçekleşen o suçtan hem de TCK m. 245/1'den dolayı cezalandırılacaktır. Burada bileşik suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunun da işlendiği hallerde TCK m. 145'te öngörülen değer azlığı indiriminin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışılmıştır.<sup>13</sup> Burada hırsızlık suçunun konusunu oluşturan mal, banka veya kredi kartıdır. Yoksa söz konusu kartın temsil ettiği

<sup>11</sup> Y. 11. CD., E. 2006 / 1891, K. 2008 / 1623, T. 18/03/2008 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları).

<sup>12</sup> Aksi yönde bkz. **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumuna Karşı Suçlar*, Ankara 2012, s. 458. "Kartın sahibinin rızası ile faile teslim edilmiş olmasının kullanılması ya da kullandırılması suretiyle bir yarar sağlanmasına da rıza gösterildiği anlamına gelmiyorsa, kartın sahibi bakımından bu suçun oluşma"yaacağına dair bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: *Ceza Özel Hukuku*, s. 782.

<sup>13</sup> Bu konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **YAZICIOĞLU, R.** Yılmaz: "TCK md. 145. Malın Değerinin Az Olması-Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 6, Sy: 15, Nisan 2011, ss. 29-45, s. 37 vd. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, ATM makinesine para çekmek veya işlem yapmak için gelen kişilerin banka kartını ele geçirebilmek için bir düzenek kurup bankamatiğe takılan bu düzenek nedeniyle işlem yapamayan ve kartları bankamatiğe sıkışan kişilerin yanına yardım etme görünümü altında yaklaşarak şifrelerini öğrenen ve mağdurların telefon etmek için uzaklaşması üzerine banka kartını ele geçirdikten sonra mağdurların hesabından para çeken kişi hakkında, suçun işleniş şekli itibarıyla TCK 145'in uygulanmayacağına; zira sadece malın değerinin azlığının değil, olayın özelliğinin, mağdurun konununun, failin kişiliğinin ve suçun işleniş şeklinin her olayda değerlendirmeye konu edileceğine, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenlerin ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkilerinin de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceğinin belirleneceğine hükmetmiştir. (Bkz. Yargıtay CGK, E. 2010 / 17, K. 2010 / 65, T. 30/03/2010, Kazancı veri tabanı).

değer, örneğin hesaptaki para veya kredi kartının limiti değildir. Bu nedenle, hırsızlık sonucu elde edilen bir banka veya kredi kartının kullanılmasında faile TCK m. 245/1'in yanı sıra hırsızlıktan dolayı ceza verirken malın değerinin azlığı nedeniyle hırsızlık suçunun cezasında indirimde gidilip gidilmeyeceği bu açıdan değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, banka veya kredi kartlarının değeri TCK m. 145'in uygulanmasına imkân verecek ölçüde az olduğundan, söz konusu indirim failere uygulanabilecektir.

### **B. Kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın kartın kullanılması veya kullandırılması**

Bu suçun maddî unsurunun varlığından söz edilebilmesi için başkasına ait bir kartın her ne surette olursa olsun ele geçirilmesi yetmez. Bu kartın ilgilinin rızasına aykırı olarak kullanılmasına veya kullandırılmasına yönelik davranışlarda bulunulması da gerekir. Dolayısıyla, yolda bulduğu bir cüzdanı alarak başkasına ait bir kartı ele geçirmiş olan kişi, bu kartı kullanmaya veya kullandırmaya yönelik başkaca bir davranışı yoksa, TCK m. 245/1'de öngörülen suçta teşebbüsten cezalandırılmaz. Aynı şekilde hırsızlık yaparak ele geçirdiği cüzdanın içindeki kartı kullanmaya veya kullandırmaya yönelik herhangi bir davranışı olmayan kişiyi hırsızlıktan başka bir de TCK m. 245/1'de öngörülen suçta teşebbüsten sorumlu tutmamak gerekir.<sup>14</sup> Doğrudan kartı hırsızlık yaparak ele geçiren kişinin de kartın kullanılmasına yönelik bir davranışı yoksa, ayrıca m. 245/1'de öngörülen suçta teşebbüsü söz konusu değildir.<sup>15</sup>

Bu suçun maddî unsurunun oluşması için, kartın kullanılması veya kullandırılması ve yararın bu yolla elde edilmesi gerekir. Ancak, sadece fizikî olarak kartın kullanılmasının mı gerektiği; yoksa, kart üzerindeki bilgilerin kullanılması veya kullandırılması suretiyle yarar elde edilmesi halinde de inceleme konusu suçun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır.<sup>16</sup> Esasen sadece fizikî olarak kartın değil, kart üzerindeki bilgilerin kullanılması da kartın kullanılması anlamına gelir. Bu nedenle fizikî olarak kartın kullanılması veya kullandırılması kadar kart üzerindeki

<sup>14</sup> ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1031.

<sup>15</sup> Aksi yönde olmak üzere, söz konusu hırsızlığın konusunun doğrudan ve sadece kredi kartı olması gerektiği hakkında bkz. ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1031

<sup>16</sup> Kart üzerindeki bilgilerin kullanılması halinde de inceleme konusu suçun oluşacağı hakkında bkz. Y. 11. CD., E. 2008 / 12914, K. 2008 / 8887, T. 17/09/2008 (Sinerji Mevzuat ve İtihat Programları). Kart üzerindeki bilgilerin kullanılması suretiyle yarar sağlanmasının bu suçun oluşturmayacağı, kartın kendisinin kullanılması gerektiği hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 783; Y. 11. CD, E. 2008 / 11610, K. 2008 / 13495, T. 16/12/2008 (Sinerji Mevzuat ve İtihat Programları); DÜLGER: *Bilişim Suçları*, s. 436. İnternet üzerinden sunulan alışveriş hizmetlerinden yararlanılması sırasında banka veya kredi kartının değil de üzerindeki bilgilerin kullanılması halinde TCK m. 244/3'ün düşünülmesi gerektiği zira artık bu durumda bilişim sistemindeki bir verinin gönderilmesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1032.



bilgilerin kullanılması veya kullandırılması suretiyle yarar elde edilmesi halinde de inceleme konusu suç oluşacaktır. Örneğin, kredi kartının değil, sadece üzerindeki bilgilerin ele geçirilmesi ve sadece bu bilgiler ile internet üzerinden işlem yapılarak yarar sağlanması halinde de TCK m. 245/1'de öngörülen suç gerçekleşmiş olur.<sup>17</sup> 5464 sayılı kanunun 3-e maddesinde kredi kartının, nakit kullanımı gerekmezsin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarasını ifade ettiğinin öngörülmesine karşın, banka kartlarına ilişkin olarak böyle açık bir düzenlemenin bulunmaması farklı bir sonuca varmayı gerektirmez.

İnceleme konusu suçun maddî unsurunun oluşabilmesi için kullanmanın veya kullandırmanın kart sahibinin ya da kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Bu suç tipi bakımından rızanın yokluğu maddî unsurun içinde öngörüldüğünden artık rızanın varlığı hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliği kaldıran bir durumdur.<sup>18</sup>

### C. Kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması

TCK m. 245/1'de düzenlenen suç, sonuçlu bir suçtur.<sup>19</sup> Suç, yarar sağlandığında tamamlanır.<sup>20</sup> Ancak bu yararın mutlaka faile ait bir yarar olması şart değildir. TCK m. 245/1'de de açıkça öngörüldüğü üzere, burada failden başka bir üçüncü kişi lehine yarar sağlanması halinde de söz konusu şart gerçekleşmiş olur.

Buradaki kullanmanın ve buna bağlı olarak yararın kartın amacı doğrultusunda bir kullanma ve yarar şeklinde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla buradaki yarar, ekonomik bir yararadır. Zira kartın kullanım amacı doğrultusunda kullanılması sonucunda ancak ekonomik bir yarar elde edilebilir. Bu nedenle, örneğin bir kişinin ele geçirdiği başkasına ait limiti çok yüksek olduğu anlaşılan bir kartı göstererek ya da elinde bulundurduğu başkasına ait pek çok kartı göstererek kredibilitésinin yüksekliğinden bahisle menfaat elde etmesi, bu kapsamda değerlendirilmez.

Başkasına ait banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun maddî unsurunun oluşabilmesi için, yararın elde edilmesi, kartın kullanılmasının sonucu olmasıdır. Yararın elde edilmesi ile kartın kullanılması arasında doğrudan bir illiyet bağı yoksa, örneğin failin mağduru silahla tehdit ederek bankamatikten para çekmeye zorlaması veya mağdurun çektiği parayı alıp kaçması durumunda, TCK 245/1 değil; sırasıyla yağma ve hırsızlık suçları oluşacaktır.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> **SOYASLAN:** "Bilişim Alanında Suçlar", s. 1588.

<sup>18</sup> Suçun kanunî tanımında, fiilin rıza hilâfına işlenmesi unsurunun açıkça yer aldığı durumlarda, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni değil, artık tipikliğe ilişkin bir husus olduğuna dair bkz. **KOCA,** Mahmut/**ÜZÜLMEZ,** İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010, s. 282; **ÖZTÜRK /ERDEM:** *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 222; **DEMİRBAŞ,** Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 491.

<sup>19</sup> Aksi yönde bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** *Topluma Karşı...*, s. 460.

<sup>20</sup> **ÖZBEK:** "Banka veya Kredi...", s. 1034.

<sup>21</sup> **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** *Ceza Özel Hukuku*, s. 783.

#### D. Suçun Tamamlanma Anı

İnceleme konusu suç, fail kendisine veya başkasına bir yarar sağladığında tamamlanır.<sup>22</sup> Söz konusu yarar, failin tasarruf alanına girdiği anda suç tamamlanmış olur.<sup>23</sup> Dolayısıyla, örneğin internet üzerinden mal siparişi verilmiş ancak henüz faile ulaşmamışsa suç tamamlanmamıştır ve teşebbüs hükümleri söz konusu olur.

#### 4. Manevi Unsur

TCK m. 245/1'de öngörülen suç, sadece kastla işlenebilen bir suçtur. Kanunda ayrıca özel kast aranmadığından buradaki kast, genel kاستtır. Failin kasıtlı sayılması için ele geçirdiği veya elinde bulundurduğu kartın başkasına ait bir banka veya kredi kartı olduğunu ve kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağladığını bilmesi ve istemesi gerekir. Dolayısıyla, örneğin, başkasına ait kartı kendisine ait zannederek kullanan kişi kasıtlı sayılmaz.

#### 5. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

##### A. Teşebbüs

İnceleme konusu suçun sonuçlu bir suç olduğu ve fail kendisine veya başkasına yarar sağladığında, başka bir deyişle söz konusu yarar failin tasarruf alanına girdiğinde tamamlanacağı belirtilmişti. İşte bu andan önce teşebbüs hükümleri gündeme gelecektir.<sup>24</sup> Örneğin, kart kullanılmış ancak yarar sağlanamamışsa suç teşebbüs aşamasında kalır.<sup>25</sup> Buna karşın hesaptaki paranın veya kartın limitinin failin beklediğinden az olması nedeniyle, failin amaçladığından daha az yarar elde etmesi halinde, m. 245/1'de öngörülen suç tamamlanmış olur. Öte yandan, hesapta para olmadığı veya kartta limit bulunmadığı için failin hiç yarar elde edememesi halinde işlenemez suç söz konusu olacaktır.<sup>26</sup>

##### B. İştirak

Genel iştirak kuralları, başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçu bakımından da geçerlidir ve bir özellik göstermez. Birden fazla kişi, iştirak halinde, ele geçirdikleri veya elde bulundurdukları başkasına ait bir banka veya kredi kartını kullanarak veya kullandırtarak kendilerine ya da başkalarına menfaat sağlarsa, TCK m. 245/1'den iştiraken sorumlu olacaklardır.

<sup>22</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: *Topluma Karşı...*, s. 460.

<sup>23</sup> ÖZBEK: "Banka ve Kredi...", s. 1034.

<sup>24</sup> Aksi yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: *Topluma Karşı...*, s. 460.

<sup>25</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: s. 739.

<sup>26</sup> İşlenemez suçla ilgili açıklamalar için bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2011, s. 465-472; SOYASLAN: Genel Hükümler, s. 317 vd.

Kartı her ne surette olursa olsun ele geçiren ile bu kartı kullanarak veya kullandırarak yarar sağlayan farklı kişilerse burada bir ayırım yapılmalıdır. Eğer kartın ele geçirilmesi ayrıca bir suç oluşturuyorsa ve iştirak iradesi bu suçu da kapsıyorsa hem kartın ele geçirilmesi için işlenen suçtan hem de m. 245/1'de öngörülen suçtan iştiraken sorumlu olurlar. Yok eğer iştirak iradesi sadece 245/1'de öngörülen suçu kapsıyorsa, sadece 245/1'de öngörülen suça iştiraktan sorumlu olunacaktır. Eğer kart, suç teşkil etmeyen bir fiille ele geçirilmişse sadece m. 245/1'de öngörülen suça iştirak söz konusu olacaktır.

### C. İçtima

Yukarıda da belirtildiği üzere, banka veya kredi kartının ele geçirilmesi veya elde bulundurulması fiili ayrıca bir suç oluşturuyorsa, fail gerçek içtima kuralları uyarınca hem gerçekleşen o suçtan hem de TCK m. 245/1'de öngörülen suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Burada bileşik suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira bileşik suçun söz konusu olması için biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebinin oluşturacak suçların kanunda açıkça gösterilmesi gerekir.<sup>27</sup> Oysa, söz konusu şart, burada gerçekleşmemiştir.<sup>28</sup> Dolayısıyla, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu ile kartın ele geçirilmesi için gerçekleştirilen suç (örneğin, hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, yağma gibi suçlar) gerçek içtima kurallarınca faile yüklenecektir. Buna göre, örneğin, ATM cihazına plastik düzenek yerleştirerek kartın sıkışmasını sağlayıp yardım bahanesiyle şifrelerini öğrendikten sonra, kart sahibini şubeye veya yakındaki büfeye göndererek kartı yerinden alıp başka bir bankamatikten kart hamilinin hesabından para çekme olayında fail hem hırsızlık suçundan hem de m. 245/1'de öngörülen suçtan sorumlu olacak ve gerçek içtima kurallarınca cezalandırılacaktır. Her ne kadar burada dolandırıcılık suçunun uygulanması akla gelebilirse de esasen ortada hile ile dahi elde edilen bir rıza söz konusu değildir. Kart sahibi kartın zilyetliğini faile devretmemiştir. Bu nedenle olayda, TCK m. 245/1'de öngörülen suç ile birlikte hırsızlık suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.<sup>29</sup>

Başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun zincirleme suç kurumu yönünden de ayrıca değerlendirilmesi gerekir.<sup>30</sup> TCK'nın zincirleme

<sup>27</sup> **ZAFER:** *Genel Hükümler*, 415-416; **HAKERİ,** Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 438; **ÖZBEK,** Veli Özer/**KANBUR,** Nihat/**DOĞAN,** Koray/**BACAĞSIZ,** Pınar/**TEPE,** İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011, s. 516.

<sup>28</sup> Başkasına ait bir banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlama suçunun bileşik suç olmadığına dair değerlendirmeler için bkz. **TANER,** Fahri Gökçen: "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?", *AÜHFĐ*, yıl: 2007, cilt 56, sayı 2, ss. 75-81, s. 78 vd.; **KATOĞLU:** "Banka ve Kredi Kartları...", s. 102. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay CGK, E. 2010 / 17, K. 2010 / 65, T. 30/03/2010.

<sup>29</sup> Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, E. 2010 / 17, K. 2010 / 65, T. 30/03/2010 (*Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları*).

<sup>30</sup> Toplumunu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uy-

suça ilişkin 43. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.” hükmü yer almaktadır. Aynı fıkranın son cümlesinde ise, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür. 2. fıkrada ise, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde ise, mağduru belli olmayan suçlara örnek olarak rüşvet ve çevrenin kasten kirletilmesi suçları gösterilmiştir. Ancak söz konusu madde, mağduru belli olmayan suç olarak kabul edilen suçlarda zincirleme suçun nasıl uygulanacağı konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Zira burada, örneğin rüşvet, çevrenin kasten kirletilmesi gibi mağduru belli olmayan suç kapsamında değerlendirilen bir suçun bir kez işlenmesi halinde dahi zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin mi; yoksa bu tür suçların da ancak birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğinin mi kastedildiği hakkında farklı değerlendirmeler yapılmıştır.<sup>31</sup> Belirtmek gerekir ki zincirleme suç kurumunun ortaçağda aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde verilen çok ağır cezaların hafifletilmesi amacıyla getirildiği ve bir fiilden dolayı ancak bir ceza verilebileceğine ilişkin temel ceza hukuku ilkesi göz önünde bulundurularak, söz konusu maddenin, mağduru belli olmayan suç olarak değerlendirilen suçların da birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanması uygun olacaktır. Kaldı ki gerekçede mağduru belli olmayan suçlara örnek olarak gösterilen rüşvet ve çevrenin kasten kirletilmesi suçlarının mağdurunun sırasıyla kamu idaresi ve toplum olduğu kabul edilince, bir rüşvet alma veya çevreyi kirletme davranışı ile sadece bir rüşvet ve çevrenin kasten kirletilmesi suçu oluşacak ve dolayısıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.<sup>32</sup> Daha önce de belirtildiği üzere, başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun mağduru toplumdur. Dolayısıyla, ancak başkasına ait banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçunun birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Buna göre, bir kişiye ait bir banka veya kredi kartı ile aynı işyerinden birden fazla mal veya hizmet alınması veya aynı bankamatikten bir seferde bir miktar para çekilmesi halinde ortada tek bir hareket ve tek bir suç bulunacak ve dolayısıyla zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. Buna karşın, bir kişiye ait bir banka veya kredi kartı ile farklı işyerlerinden mal veya hizmet alınması ya da farklı zamanlarda para çekilmesi halinde aradan geçen zamanda suç işleme kararında birliğin ortadan kalkıp kalkmadığına bakılmalı, bu birden fazla fiil aynı suç işleme kararına dayanıyorsa zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Aynı kişi için aynı

gulanacağına dair bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010, s. 501. Yine aynı yönde olmak üzere ayrıca bkz. ZAFER: *Genel Hükümler*, s. 422-423; HAKERİ: *Genel Hükümler*, s. 450; CENTEL /ZAFER /ÇAKMUT: *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 514.

<sup>31</sup> Bkz. ÖZGENÇ: *Genel Hükümler*, s. 508 vd.; KATOĞLU: “Suçun Mağduru”, s. 688 vd.

<sup>32</sup> TOROSLU: *Genel Kısım*, s. 341.

banka veya farklı bankalar tarafından düzenlenmiş birden fazla kartın kullanılması suretiyle yarar sağlanması halinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Örneğin ele geçirdiği cüzdanın içindeki birden fazla kartı kullanarak aynı bankamatikten para çeken kişi, bir kez TCK m. 245/1'de öngörülen suçu gerçekleştirmiş olacaktır. Zira burada tek fiil ve tek suç vardır.<sup>33</sup>

### III. BAŞKALARINA AİT BANKA HESAPLARIYLA İLİŞKİLENDİREREK SAHTE BANKA VEYA KREDİ KARTI ÜRETMEK, BÖYLE BİR KARTI SATMAK, DEVRETMEK, SATIN ALMAK VEYA KABUL ETMEK SUÇU

#### 1. Hukukî Konu ve Mağdur

Başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçu incelenirken hukukî konu ve mağdur ile ilgili olarak yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

TCK m. 245/2'de öngörülen suçtan zarar görenin ise ayrıca belirlenmesi gerekir. Burada, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, böyle bir kartı satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek söz konusu olduğundan ve henüz bu kart da kullanılmamış olduğundan, suçtan zarar gören, kartın taşıyıcısı değil, kartı çıkarma yetkisine sahip banka veya kredi kuruluşudur.<sup>34</sup>

#### 2. Maddî Konu

TCK m. 245/2 'de öngörülen suçun maddî konusu, banka kartları veya kredi kartlarıdır. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3-d maddesi uyarınca banka kartı, mevduat hesabı veya özel carî hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kartı; 3-e maddesi uyarınca ise kredi kartı, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarasını ifade eder. Dolayısıyla, 5464 sayılı kanunda yer alan banka kartı ve kredi kartı tanımının

<sup>33</sup> Bu konuda farklı yöndeki değerlendirmeler için bkz. **DÜLGER**: *Bilişim Suçları*, s. 468 vd. Yine farklı yönde bir değerlendirme içermek üzere, "TCK'nın 245/1. maddesinde öngörülen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun, hükmün düzenleme amacı ve düzenleniş biçimi ile korunan hukuki menfaat gözetildiğinde kart sayısının oluşacağı ve zincirleme suç hükmünün de aynı kartın farklı zamanlarda birden fazla kullanılması halinde uygulanacağı gözetilmeden aynı şikâyetçinin farklı bankalara ait birden fazla kredi kartının hukuka aykırı şekilde kullanılması eyleminde zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle tek mahkumiyet kararı verilerek eksik cezaya hükümlenmesi"ni hukuka aykırı bulan Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. CD, E. 2007 / 7255, K. 2007 / 7837, T. 12/11/2007 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>34</sup> Kartı çıkarma yetkisine sahip banka veya kredi kuruluşunun suçun mağduru olduğuna dair bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: *Ceza Özel Hukuku*, s. 787; Y. 11. CD. E. 2009/630, K. 2009/4067, T. 09.04.2009 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları). Burada ilgili kredi kuruluşu veya banka yanında sahte kartın ilişkilendirildiği hesap sahibinin de suçun mağduru olduğuna dair bkz. **ÖZBEK**: "Banka veya Kredi...", s. 1046.

kapsamına girmeyen araçlar, bu suçun maddî konusunu oluşturamaz.<sup>35</sup> Örneğin şirketler tarafından çalışanlarına yemek yemeleri için verilen kartlar ya da mağazalar tarafından müşterilerine puan toplmaları ve birtakım avantajlar elde etmeleri için verilen kartlar bu kapsamda değerlendirilemez.

### 3. Maddî Unsur

#### A. Başkalarına Ait Banka Hesaplarıyla İlişkilendirilerek Sahte Banka veya Kredi Kartı Üretmek, Böyle Bir Kartı Satmak, Devretmek, Satın Almak veya Kabul Etmek

Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, böyle bir kartı satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek suçu, aslında bir tür belgede sahtecilik suçudur.<sup>36</sup> Zira banka veya kredi kartları ceza hukuku yönünden belge niteliğindedir.<sup>37</sup>

Bu suçun maddî unsurunun oluşması için, maddede seçimlik olarak sayılan hareketlerin konusunu oluşturan banka veya kredi kartının başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Başkalarına ait hesaplarla ilişkilendirmeksizin sayılan hareketlerden birinin yapılması, bu suçun oluşurmayacaktır.<sup>38</sup>

Bu suçun maddî unsurunun oluşması bakımından ya baştan sahte bir kart oluşturulmalı ya da geçerli bir kart üzerinde değişiklikler yapılarak kart sahte hale getirilmeli veya böyle bir kart satılmalı, devredilmeli, satın alınmalı veya kabul edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki burada seçimlik hareketli bir suç söz konusudur. Dolayısıyla, fıkra da sayılan davranışlardan birden fazlasını birlikte gerçekleştiren (örneğin böyle bir kartı hem üreten hem de satan) kişi, sadece bir kez TCK m. 245/2'de öngörülen suçtan dolayı cezalandırılacaktır.<sup>39</sup> Örneğin sahte bir kart üreten ve daha sonra bu kartı satan kişiye bir kez TCK m. 245/2 uygulanacaktır.

TCK m. 245/2'de "*Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi*"nin cezalandırılacağı öngörüldüğünden, kişinin gerçeğe aykırı bilgilerle bankaya başvurarak sahte bir kart oluşturulmasını sağlaması halinde bu fıkra uygulanamayacaktır. Zira fıkra da açıkça sahteciliğin bizzat fail tarafından yapılması aranmaktadır. Böyle

<sup>35</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 782.

<sup>36</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: *Topluma Karşı...*, s.462; ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1047.

<sup>37</sup> Belge kavramı ve belgede sahtecilik suçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERMAN, Sahir: *Sahtecilik Suçları*, İstanbul 1981; GÖKÇEN, Ahmet: *Belgede Sahtecilik Suçları*, Ankara 2010; GÜNGÖR, Devrim: *Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu*, Ankara 2010.

<sup>38</sup> ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1048; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 783

<sup>39</sup> DÜLGER: *Bilişim Suçları*, s. 442; DONAY, Süheyl: *Bankacılık Ceza Hukuku*, İstanbul 2007, s. 169. Aksi yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: *Topluma Karşı...*, s. 463.

bir durumda, gerçeğe aykırı bilgiler kullanarak gerçek dışı kart çıkarılmasını sağlayan kişinin fiili, TCK m. 245/2 kapsamında değil; duruma göre dolandırıcılık veya 5464 sayılı kanununun 37/2. maddesinde öngörülen gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilir.<sup>40</sup>

### **B. Suçun Tamamlanma Anı**

Bu suçun oluşması için başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte bir banka veya kredi kartı üretilmesi veya böyle bir kartın satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesi gerekli ve yeterlidir. Söz konusu suçun gerçekleşmesi için ayrıca kartın kullanılması veya herhangi bir sonucun gerçekleşmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla, failin başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmesi, böyle bir kartı satması, devretmesi, satın alması veya kabul etmesi sonucunda bir yarar elde etmiş olup olmamasının suçun tamamlanması bakımından bir önemi yoktur. Fıkra da sayılan davranışlardan bir veya birkaçının gerçekleştirilmesi, suçun oluşması bakımından yeterlidir. Dolayısıyla, inceleme konusu suç, sırf davranış suçudur. Bununla beraber davranışın parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüs mümkün olabilir.<sup>41</sup>

### **4. Manevi Unsur**

Bu suç da sadece kastla işlenebilen bir suçtur. Genel kast yeterlidir. Özel kast aranmaz. Kastın varlığından söz edebilmek için, genel kast kuralları uyarınca, failin kastının fiilin bütün unsurlarını kapsamaması gerekir. Başka bir deyişle fail, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, böyle bir kartı satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek bilinç ve iradesine sahip olmalıdır.

### **5. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri**

#### **A. Teşebbüs**

TCK m. 245/2'de öngörülen suçun, sırf davranış suçu olduğu ve ancak davranışın parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmişti. Teşebbüs aşamasına varmayan davranışlar ise, elbette hazırlık hareketi kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin failerin kart kopyalamak için ATM cihazına düzenek yerleştirip beklemeye koyuldukları sırada henüz herhangi bir kart

<sup>40</sup> **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** *Ceza Özel Hukuku*, s. 784-785; **ÖZBEK:** "Banka veya Kredi...", s. 1055. Aksi yönde bkz. **DÜLGER:** *Bilişim Suçları*, s. 444. Yargıtay ise, aksi yönde olmak üzere, böyle bir durumda TCK m. 245/2'nin oluşacağına karar vermektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına ilişkin olarak bkz. Y. 11. CD, E. 2010 / 9643, K. 2010 / 9400, T. 20/09/2010 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları); Y. 11. CD, E. 2010 / 4953, K. 2010 / 6357, T. 26/05/2010 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>41</sup> **ÖZBEK:** "Banka veya Kredi...", s. 1049; **DONAY:** *Bankacılık Ceza Hukuku*, s. 169.

kopyalamadan yakalanmaları halinde TCK m. 245/2'de öngörülen suça teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Zira burada belirtilen davranışlar hazırlık hareketi mahiyetindedir.

### B. İştirak

Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, böyle bir kartı satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek suçun iştirak bakımından bir özellik arz etmez. Genel iştirak kuralları burada da geçerlidir. Bu bakımdan, örneğin kartı üretenle satan veya devreden farklı kişilerse bunlar m. 245/2'de öngörülen suçtan iştiraken sorumlu olurlar. Ancak aralarında iştirak iradesi yoksa herbiri kendi fiilinden sorumlu olacaktır.

### C. İçtima

Sahte kart üreten ya da kart üzerinde sahtecilik yapan kişinin ayrıca belgede sahtecilik suçundan da sorumlu tutulup tutulmayacağı sorusu akla gelebilir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, burada özel bir tür belgede sahtecilik söz konusu olduğundan, failin ayrıca belgede sahtecilik suçundan da cezalandırılması mümkün değildir.<sup>42</sup>

TCK m. 43/1'in son cümlesi, başkasına ait banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlama suçu bölümünde, konuyla ilgili olduğu ölçüde, incelenmişti. Orada yapılan değerlendirmeler burada da geçerlidir. Dolayısıyla tek bir sahte kart üretme veya böyle bir kartı satma, devretme, satın alma veya kabul etme davranışı halinde bir suç gerçekleşmiş olacak ve bu nedenle zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. Birden fazla sahte kart oluşturulması veya birden fazla kart üzerinde sahtecilik yapılması halinde ise, zincirleme suç için gerekli diğer koşullar da varsa, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Zira bu suçun mağduru toplum olarak kabul edildiğinden kartların farklı kişilere ait olması veya farklı banka veya kredi kuruluşları tarafından çıkarılmış olmasının zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına bir etkisi yoktur.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1051.

<sup>43</sup> Bu suç bakımından suçun mağduru kartın taşıyıcısı değil, kartı çıkarma yetkisine sahip banka veya kredi kuruluşunun suçun mağduru olduğu göz önünde bulundurulduğunda, aynı banka veya kredi kuruluşuna yönelik olmak üzere, bu fıkrada sayılan davranışların birden fazla gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği; ancak suç konusu kartların farklı banka veya kredi kurumlarına ait olması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 787. "suça konu kopyalanmış kartların iki ayrı bankaya ait olduğunun tesbit edilmesi karşısında sanığın eyleminin teselsül eden iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde tek suçtan hüküm kurulması"nın hukuka aykırı olduğu hakkında bkz. Y. 11. CD. E. 2009/630, K. 2009/4067, T. 09.04.2009 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).



#### IV. SAHTE OLUŞTURULAN VEYA ÜZERİNDE SAHTECİLİK YAPILAN BİR BANKA VEYA KREDİ KARTINI KULLANMAK SURETİYLE YARAR SAĞLAMAK SUÇU

##### 1. Hukukî Konu ve Mağdur

Başkasına ait bir banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçu bahsinde hukukî konu ve mağdur ile ilgili olarak yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

TCK m. 245/3'te öngörülen ipotek bakımından suçtan zarar gören ise, TCK m. 245/1'de olduğu gibi somut olayın koşullarına bakılarak belirlenir. Dolayısıyla, sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartının kullanılması neticesinde ilgili banka veya kredi kuruluşunun mu yoksa ilgili kişinin mi yoksa her ikisinin birlikte mi malvarlığında bir azalma olduğuna bakılmalı ve suçtan zarar gören buna göre belirlenmelidir.

##### 2. Maddî Konu

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiye yarar sağlamak suçunun maddî konusu, başkasına ait bir kart ile yarar sağlama suçunun maddî konusu ile aynıdır ve yukarıda incelendiğinden burada ayrıca ele alınmayacaktır.

##### 3. Maddî Unsur

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiye yarar sağlamak suçunun maddî unsuru, sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartının kullanılması suretiyle yarar sağlanmasından ibarettir.

##### A. Sahte Oluşturulan veya Üzerinde Sahtecilik Yapılan Bir Banka veya Kartını Kullanmak

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlama suçu, esasen TCK m. 245/2'de düzenlenen ipotekle yakından ilgilidir. Zira TCK m. 245/2'de öngörülen türde bir kartın kullanılması suretiyle yarar sağlanması halinde m. 245/3'te öngörülen suç gerçekleşmiş olur.

Ancak TCK m. 245/2'de öngörülen suçtan farklı olarak, kullanılan sahte kart üzerindeki sahteciliğin mutlaka bizzat fail tarafından veya failin iştirak içinde olduğu birisi tarafından yapılmış olması gerekmez. Sahte kart oluşturma veya kart üzerinde sahtecilik yapma fiili, bizzat failin tarafından ya da failin iştirak halinde olduğu birisi tarafından gerçekleştirilmiş olabileceği gibi, faile tamamen yabancı bir kişi tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir. Dolayısıyla, bir kişinin ele geçirdiği

başkasına ait nüfus cüzdanını kullanarak banka görevlilerince basımını sağladığı kredi kartını kullanarak yarar sağlaması halinde TCK m. 245/3'te öngörülen suç söz konusu olacaktır.<sup>44</sup>

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan kartı kullanan kişi, bu sahte kart oluşturma veya kart üzerinde sahtecilik yapma fiillerine iştirak etmemişse, ortada bir sorun yoktur ve sadece TCK m. 245/3'te öngörülen suçtan dolayı cezalandırılır.

Ancak sahte bir kart oluşturmuş veya mevcut bir kart üzerinde sahtecilik yapmış ve ardından bu kartı kullanmak suretiyle yarar sağlamış kişinin sadece TCK m. 245/3'ten dolayı mı yoksa hem m. 245/2'de öngörülen suçtan hem de m. 245/3'te öngörülen suçtan dolayı gerçek içtima kuralları uyarınca mı cezalandırılacağı sorunu üzerinde durmak gerekir. Bilindiği üzere, sahtecilik fiillerinin hedefi yine bizzat sahteciliğin kendisi değildir. Hemen her zaman sahteciliğin ötesinde bir amaca ulaşmak için sahtecilik yapılır.<sup>45</sup> Bu nedenle sahte belge oluşturduktan sonra bu sahte belgeyi kullanan kişi, hem sahte belge düzenlemekten hem de sahte belge kullanmaktan dolayı cezalandırılmaz.<sup>46</sup> Burada da aynı şekilde düşünmek uygun olacaktır. Dolayısıyla, sahte kart oluşturan veya kart üzerinde sahtecilik yapan kişi, daha sonra bu kartı kullanarak yarar sağlayacak olursa, sadece TCK m. 245/3'te öngörülen suçtan dolayı cezalandırılmak gerekecektir.<sup>47</sup> Nitekim TCK m. 245/3'te öngörülen cezanın m. 245/2'de öngörülen cezadan fazla olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Sahte kart oluşturan veya kart üzerinde sahtecilik yapan kişi ile bu kartı kullanılarak yarar sağlayan kişinin aynı olmaması fakat aralarında iştirak

<sup>44</sup> Yargıtay CGK, E. 2008 / 11-87 , K. 2008 / 150 , T. 27/05/2008 . Söz konusu karar uyarınca, "Sanığın ele geçirdiği başkasına ait nüfus cüzdanını kullanarak banka görevlilerince basımını sağladığı kredi kartı "sahte oluşturulan" kart niteliğinde olup bu kartın kullanılması suretiyle kendisine haksız yarar sağlaması eylemi daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığından 5237 sayılı Yasanın 245/3.maddesinde düzenlenen suç oluşturur. Burada sanığın eyleminin TCY'nın 158/1-j maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği düşünülebilir ise de, yasakoyucunun banka ve kredi kartları için getirdiği ve miktar olarak daha ağır cezayı gerektiren özel düzenleme nedeniyle bu maddenin olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak ta 5237 sayılı TCY'nın olaya bir bütün olarak uygulanması halinde ortaya çıkacak sonuç ceza miktarı gözetildiğinde sanık hakkında 765 sayılı TCY hükümleri daha lehedir. Bu nedenle sanığın eylemini 5237 sayılı TCY'nın 245/3. madde ve fıkrası kapsamında değerlendirip sonuç ceza miktarı itibarıyla 765 sayılı TCY hükümlerinin sanık lehine olduğunu saptayan ve uygulayan Yerel Mahkemenin direnme hükmü isabetli olup onanmasına karar verilmelidir." Aynı yönde bkz. Y. 11. CD, E. 2008 / 9636, K. 2008 / 9181, T. 23/09/2008 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>45</sup> TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2010, s. 204.

<sup>46</sup> Bkz. TOROSLU: *Özel Kısım*, s. 242.

<sup>47</sup> "TCK m. 245/2, m. 245/3'ün bir bakıma hazırlık hareketi niteliğinde olduğundan, her iki suç arasında tüketen-tüketilen norm ilişkisi" olması nedeniyle, böyle bir durumda sadece 245/3'ten dolayı ceza verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 785. Aksi yönde olmak üzere, böyle bir durumda iki ayrı suçun bulunduğuna dair bkz. ÖZBEK: "Banka veya Kredi...", s. 1050.

iradesi bulunması halinde ise, konu genel iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmeli ve söz konusu kişiler TCK m. 245/3'te öngörülen suçta iştiraktan sorumlu tutulmalıdırlar. Ancak bunlar arasında iştirak iradesi yoksa, sahte kartı üreten, satan, satın alan, devreden kişi TCK m. 245/2'den; bu kartı kullanarak yarar sağlayan kişi ise TCK m. 245/3'te öngörülen suçtan dolayı cezalandırılır.<sup>48</sup>

Buradaki kullanma, tıpkı TCK m. 245/1'de öngörülen suçta olduğu gibi, kartın amacı doğrultusundaki kullanmalardır. Kartın amacı doğrultusunda olmayan kullanmalar, bu suçun maddî unsurunu oluşturmayacaktır.

### **B. Bu Kullanım ile Yarar Sağlamak**

245/3'te düzenlenen suç, sonuçlu bir suçtur. Suç, yarar sağlandığında tamamlanır. Ancak, her ne kadar maddede açıkça öngörülmüş olmasa da bu yararın mutlaka faile ait bir yarar olması şart değildir. Failden başka bir üçüncü kişi lehine yarar sağlanması halinde de söz konusu şart gerçekleşmiş olur.

Buradaki yararın kartın amacı doğrultusunda kullanılması sonucu elde edilen bir yarar şeklinde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla buradaki yarar, ekonomik bir yararadır. Zira kartın kullanım amacı doğrultusunda kullanılması sonucunda ancak ekonomik bir yarar elde edilebilir.

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlamak suçunun oluşabilmesi için, yararın elde edilmesi, kartın kullanılmasının sonucu olmalıdır. Yararın elde edilmesi ile kartın kullanılması arasında doğrudan bir illiyet bağı yoksa, TCK m. 245/3'te öngörülen suç söz konusu olmayacaktır.

### **C. Suçun Tamamlanma Anı**

TCK m. 245/3'te öngörülen suç, sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan kart kullanılmak suretiyle yarar elde edildiği anda tamamlanır.

## **4. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri**

### **A. Teşebbüs**

İnceleme konusu suçun sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan kart kullanılmak suretiyle bir yarar elde edildiği anda tamamlanacağı belirtilmişti. Dolayısıyla, bu suç sonuçlu bir suçtur ve teşebbüs mümkündür.<sup>49</sup>

Ancak belirtmek gerekir ki sahte bir kartı her ne surette olursa olsun ele gi-

<sup>48</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 788.

<sup>49</sup> Aksi yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: *Topluma Karşı...*, s. 466; DONAY: *Bankacılık Ceza Hukuku*, s. 170.

çirmiş olmak veya elde bulundurmak, başlı başına bu suçun icra hareketlerine başlandığı anlamına gelmez. İcra hareketleri, kartın kullanılmasına yönelik hareketlere başlandığında gündeme gelecek ve ancak bu aşmada teşebbüs söz konusu olabilecektir.<sup>50</sup>

## B. İştirak

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlama suçu, iştirak bakımından fazla bir özellik göstermez. Ancak belirtmek gerekir ki, daha önce de değinildiği üzere, sahte kart oluşturan veya kart üzerinde sahtecilik yapan kişi ile bu kartı kullananarak yarar sağlayan kişinin aynı olmaması halinde bu kişiler arasında iştirak iradesinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Eğer söz konusu kişiler arasında iştirak iradesi mevcutsa, bunlar genel iştirak kurakkarı uyarınca, TCK m. 245/3'te öngörülen suça iştiraktan sorumlu tutulmalıdırlar. Ancak aralarında iştirak iradesi yoksa, sahte kartı üreten, satan, satın alan, devreden kişi TCK m. 245/2'de öngörülen suçtan; bu kartı kullanarak yarar sağlayan kişi ise TCK m. 245/3'te öngörülen suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.<sup>51</sup>

## C. İçtima

TCK m. 43/1'in son cümlesine ilişkin olarak daha önce yapılan değerlendirmeler burada da geçerlidir. Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan kart kullanılarak birden fazla mal veya hizmet alınması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının her bir somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir işyerine gidip oradan birden fazla mal alınması durumunda ortada tek bir suçun olduğu kabul edilmelidir. Oysa aynı kartla, suç işleme kararında birliği ortadan kaldırmayacak şekilde, farklı işyerlerinden mal alınması halinde ise, zincirleme suç söz konusu olacak ve faile TCK m. 245/3 ve 43'ten dolayı ceza verilecektir.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 786.

<sup>51</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: *Ceza Özel Hukuku*, s. 788.

<sup>52</sup> Yargıtay bir kararında, sahte oluşturulan birden fazla kredi kartının kullanılması halinde eylemlerin her farklı banka kartı için ayrı ayrı suç oluşturup kartların birden çok kullanımı halinde her kart için zincirleme şeklinde işlenen suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir Y. 11 CD., E. 2009 / 22078, K. 2010 / 1382, T. 16/02/2010 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları). Aynı yönde olmak üzere, "bu suçun yapılan alışveriş sayısınca değil, haksız olarak kullanılan kart sayısınca oluştuğu"na dair bkz. Y. 11. CD., E. 2006 / 5208, K. 2006 / 8493, T. 30/10/2006 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları). Yine aynı yönde olmak üzere, "sahte üretilen ve kullanılan kredi kartlarının manyetik şeritlerinde yapılan inceleme sonucu tespit edilecek bankalar sayısınca ve aynı bankaya ait birden fazla sahte kredi kartının ya da aynı bankaya ait kartın değişik zamanlarda birden fazla kullanılması halinde zincirleme biçimde ayrı ayrı suçların oluşacağı"na dair bkz. Y. 11. CD., E. 2011/450, K. 2011/1748, T. 30.3.2011 (Kazancı Veri Tabanı).

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT**, Berrin: “Bilişim Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, yıl: 2000, c. 8, sy.1-2, ss. 545-555.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2011.
- DEĞİRMENCİ**, Olgun: “Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukuktaki Düzenlenişi”, *Legal Hukuk Dergisi*, yıl: 2003, c. 1, sy. 7, ss. 2750-2758.
- DEMİRBAŞ**, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- DONAY**, Süheyl: *Bankacılık Ceza Hukuku*, İstanbul 2007.
- DÜLGER**, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara 2012.
- EKER**, Umut: “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Yorumu”, *TBBD*, yıl 2006, sy. 62, ss. 101-131.
- ERMAN**, Sahir: *Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku, c. III*, İstanbul 1981.
- ERSOY**, Yüksel: “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, *SBFD*, yıl: 1994, c. 49, sy. 3-4, ss. 149-183.
- GÖKÇEN**, Ahmet: *Belgede Sahtecilik Suçları*, Ankara 2010.
- GÜNGÖR**, Devrim: *Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu*, Ankara 2010.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar*, Ankara 2012.
- HAKERİ**, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- KARAGÜLMEZ**, Ali: *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Ankara 2005.
- KATOĞLU**, Tuğrul: “Banka ve Kredi Kartlarının Kullanımı ile İlgili Suçlar”, *Hukuki ve Cezai Açından Banka ve Kredi Kartı Sempozyumu*, 5-6 Haziran 2009, ss. 99-112.
- KATOĞLU**, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *AÜHF*, yıl: 2012, cilt: 61, sayı:2, ss. 657-693.

- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.
- KURT**, Levent: *Bilişim Suçları*, Ankara 2005.
- ÖNDER**, Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994.
- ÖZBEK**, Veli Özer: “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu”, *Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan*, DEÜHFD, cilt: 9, özel sayı, yıl: 2007, ss. 1019-1063.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011.
- ÖZEN**, Muharrem/**BAŞTÜRK**, İhsan: *Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Ankara 2011.
- ÖZGENÇ**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2011.
- SINAR**, Hasan: *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul 2001.
- SOYASLAN**, Doğan: “Bilişim Alanında Suçlar”, *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan*, cilt: 2, Ankara 2009, ss. 1562-1597.
- SOYASLAN**, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012.
- TANER**, Fahri Gökçen: “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?”, *AÜHFD*, yıl: 2007, cilt 56, sayı 2, ss. 75-81.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2010.
- TOROSLU**, Nevzat: *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970.
- TOROSLU**, Nevzat: “İftira Cürmünün Hukukî Konusu”, *AÜHFD*, yıl: 1980, c. XXXVII, sy. 1-4, ss. 107-128.
- TOROSLU**, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2012.
- TOROSLU**, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2010.
- ÜNVER**, Yener: “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, yıl: 2001, c. LIX, sy. 1-2, ss.51-154.
- ÜNVER**, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.
- YAZICIOĞLU**, Yılmaz: *Bilgisayar Suçları*, İstanbul 1997.

**YAZICIOĞLU**, Yılmaz: “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, yıl: 2005, c. II, sy. 2, ss. 393-493.

**YAZICIOĞLU**, R. Yılmaz: “TCK md. 145. Malın Değerinin Az Olması-Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 6, Sy: 15, Nisan 2011, ss. 29-45.

**YENİDÜNYA**, A. Caner/**DEĞİRMENCİ**, Olgun: *Bilişim Suçları*, İstanbul 2003.

**ZAFER**, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, İstanbul 2011.

# HİLELİ İFLAS SUÇUNDA, “SUÇUN İŞLENDİĞİ TARİHİN TESPİTİNE” İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*(Analyze of a Turkish Supreme Court’s Decision on  
Determination of the Time of Commission of the  
Offence “Fraudulent Bankrupt”)*

Ali Hakan EVİK\*

## ÖZET

Çalışmada; Türk Ceza Kanunu’nun 161. maddesinde düzenlenmiş olan “Hileli İflas Suçunda” suçun işlendiği tarihin, dolayısıyla dava zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağına tespitine yönelik verilmiş bir Yargıtay kararının tahlili yapılmaktadır. Tahlil yapılırken önce kısaca bahsi geçen suçun unsur ve özelliklerinden bahsedilmiş ardından karara konu hukuki problemler ele alınarak ceza hukuku ilkeleri kapsamında çözümlenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Ceza hukuku, Suç, Yargıtay kararı, İflas, Hileli iflas suçu, Hileli iflas suçunda suçun işlendiği tarihin tespiti

## Abstract

This study deals with a Turkish Supreme Court’s decision on the time of commission of the offence “Fraudulent bankrupt” (Turkish Penal Code art. 161) and on its starting of the statute of limitation. We have briefly stressed the elements and properties of this offence before examination of legal problems in the context of criminal law principles.

**Keywords:** Criminal law, Crime, Turkish supreme court’s decision, bankrupt, Fraudulent bankrupt, Determination of the time of commission of the offence “fraudulent bankrupt”.

## I) KARAR

Çalışmada ele alınıp, değerlendirilecek olan karar, Yargıtay (11.) Ceza Dairesi’nin; “*Hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilme koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesin-*

\* Yrd. Doç. Dr., Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



*leşme tarihi olduğundan; olayda, 765 sayılı TCK'nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen dava zamanaşımının gerçekleşmediği gözetilmeden suç tarihinin iflas davasının açıldığı 12.10.1999 günü olduğu kabul edilerek kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*” şeklindeki 25.03.2008 tarih ve 2008/352 Esas, 2008/1731 Karar sayılı karardır<sup>1</sup>.

## II) OLAY

Davacı tarafından açılan dava sonucunda Asliye Ticaret Mahkemesince iflasına karar verilen davalı şirketin yetkilileri hakkında hileli iflas suçunun işlendiği iddiasıyla ceza davası ikame edilir. Yerel Mahkeme muhakemenin sonunda, suç tarihi olarak iflas davasının açıldığı tarihi dikkate alarak, dava zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verir. Kararın temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen (11.) Ceza Dairesi; suç tarihi olarak iflas kararının kesinleşme tarihinin dikkate alınması gerektiği, işbu nedenle davanın ortadan kaldırılması yönündeki Yerel Mahkeme kararının doğru olmadığı sonucuna ulaşarak kararı bozar.

## III) HUKUKİ SORUN

Çözümlemesi gereken hukuki sorun; hileli iflas suçunda, suçun işlendiği tarihin tespitine ilişkin olup, somut olayda “*iflas davasının açıldığı mı, yoksa iflas kararının kesinleştiği mi ya da başka bir tarih, gün mü?*” olduğudur.

## IV) SORUNUN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

### A) Hileli İflas Suçunda, Suçun İşlendiği Tarih; “İflas Davasının Açıldığı Gündür”

İnceleme konumuzu oluşturan Yargıtay (11.) Ceza Dairesi'nin kararına konu Yerel Mahkeme görüşünün bu doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kararda, gerekçeyle ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, sadece “*suç tarihinin iflas davasının açıldığı 12.10.1999 günü olduğu kabul edilerek kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verildiği*” ifadelerinin kullanıldığı tespit edilmektedir.

### B) Hileli İflas Suçunda, Suçun İşlendiği Tarih; “İflas Kararının Kesinleştiği Gündür (Tarihtir)”

Bu görüşü savunan Yargıtay (11.) Ceza Dairesi'nin gerekçeleri hakkında da bahsi geçen içtihadta herhangi bir açıklamanın bulunmadığı, “*Hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilme koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce*

<sup>1</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4742.

yapılması halinde suç tarihinin iflas kararının kesinleşme tarihi olduğu(...)" ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

## V) KONUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

"Hileli İflas Suçu", 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmının, "malvarlığına karşı suçlar" başlıklı onuncu bölümünde 161. maddede düzenlenmiştir. Suçun kanunilik unsuru;

*"(1) Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflasın varlığı için;*

*a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,*

*b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,*

*c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,*

*d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi gerekir."*

şeklindedir.

TCK'nun 161. maddesinde yaptırım altına alınmış fiil; "malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmaktır." Bu düzenlemeden, sahip olunan borcun ödenmemesi ya da ödenememesinin hileli tasarruflara dayanması yani esasında kasıtlı bir eylemde bulunulması halinin cezalandırılmak istendiği anlaşılmaktadır. İflas müessesesi; çeşitli nedenlerden, özellikle de ekonomik olumsuzluklardan dolayı mal varlığının büyük kısmını kaybeden, ticari faaliyetine devam etme imkânı kalmayan kişinin, mevcut prosedürler çerçevesinde, alacaklılarını zarara uğratmasının önüne geçme amacı taşımaktadır<sup>2</sup>.

Bu itibarla, suçla korunmak istenen hukuki yararın; tüm alacaklıların ortak teminatı mahiyetindeki borçluya ait malların hukuka aykırı bir takım hileli hareketlerle eksiltilmesinin önüne geçmek, bu teminata tabi ekonomik ilişkilerin, ticari faaliyetlerin zarar görmesinin önüne geçmek, hatta milli ekonominin düzenli ve sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamak<sup>3</sup>, özetle ticari ilişkilerde hâkim olması gereken güven<sup>4</sup> olduğu söylenebilir.

Suçun faili, maddenin düzenlenişinden de anlaşılacağı gibi, tacir olup da yetkili

<sup>2</sup> İçel-Ünver, 2000: 732.

<sup>3</sup> Erman, 1993: 185; Muşul, 1998: 42; Soyaslan, 2010: 429.

<sup>4</sup> Özgenç, 2002: 109.

Ticaret Mahkemesince iflasına karar verilmiş kişi yani “*müflis*” veya iştirak hükümleri kapsamında O’na yardım eden kişidir<sup>5</sup>. Hileli iflasın düzenlendiği TCK’nun 161. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere; bir tüzel kişinin tacir olması durumunda, tüzel kişiliğin organ veya temsilcisi olan, tüzel kişi adına tasarrufta bulunan gerçek kişiler de suç faili olabileceklerdir. Mağduru ise, alacaklı konumunda olup da, iflasa yol açan hileli hareketler nedeniyle alacağını tahsil edemeyen ya da edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerdir<sup>6</sup>.

Suçun maddi unsuru; fail konumundaki müflisin, iflasına karar verilmesinden önce veya sonra “*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmasıdır.*”<sup>7</sup> Malvarlığını eksiltmeye yönelik bu tasarrufların nelerden ibaret olduğunun 161. maddenin 1. fıkrasının a, b, c ve d bentlerinde sınırlı sayıda, seçimlik bir şekilde belirlenmiş olduğu, bentler içerisinde yine çeşitli seçimlik eylemlere yer verildiği<sup>8</sup> görülmektedir. Bunlar:

**a)** Alacaklıların, alacaklarının teminatı mahiyetindeki malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması:

Dikkat edileceği üzere; müflisin tüm mallarının değil, alacaklıların teminatı mahiyetindeki malların kaçırılması; alacaklıların bu türden mallara el koymalarını önleyecek önlemlerin alınması, belirli malların malvarlığı dışına çıkarılması, gizlemek, alacaklıların o mala ulaşmasını engelleyecek tedbirlerin uygulanması, değerinin azalması ise, bu yönde çeşitli faaliyetlerde (mesela hasar vermek) bulunulması anlamına gelmektedir<sup>9</sup>.

Bu eylem, iflas masasına dâhil malların bir kısmı veya tamamı üzerinde gerçekleştirilebilir<sup>10</sup>. Malın kaçırılması bir anlamda gizlemesi demek olup, çok düşük bedelle satma da bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>11</sup>.

**b)** Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi:

Mülga TCK dönemindeki düzenlemede, “taksirli iflasın” işleniş şekillerinden bir tanesi olarak sayılan bu eylemin, yeni Kanunda hileli iflas şekli olarak düzenlendiği görülmektedir. Mevzuat gereği tutulması gereken defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi, saklanması, yok edilmesi, ulaşılmasını engelleyecek şekilde tahrip edilmesi anlamına gelmektedir.

<sup>5</sup> Dönmezer, 2001: 496; Hafizoğulları-Özen, 2011: 400; Muşul, 1998: 36; Soyaslan, 2010: 429.

<sup>6</sup> Hafizoğulları-Özen, 2011: 401; Muşul, 1998: 42; Özgenç, 2002: 123.

<sup>7</sup> İçel-Ünver, 2000: 730; Soyaslan, 2010: 429.

<sup>8</sup> Donay, 2007: 248; Hafizoğulları-Özen, 2011: 400; Muşul, 1998: 53; Özgenç, 2002: 109. Kabul edilebilir olmamakla birlikte, kimi yazarlara göre Mülga TCK dönemindeki düzenlemede sayılanlar sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir. Erman, 1993: 205; İçel-Ünver, 2000: 732.

<sup>9</sup> Erman, 1993: 206.

<sup>10</sup> Donay, 2007: 248.

<sup>11</sup> Muşul, 1998: 104; Özgenç, 2002: 111.

c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi:

Mevcut malvarlığının azaltılmasına yönelik bu eylem, pasifin yani borç durumunun gerçekte var olmayan bir borcun kabulü ile çoğaltılması şeklinde gerçekleşmektedir<sup>12</sup>. Bu bağlamda, gerçekte olmadığı halde alacaklı olduğunu iddia eden kişi müflis faile yardım etmekte, onun suçuna iştirak etmiş olmaktadır. Fail veya failler aynı zamanda evrakta sahtecilik suçunu da işlemiş olmaktadır<sup>13</sup>.

d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi:

Çeşitli hileli eylemlerle ve sahtecilik suretiyle aktifin olduğundan az gösterilmesidir. Esasında yukarıda (a) ve (c) bendinde yer alan hileli eylemler de, aktifin az gösterilmesinin bir çeşidi olarak karşımıza çıkmakta, Kanun koyucun gereksiz bir tekrara gittiği anlaşılmaktadır<sup>14</sup>.

Kimi yazarlara göre; hileli iflas suçunda tüm şartlarının bir arada bulunması kaydıyla TCK'nun 25/2. maddesinde düzenlenen “zorunluluk hali”<sup>15</sup> ya da “mağdurun rızası”<sup>16</sup> şeklindeki hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından bahsedilebilir. Kanımca bu görüşe katılmak imkânı bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da vurguladığım üzere; hileli iflas suçu malvarlığına yönelik bir tehlike arz ettiğinden, bu türden tehlikelerden kurtulmak amacıyla suç işlenmesi durumunda maddede aranmakta olan orantılılık söz konusu olamayacağından “zorunluluk halinden” de söz edilemez.

Bununla birlikte suçla korunmak istenen hukuki yarar; tüm alacaklıların ortak teminatı mahiyetindeki borçluya ait malların hukuka aykırı bir takım hileli hareketlerle eksiltilmesinin önüne geçmek, bu teminata tabi ekonomik ilişkilerin, ticari faaliyetlerin zarar görmesinin önüne geçmek, hatta milli ekonominin düzenli ve sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamak olduğundan sadece alacaklılarını alamayan alacaklıların rızasının da hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli olamayacağı aşikârdır. Hukuka uygunluk nedenleri, kanımca bu suçla hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır<sup>17</sup>.

Mülga TCK'daki düzenlemede manevi unsur açısından; fail veya faillerin, “alacaklıları zarara sokmak” özel kastıyla “muvazaalı satışlar, muameleler veya mukaveleler yapmak” suretiyle<sup>18</sup>, hileli eylemlerde bulunmuş olmaları ya da suçun işle-

<sup>12</sup> Muşul, 1998: 109.

<sup>13</sup> Hafizoğulları-Özen, 2011: 401.

<sup>14</sup> Erman, 1993: 210; İçel-Ünver, 2000: 730; Özgenç, 2002: 114.

<sup>15</sup> Erman, 1993: 200.

<sup>16</sup> Erman, 1993: 200; Muşul, 1998: 56.

<sup>17</sup> Hafizoğulları-Özen, 2011: 402; Muşul, 1998: 55.

<sup>18</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, 1999: 393-394; Dönmezer, 2001: 498; Muşul, 1998: 58.

nişine iştirak etmiş olmaları aranmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da ise, suçun özel kastla işlenebileceğine yönelik herhangi bir düzenlemenin yer almadığı, bu itibarla suçun teşekkülü açısından genel kastla hareket edilmiş olmasının yeterli olduğu görülmektedir<sup>19</sup>.

TCK'nun 167. maddesinin 1. fıkrasında yer alan durumun söz konusu olması halinde faile şahsi cezasızlık nedeniyle herhangi bir ceza verilmeyecek, 2. fıkrada yer alan durumun varlığı halinde ise, şahsi indirim nedeniyle failin cezasında indirime gidilecektir.

Aynı şekilde, TCK'nun 168. maddesinde düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlığa yönelik hükümler bu suçta da uygulama alanı bulacaktır. Suç tamamlandıktan sonra ve fakat kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine, etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek ceza yarısına kadarı indirilecektir.

Maddede sayılan bu hareketlerin icrasına başlanılmış olmalarına karşın, herhangi bir engel nedeniyle tamamlanamaması ya da beklenen neticenin elde edilememesi durumunda teşebbüs durumu söz konusu olabilir<sup>20</sup>.

Bu suçta, suç ortaklığı (iştirak) açısından bir özellik söz konusu değildir. Suçun tek bir faille ya da birden fazla faille suç ortaklığı hükümleri kapsamında işlenmesi mümkündür. Suçun birden fazla faille işlenmesi durumunda, her birinin maddede sayılan esaslar doğrultusunda cezalandırılması söz konusu olacaktır<sup>21</sup>.

Suçların birleşmesi kapsamında; failin 161. maddesinin 1. fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde yer alan fiillerin işlenmesi esnasında aynı zamanda evrakta sahtecilik suçunun işlenmesi de kaçınılmazdır. Bu durumda; TCK'nun 212. maddesi uyarınca faili hem "hileli iflas", hem de "sahtecilik" suçundan cezalandırılacaktır.

## VI) DEĞERLENDİRME

Çalışmanın ana konusunu oluşturan ve çözümlenmesi gereken hukuki sorun yukarıda da ifade edildiği gibi; hileli iflas suçunda, suçun işlendiği tarihin "iflas davasının açıldığı tarih mi, yoksa iflas kararının kesinleştiği tarih mi olduğunun belirlenmesidir. Ayrıntılarına geçmeden hemen belirtmek isterim ki kanımca, gerek hileli iflas suçunda, gerek TCK'da hileli iflas suçundan hemen sonra düzenlenen taksirli iflasta, suçun işlendiği tarih yerel mahkemenin iddiasının aksine ne iflas davasının

<sup>19</sup> Hafizoğulları-Özen, 2011: 402; Soyaslan, 2010: 429; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4736.

<sup>20</sup> Dönmezer, 2001: 499; Erman, 1993: 210; Muşul, 1998: 60; Özgenc, 2002: 123-124.

<sup>21</sup> Erman, 1993: 213; Hafizoğulları-Özen, 2011: 402; Muşul, 1998: 62; Soyaslan, 2010: 429.

açıldığı, ne de Yargıtay'ın ilgili Ceza dairesinin iddiasının aksine iflas kararının kesinleştiği tarihtir.

TCK'nun 7. maddesinde; işlendiği zamanın kanununa göre suç sayılmayan bir fiilden kimseye ceza verilemeyeceği ve suçun işlendiği zamanın kanununa göre lehe olan kanunun geçmişe etkili olacağı ifade edilmiş olup, suçun işlendiği zamanın, tarihin belirlenmesi önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>22</sup>.

Bu belirleme, hem suç işleyen kişi hakkında hangi kanunun, hangi maddesinin uygulanacağı, hem zamanaşımının hangi tarihten başlatılacağı, gibi pek çok sorunun çözümüne katkı sağlama amacı taşımakta, hem de isnat yeteneği veya af gibi kurumlar açısından önem arz etmektedir. Bu itibarla, 5237 sayılı TCK ile birlikte yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 170. maddesinde, Savcılık tarafından tanzim edilecek iddianamede var olması gereken zorunlu hususlar arasında “suçun işlendiği tarih” de yer almaktadır.

Öğreti ve uygulamaya baktığımızda; suçun işlendiği tarihin belirlenmesinde çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Fransız öğretisinde, suçun işlendiği zamanın belirlenmesinde neticenin gerçekleştiği<sup>23</sup>, Alman, İsviçre, Avusturya ve İtalya öğretisinde ise, hareketin yapıldığı zamanın esas alınmasının gerektiği söylenmektedir. Alman Ceza Kanunu'nda bu konuya ilişkin olarak suçun icra veya ihmali nitelikteki fiilin yapıldığı zamanda işlenmiş olacağı, neticenin gerçekleşmemesinin önemli olmadığı şeklinde özel bir düzenlemeye yer verilmiş olduğu görülmektedir<sup>24</sup>.

Ceza kanunumuzda bu mahiyette özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bugün itibarıyla benim de görüşlerine katıldığım öğretinin büyük çoğunluğunun<sup>25</sup>; suçun işlendiği tarihin belirlenmesinde “hareketin yapıldığı zamanın esas alınması” yönünde görüş bildirdikleri görülmektedir.

Esas prensip bu olmakla birlikte, suçların harekete göre yapılan tasnif uyarınca özel bir takım değerlendirmelerde bulunduğu tespit edilmektedir. Örneğin; -mütemadi suçlarda, suç hareket yapılır yapılmaz tamamlanmakta ancak, bitmeyerek icrası belirli süre devam etmekte olduğundan sürekliliğin sona erdiği tarihte, -zincirleme suçlarda teselsülün sona erdiği, ihmali suçlarda yapılması gereken hareketin yapılmadığı, -itiyadi suçlarda da itiyadi meydana getiren son fiilin işlendiği tarihte işlenmiş olduğu kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Demirbaş, 2012: 120.

<sup>23</sup> Türk öğretisinde Dönmezer-Erman, neticeye üstünlük tanıyan görüşten yanadır. Dönmezer-Erman, 1997: s. 384.

<sup>24</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2009: 165; Demirbaş, 2012: 121.

<sup>25</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2009: 165; Centel-Zafer-Çakmut, 2011: 152; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2010: 130 Taner, 2008: 70.

<sup>26</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2009: 165-166; Centel-Zafer-Çakmut, 2011: 153-154; Demirbaş, 2012: 120-121; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2010: 130-131; Öztürk-Erdem, 2012: 500.

Suçun yapısal unsurları olan “*tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk*” tüm suçlar için aranan ortak özelliklerden olup, bunlardan biri bulunmazsa suçun varlığından söz edilemez. Bununla birlikte, suçun yapısal unsurlarının varlığına karşın gerçekleşmedikleri takdirde failin cezalandırılabilmesini engelleyen bazı koşullara kanun hükümlerinde rastlanabilir. Bu tür olgulardan “*objektif cezalandırılabilirlik koşulları*”, İtalyan öğretisinde olduğu gibi Alman öğretisinde de genellikle benimsenmiş bir kavramdır<sup>27</sup>.

“*Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları*” olarak da isimlendirilen bu koşullar, suç oluşturan eylemle doğrudan doğruya ilişkili bulunmalarına karşın, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun bünyesine girmeyen olgulardır. Bu koşullar suçun oluşmasını etkilemedikleri halde cezalandırmada doğrudan doğruya etkilidirler. Cezalandırılabilirlik koşulları, kusur aranmayan, yani objektif nitelikte olan, gerçekleşmedikleri takdirde failin başka türlü cezalandırılması olanağı bulunmayan, çoğu zaman suçun işlenmesi sırasında var olan veya suçun işlenmesi ile birlikte gerçekleşen, cezalandırmayı sağladığı için olumlu nitelik gösteren olgulardır<sup>28</sup>. Örneğin, mülga TCK’nun 441. maddesindeki; karı-koca gibi beraber yaşama suçunda “*herkeşe bilinme*” koşulu, objektif cezalandırılabilirlik koşuluuydu. Aynı şekilde 544. maddede öngörülmüş olan dilencilik suçunda “*dilencilik ederken tutulma*” bu tür bir koşul niteliğindedir<sup>29</sup>.

5237 sayılı TCK’nun 240. maddesindeki mal veya hizmet satımından kaçınma suçunda “*kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olmak*”<sup>30</sup>, “*yurtdışında suç işleyen bir Türk’ün cezalandırılabilmesi için Türkiye’de bulunması*”<sup>31</sup> cezalandırılabilirlik koşullarına örnek olarak gösterilebilir<sup>32</sup>. Objektif cezalandırılabilirlik koşullarının yukarıda kısaca özetlenen özellikleri, bu tür koşullara bağlanmış suçlar yönünden bazı sonuçlara ulaşılmasını gerektirmektedir<sup>33</sup>. Bunlardan inceleme konumuzla yakından ilgili olanlar şunlardır:

1) Cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşip gerçekleşmemesinin, suç ortaklarının tümü yönünden önemli olmasıdır. Suçun bütün unsurları tamam olsa

<sup>27</sup> İçel-Evik, 2007: 15. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Centel-Zafer-Çakmut, 2011: 208; Demirbaş, 2012: 194-195; Dönmezer-Erman, 1997: 316; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2010: 420-422.

<sup>28</sup> Önder, 1991: 12, 382 vd; Taner, 2008: 81.

<sup>29</sup> Dönmezer-Erman, 1997: 318-319; İçel-Evik, 2007: 20-22.

<sup>30</sup> Demirbaş, 2012: 195; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2010: 421; Özgenç, 2010: 550.

<sup>31</sup> Centel-Zafer-Çakmut, 2011: 208.

<sup>32</sup> Özgenç ve Demirbaş’a göre TCK’nun 170, 171, 172, 173, 175, 176, 217, 220, 319. maddelerindeki “*somut tehlikenin gerçekleşmesi*” de birer objektif cezalandırılabilirlik koşuludur. Bakınız: Özgenç, 2010: 550, Demirbaş, 2012: 195. Kanımca, bunlar neticeye yönelik olup, suçun unsurları kapsamındadır. Bu nedenle, bu görüşe katılmak imkânı yoktur.

<sup>33</sup> Bu sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Demirbaş, 2012:197; İçel-Evik, 2007: 15-20; Önder, 1991: 385; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2010: 421-422.

dahi, bu koşulun gerçekleşmemesi durumunda suçun asıl faili cezalandırılmayacağı gibi, diğer suç ortaklarının da cezalandırılmaları olanaksızdır. Koşulun gerçekleşmesi halinde de bunu bilip bilmemelerine bakılmaksızın suç ortaklarının tümü cezalandırılır.

2) Cezalandırılabilirlik koşulları suçun unsurlarından olmadıklarından, suçun işlendiği yer ve zamanın saptanmasında dikkate alınmazlar. **Suç, cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleştiği yer ve zamanda değil, fakat unsurların gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş sayılır.**

3) Şikâyet ve **zamanaşımı sürelerinin başlangıcı bakımında da ilkelerden ayrılmamak gerekir.** Suç, unsurların gerçekleştiği zamanda işlenmiş sayılacağına ve cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleştiği an dikkate alınmayacağına göre, bu koşullar sürelerin başlangıçlarının saptanmasında da etkili olmamalıdır. Kanımca; Ceza Kanunumuzun 66. maddesinin zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak “suçun işlendiği günü” esas alması farklı bir düşüncenin kabulünü engeller niteliktedir. Keza, 5237 sayılı TCK’nun; şikâyet süresi “*zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar*” şeklindeki 73/2. maddesi de bu görüşü desteklemektedir<sup>34</sup>.

Hileli iflas suçunun düzenlendiği TCK’nun 161. maddesinin gerekçesinde; “*Madde metninde, bir ticari faaliyet bağlamında malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Ancak, kişinin bu tasarruflar nedeniyle cezalandırılabilmesi için, iflasa kararı verilmiş olması gerekir. Bu nedenle, iflas olgusunun gerçekleşmesi, bir objektif cezalandırılabilme şartı niteliği taşımaktadır.*” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Aynı şekilde taksirli iflasın düzenlendiği 162. madde gerekçesinde de; “*Hileli iflas suçunda olduğu gibi, kişinin taksirli iflas dolayısıyla cezalandırılabilmesi için, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa karar verilmiş olması gerekir. Bu nedenle, iflas olgusunun gerçekleşmesi, bu suç açısından da bir objektif cezalandırılabilme şartı niteliği taşımaktadır.*” denilmektedir.

Kanun koyucu, mülga TCK’daki düzenlemenin aksine madde gerekçelerinde; asliye ticaret mahkemesince verilen iflas kararının, hileli ve taksirli iflas suçlarının unsuru olmadığını, sadece objektif bir cezalandırılabilme şartı olduğunu çok net ve açık bir şekilde ifade etmiştir. Hatırlanacağı üzere mülga TCK döneminde, bu tarz açık bir belirleme söz konusu olmadığından, kimi yazarlar iflas kararının suçun unsurlarına dâhil olduğunu<sup>35</sup>, kimi yazarlar ise, objektif cezalandırılabilirlik koşulu olduğunu ifade etmekteydi<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> İçel-Evik, 2007: 19-20.

<sup>35</sup> Dönmezer, 2001: 418; Özgenç, 2010: 116, 119.

<sup>36</sup> Alacakaptan, 2001: 220 vd; Erem, 1993: 2364; Erman, 1993: 191; Muşul, 1998: 44; Önder, 1994: 404.



Kanımcı o dönemde dahi iflas kararı verilmiş olmasının suçun unsuru olmayıp, objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu söylemek imkânı bulunmaktaydı. Zira ne mülga TCK'daki, ne de İcra İflas Kanunu'ndaki hileli iflase yönelik düzenlemelerde hileli eylemlerin iflase neden teşkil etmesi gerektiği yönünde bir koşul vardı. İflastan önceki ve sonraki hileli eylemler ile iflas kararı arasında nedensellik bağının varlığının arandığı yönünde hiçbir düzenleme bulunmamaktaydı<sup>37</sup>.

Düzenlemenin bu kadar açık ve net olmasına rağmen yeni TCK döneminde öğreti<sup>38</sup> ve uygulamada<sup>39</sup> hileli ve taksirli iflas suçlarının cezalandırılabilirlik şartını ihtiva eden suçlardan olduğu kabul edilmekle birlikte, suçun işlendiği tarihin, objektif nitelikteki şartın gerçekleştiği zamana göre belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya atıldığı görülmektedir<sup>40</sup>.

Benim de görüşlerini paylaştığım yazarlara göre ise; bahsi geçen suçların işlendiği tarihin tespiti konusunda genel prensipten ayrılmak için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu suçlar da unsurlarının gerçekleşmesiyle tamamlanmış olacağından, suçun unsurlarının tamamlandığı anda işlenmiş olduğu kabul edilmeli ve suçun işlendiği tarihin de şartın gerçekleştiği tarih olarak değil, suçun hareket unsurunun yapıldığı tarih olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu düşüncenin sonucu olarak dava zamanaşımı süreleri de şartın gerçekleştiği tarihten değil, suçun gerçekleştiği yani hileli eylemlerin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlatılmalıdır<sup>41</sup>.

Yabancı ceza kanunlarından İtalyan Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde bu koşulun gerçekleşmesine bağlı suçlar açısından özel bir düzenlemeye gidilerek, dava zamanaşımının süresinin hareketin yapıldığı (suçun işlendiği) tarihte değil, koşulun gerçekleştiği tarihte başlayacağı yönünde açık bir hükme yer verildiği görülmektedir<sup>42</sup>. Bizim ceza kanunumuzda bu tarz bir düzenleme olmadığına, koşulun bağlı olduğu suçlara ilişkin madde ve gerekçelerinde de bu doğrultuda özel bir düzenleme bulunmadığına göre, genel kuraldan ayrılmaya gereği olmadığı sonucuna ulaşmış bulunmaktayım.

Zamanaşımının başlangıcını düzenleyen TCK'nun 66/6. maddesinde sadece; tamamlanmış suçlara, teşebbüs halinde kalan suçlara, kesintisiz suçlara, zincirleme

<sup>37</sup> Alacakaptan, 2001: 222.

<sup>38</sup> Özgenç, 2010: 551.

<sup>39</sup> İnceleme konumuzu oluşturan karar için bakınız: Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 4742.

<sup>40</sup> Bakınız: Centel-Zafer-Çakmut, 2011: 744; Koca-Üzülmez, 2012, 605; Önder, 1991: 788; Özgenç, 2010: 552 ve bir önceki dipnotta zikredilen kararlar. Yargıtay'ın aksi yönde kararlarının da olduğu bilinmektedir. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 06.03.1996 tarih ve 562/2145 sayılı kararı için bakınız: Alacakaptan, 2001: 226. Önder de suçun işlenme tarihini iflasına kesinleşmesine, Erman ise iflase kadar götürmektedir. Bakınız: Erman, 1993: 191; Önder, 1994: 418.

<sup>41</sup> Alacakaptan, 2001: 227; Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2009: 999; Demirbaş, 2012: 194-197; Dönmezer-Erman, 1997: 321; Dönmezer-Erman, 1994: 258; Erem, 1993: 2364; İçel-Evik, 2007: 19-20; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2010: 422; Taner, 2008: 81.

<sup>42</sup> Alacakaptan, 2001: 225, Dönmezer-Erman, 1994: 258; 227; Önder, 1991: 788; Taner, 2008: 81.

suçlara ve çocuklara karşı işlenen suçlara ilişkin özel düzenlemeye yer verildiği<sup>43</sup>, buna karşılık, cezalandırılabilirlik koşuluna bağlı suçlar hakkında herhangi bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, aksi düşüncenin kanun koyucunun iradesine aykırı olacağını düşünmekteyim.

İncelediğim Yargıtay kararında; “suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşme tarihi olduğu” yönünde bir değerlendirmenin yer aldığı görülmektedir. Bahsi geçen karardaki bu yorumdan anladığım kadarıyla Yargıtay (11.) Ceza Dairesince hileli hareketlerin iflas kararı verilmesinden önce yapılması halinde suçun işlenme tarihi iflas kararının kesinleştiği, daha sonrasında yapılması halinde ise, hileli eylemin yapıldığı tarih olarak kabul edilmektedir. Kanımca bu durum, yani bir suçun işlenme tarihini bu şekilde hareketin önce ya da sonra yapılmasına göre farklı farklı tarihler dikkate alarak belirlemek hukuken kabul edilebilir, açıklanabilir bir şey değildir.

Suçun işlenme tarihi, kanun maddesinde tanımlanan eylemin yapıldığı tarihtir. Bu eylem ister, iflas kararı verilmeden evvel, isterse sonrasında yapılmış olsun sonuç değişmez. Bunun aksini geçerli kılacak hiçbir düzenleme mevzuatımızda mevcut değildir. Ceza hukukunda “dar yorum” ilkesi egemen olup, bu tarz bir yorum tarzı bence failin aleyhine genişletici yorum yapılması neticesine neden olabileceği gibi, kanun koyucunun iradesi dışında hareket edilmesine, kanun maddesini yorumlayan yargı mercilerinin kendini kanun koyucunun yerine koymasına yol açabilecektir. İtalyan Ceza Kanunu’nun 158. maddesindeki gibi açık bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır<sup>44</sup> ama bu düzenleme yapılıncaya kadar aksini savunma imkânı hukuken kanımca mümkün değildir.

Özetle belirtmek gerekirse; TCK’nun 161 ve 162. maddelerindeki Hileli ve Taksirli İflas suçlarındaki “iflasa karar verilmiş olması” koşulu, objektif cezalandırılabilirlik koşulu olup, suçun işlenme tarihi “malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmak” şeklindeki hareketlerden herhangi birinin yapıldığı tarihtir. Bu itibarla, zamanaşımı süresinin başlangıcı da koşulun değil, suçun gerçekleştiği (seçimlik hareketin yapıldığı) tarihtir.

Netice olarak; çözümlenmesi gereken hukuki sorunla ilgili olarak Yerel Mahkeme ve Yargıtay (11.) Ceza Dairesi’nin ulaştıkları çözüme katılmamaktayım. “Hileli İflas Suçu” ile benzer düzenlemeyi bünyesinde barındıran “Taksirli İflas Suçunda”, suçun işlendiği tarihin ne “iflas davasının açıldığı gün”, ne de “iflas kararının kesinleştiği gün” olduğunu düşünmekteyim. Kanımca her iki suçta da, suçun işlendiği tarih; ister iflas kararının verilmesinden önce, ister sonra yapılmış olsun, suçun maddi unsurunu oluşturan hileli hareketlerin yapıldığı tarihtir. Bu itibarla, dava zamanaşımının başlangıcında da bu tarih esas alınmalı, zamanaşımının dolup dolmadığı ve kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılıp kaldırılmaması hususu da yine bu tarihe göre belirlenmelidir.

<sup>43</sup> Öztürk-Erdem, 2012: 501; Taner, 2008: 77 vd.

<sup>44</sup> Demirbaş, 2012: 712; Dönmezer-Erman, 1994: 260; Taner, 2008: 81.

**KAYNAKÇA**

- ALACAKAPTAN, Uğur: (2001), “**Hileli İflas Suçunun İşlenme Zamanı ve Anılan Suçta Dava Zamanlaşımının Başlangıcı**”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, Seçkin.
- ARTUK, M. Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA Caner: (1999), **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 1. baskı, Ankara, Seçkin.
- ARTUK, M. Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA Caner: (2009), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Turhan, Ankara.
- CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem: (2011), **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. Baskı, İstanbul, Beta.
- DEMİRBAŞ, Timur: (2012), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara.
- DONAY, Süheyl: (2007), **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: (1997), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c: I, 14. Baskı, İstanbul, Beta.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: (1994), **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c: III, 12. Baskı, İstanbul, Beta.
- DÖNMEZER, Sulhi: (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta.
- EREM, Faruk: (1993), **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: III, Ankara.
- ERMAN, Sahir: (1993), **Şirketler Ceza Hukuku (Ticari Ceza Hukuku VII)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem: (2011), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık.
- İÇEL, Kayıhan-ÜNVER, Yener: (2000), **İçel Uygulamalı Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta.
- İÇEL, Kayıhan-EVİK, Ali Hakan: (2007), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul, Beta.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan: (2012), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin.
- MUŞUL, Timuçin: (1998), **İflas Suçları**, İstanbul, Filiz.
- ÖNDER, Ayhan: (1991), **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz.
- ÖNDER, Ayhan: (1994), **Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler**, İstanbul, Filiz.
- ÖZBEK, V. Özer-KANBUR, M. Nihat-BACAKSIZ, Pınar-DOĞAN, Koray-TEPE, İlker: (2010), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara.
- ÖZGENÇ, İzzet: (2002), **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin.

- ÖZGENÇ, İzzet: (2010), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Seçkin, Ankara.
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, M. Ruhan: (2012), **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin.
- SOYASLAN, Doğan: (2010), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin.
- TANER, F. Gökçen: (2008), **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Seçkin.
- YAŞAR, Osman-GÖKCAN, H. Tahsin-ARTUÇ, Mustafa: (2010/1), **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C: IV, Madde 147–204, Ankara, Adalet.



# ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU TOPLANTILARININ ŞEKLİ VE ELEKTRONİK TOPLANTI SİSTEMİ

*(The Form of Board Meetings of Joint-Stock Companies and  
Electronic Meeting System)*

**Bünyamin GÜRPINAR\***

## ÖZET

Bir şirket küresel, bölgesel ya da ulusal faaliyet gösteriyor olabilir. Hangisi olursa olsun faaliyetlerinin kapsamının çoğu kez ulusal sınırların dışına çıkması küreselleşmenin kaçınılmaz bir sonucudur. Bu kapsamda sermaye şirketlerinin ve özellikle anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bir kısmı yurt dışında yerleşik yabancılardan oluşuyorsa yönetim kurulu toplantılarının fiziki olarak yapılması önemli güçlükler arz etmekte, kararların alınması ise, çoğu kez arzu edilen düzeyde müzakereye olanak sağlamamaktadır.

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1527.1 maddesi, sermaye şirketlerinde müdürler kurulu ve yönetim kurulu üyelerinin, öngörülen belirli durumlarda, kurul toplantılarına görüntü ve ses aktarılması yoluyla elektronik ortamda katılabilmelerinin ve oy vermelerinin esas sözleşme veya şirket sözleşmesiyle düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır.

Yeni Kanunla getirilen düzenleme çerçevesinde, anonim ortaklık yönetim kurulu toplantısının yapılması bakımından, görüntü ve ses nakli şeklinde toplantı formatı gerekmekte olup, anılan hüküm çerçevesinde, yönetim kurulu toplantısının, görüntü ve ses naklini içermeyen şekilde, sohbet odası formatında ve yazılı bir şekilde yapılması mümkün değildir.

Yönetim kurulu toplantılarına elektronik ortamda katılabilmenin ön koşulu, bu olanağa ana sözleşmede yer verilmesidir. İkinci olarak, elektronik ortam araçlarının elverişliliğinin kanıtlanması ve oy kullananların kimliklerinin saklanması gerekmektedir. Tüm bu hususların uygulamasına ilişkin esaslar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan bir Tebliğ ile belirlenmiştir. Maddeye ilişkin gerekçede, yönetim kurulu toplantılarında online olarak yapılan müzakere ve alınan kararların geçerli olduğu, bu kararların güvenli elektronik

\* Yrd.Doç.Dr., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, bunyamingurpinar@gmail.com

imza ile imzalanmasının mümkün olduğu gibi, sonradan fiziki imza ile de kayıt altına alınabileceği ifade edilmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Anonim şirket, Yönetim kurulu toplantısı, Sanal toplantı, Elektronik toplantı sistemi.

### *Abstract*

One company might be operating regional, national or international. Whichever, it is the inevitable result of globalisation to operate mostly out of its scope. For this reason, there might be difficulties about board meetings to held physically due to some or even all members of board, especially joint-stock companies might consist of foreigners residing abroad and expected number of meetings is not possible due to making decisions.

Article 1527.1 of 6102 n. New Turkish Commercial Code allows to set forth provisions in articles of association and memorandum of association enabling members of board of managers and board of directors to join and vote in meetings by transfer of visuals and sounds in foreseen situations.

Within the framework of new regulations of the new code, visual and vocal transfer meeting format is required to held board of directors meetings of a J.S.C., not a format of typing chat room that doesn't allow transfer of sound and visuals.

Prerequisite of taking place in meetings of electronic board of directors is to provide this opportunity in articles of association. Secondly, it is required to prove convenience of the electronic media tools and preserving of identities of voters. Principles regarding to interpretation of all these subjects will be determined by a regulation issued by Ministry of Custom and Commerce. Validity of online meetings and decisions of board, possibility of electronic signature and post facto original signature usage for these decisions is phrased in the preamble of this provision.

**Keywords:** Joint-stock company, Board of director's meeting, Virtual meeting, Electronic meeting system.

### **Giriş**

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) birçok alanda yenilikler getirmekle beraber ortaklıklar hukukunda ve özellikle anonim ortaklığın organlarının teşkilatlanışı, yetki ve sorumlulukları, toplanma ve karar alma şekilleri konusunda yeni hükümlere yer vermektedir. Bu kapsamda yönetim kurulunun yapısı, nitelikleri, görevi, üyelerin özen ve bağlılık yükümlülüğü, yönetim ve temsil yetkileri, devredilmez yetkiler gibi konuların TTK 359-375 maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Yönetim kurulu toplantıları ise TTK 390-393 maddelerinde düzenlenmektedir. Bu çalışma kapsamında bir diğer konu, şirketlerin elektronik ortamlarda genel kurul ve yönetim kurulu toplantı-

larını icra edebileceklerine ilişkin hükümlere ilk defa TTK'da yer verilmiş olmasıdır. Kanun'un 1527. maddesi "Elektronik ortamda kurullar" başlığını ve "ilkeler" alt başlığını taşımaktadır. Maddede sözü edilen elektronik ortamda kurullardan konumuzla bağlantılı olan kısımlar **aşağıda** incelenecektir.

Anonim ortaklık yönetim kurulu toplantısı türleri, toplantının şekli, toplantının elektronik ortamda yapılmasının sağlayacağı yararlar ve böyle bir toplantının yapılabilmesinin yasal koşulları birincil ve ikincil mevzuat çerçevesinde incelenecektir. Ancak bundan önce yönetim kurulunun organ niteliği ve yapısına kısaca değinilecektir.

### I. Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulunun Yapısı

Yeni Türk Ticaret Kanunu madde 365 gereğince (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 317), anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Hukuksal açıdan kurulmakla hak ehliyetini elde eden bir anonim şirket, fiil ehliyetini yani şirketin yönetim ve temsilini gerçek ve tüzel kişilerden oluşan yönetim kurulu aracılığı ile kullanabilir<sup>1</sup>. Bir tüzel kişi olan anonim şirketin fiil ehliyeti bizzat ortaklar tarafından değil, ortaklığın parçası sayılan organları tarafından<sup>2</sup> kullanılır ki bu organ temelde yönetim kuruludur. Yönetim kurulu, şirket tüzel kişiliğinin yasal temsilcisi olduğu gibi aynı zamanda kural olarak biricik idare organıdır. Bu durum TTK sisteminin, yönetim kurulunun yapısıyla ilgili olarak monist sistemi benimsediğine işaret etmektedir<sup>3</sup>. Ancak anılan ETK madde 319 idare işlerinin tümünün veya bir kısmının murahhaslara veya pay sahibi olmayan müdürlere bırakılmasına da imkân sağlamaktaydı<sup>4</sup>. Bu ise dualist sistem çağrışımı yapmakla beraber, yönetim kurulunun devredilemeyen bazı yetkilere sahip olması nedeniyle monist temelli ama düalist sistemi de reddetmeyen bir yapıyı benimsediğine işaret

<sup>1</sup> HİRŞ, E.E., Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946, s. 302.

<sup>2</sup> KENDİGELEN, A., Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999, s. 41.

<sup>3</sup> AKDAĞ GÜNEY, N., Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 24 (Sorumluluk).

<sup>4</sup> Burada dikkatle işaret edilmesi gereken husus; bazı idare işlerinin üyelerden bir kısmına verilebileceği, dolayısıyla şirketin iç işi niteliğinde olan yönetsel etkinliklere münhasır bir ayırım olduğudur. Yoksa idare ve temsil ayırımından söz edilmemektedir. Kaldı ki TTK madde 367 gerekçesinde "Tasarının 367 ile 370 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Bu düzen yani Tasarının sistemi yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayırımına tâbi tutmaya da elverişlidir. Hatta Fransa'da geçerli "Président Directeur Général" sisteminin uygulanmasına da müsaittir" görüşü ile oldukça esnek bir yapının benimsendiği ifade edilmektedir. Ancak Bilim Komisyonu Almanya'nın çift kurullu yönetim kurulu modeli ile Fransa'nın "başkan yetkisini haiz genel müdür" modelini benimsememiştir. Gerek ETK, gerekse TTK 367/2 hükmünün bu tarz bir düalist yapıya izin vermediği görüşü için bkz.: PULAŞLI, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 423 (Şirketler).



etmektedir. TTK madde 367 düzenlemesi dikkate alındığında yeni TTK'nın da yaklaşık olarak aynı sistemi benimsediği görülmektedir<sup>5</sup>. Burada kurumsal yönetim (corporate governans) yaklaşımının etkili olduğunu, dolayısıyla yönetim kurulunun icracı (executive) ve icracı olmayan (non executive) üyelerden teşekkülüne imkân sağlanması amacının güdüldüğü söylenebilir<sup>6</sup>. Alman Hukukunda icracı ve icracı olmayan ayrımı farklı bir çözüme tabidir<sup>7</sup>. Yönetim kurulunu denetlemek ve kontrol etmek üzere ihdas edilmiş olan gözetim kurulu tamamı icracı olmayan yöneticilerden oluşturulmaktadır<sup>8</sup>. Buna karşın ETK ve 6102 sayılı TTK, Latin ve Anglo-Sakson hukukuna dayalı olan İsviçre hukukundan mülhem olarak yönetim kurulu yanında gözetim kuruluna yer vermemektedir<sup>9</sup>.

Anonim ortaklıklarda kural olarak yönetim kurulunun görevlerini heyet halinde yürüttüğü kabul edilmekte, istisnai olarak bireysel görevlerin üyeler veya komisyon/komitele tarafından yerine getirildiği bilinmektedir. Bu nedenle yönetsel açıdan anonim ortaklıkta organ sıfatı yönetim kuruluna ait olup, görevler ve yetkiler makamını ifade eder ve soyuttur. Yönetim kurulu üyeleri ise organ görevlisi<sup>10</sup> sıfatını haizdir ve bu sıfatla organa ait görevler bu kişiler tarafından yerine getirilir<sup>11</sup>. Organ görevleri dışında ama yine bu cümleden olarak üyelerin bireysel olarak yerine getirebilecekleri görevleri de vardır. Bu bağlamda örneğin her bir üyenin şirketin menfaatlerini gözetmek yükümlülüğü (m. 369.1), ortaklığı temsil ve şirket işlerini yürütmek konusunda yetkili kişilerden bilgi alma, soru sorma ve inceleme yapma, toplantı dışında başkanın izni ile ilgililerden bilgi alma ve görevi için gerekli ise yönetim kurulu başkanından şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteme (m. 392.1,3), yönetim kurulu toplantısında şirket yönetimiyle

<sup>5</sup> Tekinalp, ETK'ya göre TTK 375 düzenlemesinin genel kurulun yönetim kurulunun yetkilerine müdahalesini önlediğini ve anılan düzenlemenin bu amacı taşıdığını belirttikten sonra, kurumsal yönetim felsefesine uygun olarak yönetim kurulunun yönetim işlevini bir iç yönetmelikle [yönerge] devredebileceğini ifade etmektedir (TEKİNALP, Ü., Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s. 115 (Ortaklıklar ve Tek Kişi)).

<sup>6</sup> AKDAĞ GÜNEY, (Sorumluluk), s. 27.

<sup>7</sup> DAVIES, P.L., "Board Structure in The UK and Germany: Convergence or Continuing Divergence?", *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2(4), 2000, p., 436.

<sup>8</sup> BİLGİLİ, F., *İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu*, Ankara, 2004, s. 83.

<sup>9</sup> ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 255.

<sup>10</sup> Yönetim kurulun tek üyeden oluştuğu durumda görünüşte organ ile kişinin bütünleştiğinden söz edilebilmekle beraber "organ" sıfatı ve "organ görevlisi" sıfatının varlıkları ayrı ayrı kabul edilmelidir. Örneğin karar alırken tek üye soyut organı temsil eder, ancak sözgelimi alınan karar, tescile tabi bir işlem ise karar defterine yazıldıktan sonra tescil ettirilmesi işi organ görevlisi sıfatıyla yapılan bir görev olacaktır.

<sup>11</sup> ÇAMOĞLU, E., *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, İkinci Bası, Vedat, İstanbul, 2007, s. 35.

görevlendirilen kişi ve komitelerden bilgi isteme, soru sorma (m. 392.2), yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını yazılı olarak başkandan isteme (m. 392.7), yönetim kurulu toplantısında alınan karara muhalif olunduğu takdirde karar defterine bu hususu yazdırtma ve kişisel sorumluluğuna sebep olacak nitelikteki genel kurul kararlarının iptalini dava etmek (m. 446/d) gibi iş ve işlemlerde yönetim kurulu üyeleri kurul halinde değil, bireysel olarak görev yaparlar<sup>12</sup>. Bu ve benzer örnekler dışında yönetim kurulu kurul halinde görevlerini yerine getirir. Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir (m. 367.2). Kısaca anonim ortaklıkta önemli yetkileri haiz olan yönetim kurulunun görev, yetki ve sorumluluklarının gereği gibi yerine getirilmesi hususunda TTK münhasır düzenlemelere yer vermiştir. Bu bağlamda yönetim kurulu toplantılarının şekli ve yapısı da alınan kararların geçerliliği ve etkinliği bakımından incelemeye değer bulunmaktadır.

Yönetim kurulu kurul halinde görev yapmakla beraber yönetsel tüm işler için YK kararı gerekmez. Zira yönetim kavramı içine, bir yandan ortaklık işlerinin (özellikle olağan işler) yürütülmesi, diğer yandan da ortaklık amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli kararların alınması girer. Örneğin faaliyet alanına giren mal alım-satımı, defterlerin tutulması, bir kısım tescil işlemlerinin yapılması, işçi alınması ve çıkarılması gibi günlük zorunlu ve rutin işlerin icrası için ayrıca karar alınması gerekmez veya gerekmebilir<sup>13</sup>.

## II. Yönetim Kurulunun Karar Alma Yöntemleri ve Toplantı Şekli

Yönetim kurulunun bir konuyu müzakere etmesi ve karar alabilmesi için kural olarak toplanması gerekir. Ancak toplantının klasik usulde fiziki ortamda yeter sayıda üyenin bir araya gelmesi şeklinde yapılması mümkün olduğu gibi, toplantı yapılmayıp bir önerinin elden dolaştırılması yoluyla karar alınması veya elektronik ortamda sanal toplantı şeklinde yapılması da mümkündür. Buna göre anonim ortaklık yönetim kurulu için üç tür toplantı şekli kabul edilebilir.

### A. Fiziki Toplantının Şekli ve Karar Alınması Yöntemi

#### 1. Toplantıya Çağrı

Yönetim kurulunu toplantıya kural olarak başkan çağırır, başkanın bulunmadığı veya geçerli bir mazeretinin olması halinde toplantı çağrısı başkan vekili tarafından yapılır<sup>14</sup>. Diğer üyelerin yönetim kurulunu doğrudan doğruya toplan-

<sup>12</sup> ARSLANLI, H., Anonim Şirketler II-III: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, (Kendi yayını), İstanbul, 1960, s.1; İMREGÜN, O., Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 206; DOMANIÇ, H., Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, (Kendi yayını), İstanbul, 1988, s. 507 (Şirketler).

<sup>13</sup> YILDIZ, Ş., "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları", Makalelerim-1988-2007, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 239.

<sup>14</sup> TTK m. 366.1 gereğince "yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer".

tiya çağırma yetkisi olmamakla beraber, herhangi bir üye yazılı taleple ve gündemi de belirterek<sup>15</sup> başkan veya başkan vekilinden toplantı çağrısı yapmasını isteyebilir (m. 392.7). Talebe rağmen toplantıya çağrı yapılmaz ise ilgili üyenin mahkemeye başvurarak toplantının yapılmasını sağlayabileceği ileri sürülmektedir<sup>16</sup>. Başkan ya da başkan vekilinin birlikte veya birbirini takiben herhangi bir sebeple başkan ve başkan vekilliklerinden veya üyelikten ayrılması, kendileri açısından yönetim kurulu üyeliğini engelleyen bir durumun ortaya çıkması halinde diğer üyelerin başkan/başkanvekili seçimini yapmak ve gerekli ise boşalan üyeliklerin doldurulması gündemi ile yönetim kurulunu toplantıya çağırabilmesi mümkün olmalıdır<sup>17</sup>.

Başkan veya başkan vekilinin yapacağı toplantı çağrısı herhangi bir şekle tabi değildir. Aslanan üyelerin toplantı hakkında bilgi sahibi olmalarıdır. Ancak çağrı şeklinin ispat edilebilir bir araca dayanması, örneğin telefonla, faksla, noter aracılığıyla veya elektronik posta yoluyla yapılması gerekir<sup>18</sup>. Toplantıya yazılı şekilde davet yapılmaması alınan kararın geçersiz sayılması sonucunu doğurmaz<sup>19</sup>. Kanunda çağrının şekline ilişkin bir düzenleme olmamakla beraber ortalık esas sözleşmesinde ve esas sözleşmede bulunmak kaydıyla “iç yönerge”de<sup>20</sup> buna ilişkin bir düzenleme yapılabilir<sup>21</sup>. Çağrıda toplantı gündemi de çağrı yapan tarafından belirtilir. Yönetim kurulu toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi söz konusu olmadığı için gündemde belirtilen konular dışında da müzakere yapıp karar alınabilir. Çünkü yönetim kurulu üyelerinin her biri açısından toplantıya katılmak sadece hak değil aynı zamanda bir yükümlülüktür. Dolayısıyla gündem konularına göre toplantıya katılıp/katılmama kararı vermek söz konusu değildir<sup>22</sup>.

Yönetim kurulunun toplanma yer ve zamanı veya toplanma aralığına ilişkin olarak Kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Buna ilişkin esas sözleşmede de bir

<sup>15</sup> Burada başkan ya da başkan vekili dışında bir üyenin, yönetim kurulunu toplantıya doğrudan çağırabilmesi mümkün değildir. Üye/üyeler başkan ya da başkan vekilinden çağrı yapmasını isteyebilirler. TTK m 392.7 hükmü, ETK m. 331.2 hükmüyle aynıdır. Bu maddeye ilişkin yorumlarda başkan veya başkan vekili dışındaki üyenin toplantıya çağrı yapılmasını talep eden yazılı müracaatının gündemi de içermesi gerektiği ifade edilmektedir. (Bkz.: DOMANİÇ, Şirketler, s. 587); Çamoğlu, olağanüstü toplantı talep eden üyenin bu talebinin gerekçesini ve toplantı gündemini de bildirmesi gerektiğini, ancak başkan veya vekilinin, gerekçe belirtilmesi dahi gündem bildirilmiş ise toplantı talebini yerine getirmek zorunda olduğunu ifade etmektedir (ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s.308); Ayrıca bkz.: PULAŞLI, H., Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Adalet, Ankara, 2011, 976 (Şerh).

<sup>16</sup> BİLGİLİ, F., DEMİRKAPI, E., Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora, Bursa, 2013, s. 403 (Şirketler).

<sup>17</sup> DOMANİÇ, Şirketler, s. 587.

<sup>18</sup> BAHTIYAR, M., Ortaklıklar Hukuku, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 168 (Ortaklıklar).

<sup>19</sup> DOĞANAY, İ., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt- Madde 1-419, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 975 (Şerh).

<sup>20</sup> PULAŞLI, Şirketler, s. 425; İç Yönergeye ilişkin olarak ileride II/D numaralı başlıkta açıklama yapılacaktır.

<sup>21</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 147.

<sup>22</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 403.

düzenlemenin yapılmadığı varsayıldığında, mazereti sebebiyle izinli sayılan üye/üyeler ile başkan dışında kalan bütün üyelere toplantı yer ve gününü bildiren çağrının yukarıda ifade edilen araçlardan en az biri ile ulaştırılmaması halinde toplantı yapılması ve karar alınabilmesi mümkün değildir<sup>23</sup>. Çağrının sadece bazı üyelere yapılması durumunda da aynı sonuçla karşılaşılır. Aşağıda inceleyeceğimiz elden dolaştırma yoluyla karar alınması yöntemini düzenleyen TTK m. 390.4'te "Üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Anılan fıkranın ikinci cümlesinde aynı önerinin tüm üyelere yapılmış olmasının alınacak kararın geçerlilik şartı sayılması, toplantı çağrısının tüm üyelere yapılmaksızın karar alınmasına da kıyasen uygulanacağını ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu toplantı çağrısının bazı üyelere yapılmamış olduğu toplantıda alınan kararın geçerli olduğu ileri sürülemez.

## 2. Oylarda Eşitlik İlkesi

Eskiden beri kabul edildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin karar alma bakımından birbirlerine karşı üstünlükleri yoktur. Dolayısıyla her üyenin bir oyu vardır. Üyenin şirketteki pay miktarı, yönetim kurulundaki idari statüsü (başkan, başkan vekili gibi) oy hakkında farklılaşma yaratmaz<sup>24</sup>. Bu anlamda TTK m. 390.3 hükmü emredici niteliktedir.

TTK m. 392.5 gerekçesinde "Bu fıkra yönetim kurulu başkanının kurulda *primus enter pares*<sup>25</sup> konumunda olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Başkan kurul dışında inceleme ve bilgi edinme hakkını ancak diğer üyeler gibi kullanabilecektir" denilerek başkanın teknik anlamda diğerlerine eşit olduğunu ama organın sağlıklı çalışabilmesi bakımından özel bir önem veya otoriteye layık olduğu belirtilmektedir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> DOMANİÇ, Şirketler, s. 589.

<sup>24</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 148; ŞENER, O.H., Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 389(Ortaklıklar); BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 404; DOMANİÇ, Şirketler, s. 592; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 311; KARAHAN, S. (Editör), Şirketler Hukuku, Mimoza, Konya, 2012, s. 397.

<sup>25</sup> "Eşitler arasında birinci" kavramı İngiliz hukukunda "primus inter pares" şeklinde yer bulmakta ve yönetim kurulu başkanının diğer yönetim kurulu üyelerini yönetmesine değil, sadece yönlendirmesine izin verilmesini ifade üzere kullanılmaktadır (WERDER, A.v. and TALAULICAR, T., "Corporate Governance Developments in Germany" in *Handbook On International Corporate Governance- Country Analyses* (Ed.: MALLIN, C.A.), Edward Elgar, UK, 2006, p. 31.

<sup>26</sup> Bkz. TTK m. 392.5 gerekçesi.

### 3. Toplantıda Temsil Yasağı ve Aslen Katılma İlkesi

Yönetim kurulu üyeleri toplantıya bizzat katılıp oy kullanmalıdır, temsilen bir başka üyenin ya da dışarıdan birisinin vekaleten oy kullanması söz konusu değildir. Aslen katılma ilkesi gereğince yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar (m. 390.2). Bu yasağa rağmen birbirini temsilen veya vekâlet yolu ile bir karar üretilmiş ise bu karar geçersizdir<sup>27</sup>.

Toplantıda kural olarak açık oylama sistemi geçerli olmakla beraber, gerekçeye dayalı olarak gizli oylama yapılması kararlaştırılabilir. Ancak “Kararların geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır” emredici hükmünü getiren (TTK m. 390.5) düzenleme karşısında oylamanın gizli yapılmasının pratik bir sonuç doğurmayacağı söylenebilir.

### 4. Toplantı ve Karar Nisabı

TTK m. 390.1 düzenlemesine göre, “Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır. Bu kural yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması hâlinde de uygulanır”. Bu yeni düzenleme ile ETK 330.1 c.1 hükmünün ortaya çıkardığı sakınca ve tartışmalar giderilmiştir. Zira ETK 330.1 c.1 ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabını öngörmekteydi. Yeni düzenleme ile ortaklık esas sözleşmesinde/esas taahhütname-sinde daha ağırlaştırılmış bir nisap öngörülmemiş ise yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve toplantıda bulunanların çoğunluğu ile karar alır. Esas sözleşme/esas taahhütname ile kanuni toplantı ve karar nisabının düşürülmesi mümkün değildir ve bu bakımdan hüküm emredicidir<sup>28</sup>.

Oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır (m. 390.3).

Toplantıda çekimser oy kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin bir düzenlemeye 390. maddede yer verilmemiştir. ETK dönemindeki yorumlar doğrultusunda çekimser oy kullanmak mümkündür. Bu durumda çekimser oylar toplantı nisabına dahil edilir, karar nisabı açısından ise ret oyu olarak değerlendirilir<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 147.

<sup>28</sup> Tekinalp, 390.1 c.1 hükmünün emredici olmadığını ifade etmektedir (TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 148). Ancak bu nisabın altına düşülemeyeceği hususunda hükmün emredici olduğunda kuşku yoktur.

<sup>29</sup> ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 311; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 404.

## **B. Toplantı Yapmaksızın Yazılı Önerinin Kabul Edilmesi Şeklinde Karar Alınması**

### **1. Öneri-Onay ve İmzaların Fiziki Ortamda Kayıt Altına Alınması**

TTK m. 394.4 hükmü, toplantı yapılmaksızın yönetim kurulu kararı üretilmesine imkan sağlamaktadır. Buna göre, “üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır. Onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi kararın geçerliliği için gereklidir”.

Bu yöntem, yeterli müzakereye imkân vermediğinden ve yönetim kurulu üyelerinin konunun uzmanlarına veya diğer kurul ve komitelerin görüşlerine başvurabilmelerine müsait olmadığından istisnai bir karar alma yoludur. Dolayısıyla acele karar alınmasının gerekli olduğu zamanlarda uygulanmalıdır<sup>30</sup>.

TTK m. 394.4 hükmü, ETK m. 330'un ikinci fıkrası hükmüne açıklık kazandıran iki değişiklikle, korunmuştur. Bunlardan birincisinde bir önerinin elden dolaştırılarak karar alınmasında karar nisabı belirlenmiş, böylece uygulamadaki karışıklığa ve tartışmalara son verilmiş, ikincisinde ise imzaların aynı kâğıtta olmasına gerek bulunmadığı ifade olunmuştur<sup>31</sup>. Bu iki husus birkaç bakımdan dikkat çekicidir:

Birincisi, bu yolla bir karar alınabilmesi için üyelerden hiç birisinin toplantı talebinde bulunmamış olması gerekir. Herhangi bir üye toplanılması isteminde bulunduğu takdirde karar şeklinde yazılmış öneriyi üyelere göndermenin bir anlamı yoktur. Ayrıca yazılı önerinin, tüm yönetim kurulu üyelerine ulaştırılmış olması gerekir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır. Bu hüküm, “elden dolaştırma” yönteminde toplantı yetersayısının oybirliği olduğunu göstermektedir<sup>32</sup>.

İkincisi, bu yolla karar alınabilmesi için yapılan yazılı öneriye, üye tam sayısının en az çoğunluğunun yazılı şekilde katılması gereğidir. Yöntemin, görüşme ve tartışmaya imkân vermemesi zayıf yönü olarak ifade edilmekle beraber, karar nisabını daha yukarı çekmek suretiyle bu sakınca giderilmektedir. Çünkü yukarıda incelenen fiziki toplantıya ilişkin toplantı ve karar nisabı dikkate alındığında, söz

<sup>30</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler, s. 405.

<sup>31</sup> Bkz.:6102 Sayılı TTK 390 ıncı maddesi dördüncü fıkraya gerekçesi.

<sup>32</sup> ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 311; İMREGÜN, s. 212; DOMANIÇ, Şirketler, s. 589.

gelimi yedi üyeden oluşan bir yönetim kurulu, dört üye ile toplanıp üç üyenin aynı yöndeki oyu ile karar alabilir. Üyelerden birisinin önerisini yazılı olarak kabul etme yönteminde (elden dolaştırma) ise aynı yönetim kurulundan en az dört üyenin yazılı kabul vermesi gerekir. Daha fazla üyeli yönetim kurullarında, bu iki yöntem bakımından ikincisinin birinci ile aynı sonucu elde edebilmesi için daha fazla sayıda üyenin yazılı kabulüne ihtiyaç duyulacaktır. Dolayısıyla anılan yöntemi düzenleyen m. 390.4 hükmü, aynı maddenin birinci fıkrasında belirlenen toplantı ve karar nisabını dolaylı olarak ağırlaştırmaktadır. Ancak bunun bir sakıncası olduğu söylenemez.

Üçüncüsü, bu yöntemde imzaların aynı kâğıtta olması zorunlu değildir. Ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün karar defterine yapıştırılması kararın geçerlilik şartıdır. Farklı kâğıtlardaki imzalarla onay mümkün olmakla beraber, bu imzalı kâğıtların üyelere gönderilen yazılı öneri metnini aynen içermesi gereklidir. Onay metnlerinin farklılık arz etmesi veya tartışmaya yol açacak türde başka anlamlar içermesi kararın alınmamış olması sonucunu doğurur.

## 2. Öneri-Onay ve İmzaların Elektronik Ortamda Kayıt Altına Alınması

Elden dolaştırma yöntemi ile karar alınmasında üyenin yazılı önerisinin ve diğer üyelerinin yazılı onaylarının fiziki bir kâğıtta tecessüm etme zorunluluğu da yoktur. Öneri ve onayların yazılı olmasında kuşku olmamakla birlikte, buradaki yazılılık kayıtlı elektronik posta ortamı ve güvenli elektronik imzayı da kapsar niteliktedir.

Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 14.2; “Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer” şeklindeki hükmünü burada uygulama imkanı vardır<sup>33</sup>. **Düzenleme ilk olarak 5070 sayılı Kanununun 22.** maddesi ile kabul edilmiş ve TBK da aynı esası benimsemiştir<sup>34</sup>. Yönetim kurulu kararları, yazılı şeklin özel olarak sıkı kurallara tabi tutul-

<sup>33</sup> TBK 14. madde gereğesinde, “818 sayılı Borçlar Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, kanunda aksine bir hüküm yoksa imzalı bir mektup ile aslı borç altına girenlerce imzalanmış bir telgrafnamenin, yazılı şekil yerine geçmesi kabul edildiği hâlde, Tasarımın 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, iletişim teknolojilerinde ortaya çıkan yeni gelişmeler göz önünde tutularak, bunlara teyit edilmiş olmaları kaydıyla, faks veya buna benzer iletişim araçları ile güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinler de eklenmiş ve hükmün kapsamı genişletilmiştir. Ancak, söz konusu iletişim araçlarıyla gönderilen metinlerin yazılı şekil yerine geçmesi için, bunları alanlar tarafından teyit edilmiş olması şarttır. Güvenli elektronik imzayla gönderilen metinlerin ise, yazılı şekil yerine geçmesi için, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa uygun olarak gönderilmesi ve alanlar tarafından bilgisayar ortamında kaydedilerek saklanabilmesi gerekir” şeklindeki açıklaması da güvenli elektronik imza ile gönderilen öneri metni ve diğer üyelerin aynı şekilde gönderdikleri onay metninin karar alınması için yeterli ve geçerli olduğunu göstermektedir.

<sup>34</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, İstanbul, 2011, s. 47.

duğu hallerden<sup>35</sup> (**örneğin poliçe, bono, çek gibi kambiyo senedi düzenlenmesi**) **sayılmayacağı için bunların** elektronik imza ile ve kayıtlı elektronik posta sistemi ile oluşturulmaları mümkündür. Bunların karar defterine yansıtılmaları ise teknik bir sorundur<sup>36</sup>.

Yine TTK m. 18.3, “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır” şeklindeki düzenleme ile elden dolaştırma yönteminin yazılılık şartını güvenli elektronik imzaya bağlanmış kayıtlı elektronik posta (KEP) aracılığıyla yapmaya izin vermiştir.

Güvenli elektronik imza ve KEP aracılığı ile karar alınması yöntemi bir online toplantı türü veya elektronik toplantı sistemi türü değildir. TTK 390.4 maddesinde ifade edilen üyelerden birinin yazılı önerisinin elden dolaştırılması ve diğer üyelerin yazılı-imzalı onay vermesi suretiyle karar alınması yönteminin bir türüdür.

### **C. Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu Toplantısı ve Elektronik Toplantı Sistemi**

#### **1. Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu Toplantısının Ortaya Çıkışı**

TTK, şirketler hukukunda elektronik ortamın kullanımına ilişkin özel hükümler öngörmektedir. Anılan Kanun ile konu ilk kez Türk pozitif hukukunun düzenleme alanına girmiştir<sup>37</sup>. Kanunun genel gerekçesinde internetin ticari hayatta ve özellikle şirketler hukukunda şeffaflığın sağlanmasının bir aracı olarak kullanılmasından söz edilmektedir<sup>38</sup>. Bu durum günümüz teknolojisinin bir gereği olmanın yanında AB ile “müzakere eden ülke” hukuki statüsüne sahip olmanın da bir sonucudur. Zira AB ile adaylık ve müzakere sürecinde bulunan Türkiye’nin yasal mevzuatını AB’nin yönerge ve tüzüklerini dikkate alarak değiştirmesi kaçınılmaz bir gerekliliktir<sup>39</sup>. AB Komisyonu şirketler hukukuyla ilgili tavsiyeler almak amacıyla 2001 yılında “Şirketler Hukuku Alanında Yüksek Düzeyli Uzmanlar Kurulunun Avrupa’da Şirketler Hukukunun Modern Bir Yapıya Kavuşturulması Amacıyla Hazırladığı Rapor” adlı bir çalışma yaptırmış ve Uzmanlar Kurulunun tavsiyeleri doğrultusunda Komisyon kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere bir Hareket Planı

<sup>35</sup> OĞUZMAN, M.K., ÖZ, M.T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat, İstanbul, 2011, s. 154 ve 153’te 188 numaralı dipnot.

<sup>36</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 149.

<sup>37</sup> ARI, Z., “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükmü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 3-4, Aralık-2009, s. 178.

<sup>38</sup> Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Genel Gerekeç, Par. 89.

<sup>39</sup> KAYA, M.İ., “Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:V, Sayı: 1, 2008, s. 69.



hazırlamıştır<sup>40</sup>. Elektronik ortamın şirketler hukukunda kullanımına ilişkin yeni TTK düzenlemesi aslında AB'deki bu çalışmalara paralel bir gelişmedir.

Birçok ülkede şirketler hukuku yazılı onay ile yönetim kurulunda oy verilmesini kabul etmekte, böylece yönetim kurulu yazılılık yanında tartışma ve oylama gibi etkinlikleri içeren bir online forum kullanımı devreye sokabilmektedir. Ancak bu durum ortaklık ana sözleşmesi ve kanunun kontrolü altında, yazılı onayla sağlanmaktadır<sup>41</sup>.

ABD'de birçok eyalette kanun gereği sanal bir online varlığı yanında eşzamanlı bir telefon konferans sistemi ve diğer teknoloji bileşenleri bir arada bulunmaktadır. Yazılılıkla birlikte ses bileşenlerini de içeren bilgisayar aracılığıyla web konferans teknolojisi kullanılarak eş anlı, hukuken geçerli yönetim kurulu toplantısı iki binli yılların başında gereksinimleri karşılamaktaydı. Ancak salt online toplantıya izin verilmiyordu. Sadece California ve Illinois gibi bir iki eyalet, şirket yönetim kurulu tüm üyelerinin birbirlerini “duymak” yolu ile “iletişim” sağlayıp toplantıyı tamamlamalarına kanunlarında izin vermişti. Bu eyalet kanunlarına göre “iletişim” bir ses bileşeni dâhil olsun veya olmasın, şirket, yönetim kurulu toplantısını tamamen çevrimiçi toplantı şeklinde yapabilir<sup>42</sup>.

Bu düzenlemenin altında yatan çağdaş gerekçelerden biri internet ve sanal ortamların elverişli hale gelmesidir<sup>43</sup>. Bir diğeri ise kurumsal yönetim anlayışıdır. Kurumsal yönetim, özellikle HAAO'da görülen mülkiyet–kontrol ayrımının ortaya çıkardığı sorunları en aza indirmeyi amaçlayan, şirketin yönetim ve denetim esaslarını temel kurallara bağlayan, şirketi kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün ve çok önemli bir ekonomik birim olarak ele alan özel bir yönetim sistemini ifade eder. Bu sistem, pay sahiplerinden, yöneticilere, memurlardan işçilere kadar her grubun, şirketin yönetim sürecinde hukuken önemli ve etkili roller üstlenmesi prensibine dayanır<sup>44</sup>.

Her ülke, kurumsal yönetim ilkelerini şirketler hukuku düzenlemeleri, para ve sermaye piyasalarının yapısı gibi unsurlara bağlı olarak farklı şekilde hazırlamaktadır ve şirketler bu ilkelere uymak zorunda değildir. Buna karşılık kurumsal yönetimin, adillik, hesap verilebilirlik, sorumluluk ve kamuyu aydınlatma (şeffaflık) olmak üzere evrensel kabul gören ve geçerliliği olan dört ana ilkesi bulunmaktadır<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> ARI, s. 179.

<sup>41</sup> HILLIARD, T., “The Law of Virtual Board Meetings”, p. 2 (<http://www.corbinball.com/articles/art-virtualboards.htm>- Erişim Tar. 20.12.2012).

<sup>42</sup> HILLIARD, s.2.

<sup>43</sup> LATHAM, M., “The Internet Will Drive Corporate Monitoring”, *Corporate Governance International*, June 2000, p.3.

<sup>44</sup> ÖZER, I., Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2006, s. 24.

<sup>45</sup> LACY, J. d. (Ed.), *The Reform of United Kingdom Company Law*, Cavendish Publishing Lim., London, 2002, p. 181.

Her ülke, kendi özel kurumsal yönetim ilkelerini bu dört taşıyıcı sütun üzerine oturtur. Kurumsal yönetim ilkelerine şirket yapısı ve politikası açısından uygun davranmanın ve bunları hayata geçirmenin yegâne yolu etkili ve dinamik yönetim kurullarından geçer. Bu bağlamda kurumsal yönetim ilkelerinin en çok etkilediği organın yönetim kurulu olduğu bilinmektedir<sup>46</sup>. Günümüz koşullarında yönetim kurulunun etkin ve dinamik çalışması ise fiziken bir araya gelme zorunluluğu ile çelişmekte, bu nedenle kurul üyeleri fiziken farklı mekânda olsalar bile şirket hedeflerine uygun kararlar almak konusunda teknolojik imkânlarla gereksinim duymaktadırlar. Elektronik ortamda yönetim kurulu toplantısı seçeneği bu amaca hizmet etmektedir.

## 2. Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu Toplantısının Yasal Koşulları

Anonim ortaklıkta yönetim kurulunun kurul olarak çalışması geleneksel olarak, çağrı ile gündemin gerektirdiği nisaplara uyarak toplanmak, konuları ve önerileri müzakere ederek karar almak, kararları yazılı hale getirmek, imzalamak ve karar defterine geçirmek demektir<sup>47</sup>. Bilindiği üzere “aslen katılma ilkesi” gereğince yönetim kurulu toplantısına temsilen veya vekâleten katılmak söz konusu olamaz. TTK m. 390.2 uyarınca vekâlet veya temsil yetkisi bir diğer yönetim kurulu üyesine de verilemez, üyelerin birbirlerini temsilen oy vermeleri yasaktır ve bu şekilde kullanılan oylar geçersizdir<sup>48</sup>. Esası bu olan yönetim kurulu toplantıları maddi ortamda yapılabileceği gibi elektronik ortamda da yapılabilir. Ayrıca maddi ortamda yapılan toplantılara bir kısım yönetim kurulu üyelerinin elektronik ortam aracılığı ile katılması mümkündür. TTK m. 1527 elektronik ortamda toplantıya izin vermektedir. Aşağıda öncelikle m. 1527 düzenlemesine ilgili olanlar bakımından aynen yer verildikten sonra elektronik ortamda yönetim kurulu toplantısının koşulları tartışılacaktır.

TTK m. 1527.1: “Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir. Bu hâllerde Kanunda veya şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen uygulanır”.

1527.3: “Birinci ve ikinci fıkrada öngörülen hâllerde, elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şarttır”.

<sup>46</sup> Bkz: TTK Genel Gerekeçe, Paragraf no: 72.

<sup>47</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 146.

<sup>48</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 147.

1527.4: “Birinci ve ikinci fıkrada anılan şirketlerde esas sözleşme veya şirket sözleşmesi gereği şirket yönetimi, bu yolla oy kullanmanın bütün şartlarını gerçekleştirir ve ortağa gerekli bütün araçları sağlar”.

1527.6: “Birinci ilâ dördüncü fıkra hükümleri çerçevesinde oyun gerçek sahibi tarafından kullanılmasına ve uygulamaya ilişkin kurallar ile pay sahibinin temsilcisine internet sitesi aracılığıyla talimat vermesi esas ve usulleri Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir tebliğle düzenlenir”.

1528.1: “Elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri elektronik posta adreslerini şirkete bildirirler”.

TTK m. 1527.1, sermaye şirketlerinde müdürler kurulu ve yönetim kurulu üyelerinin, öngörülen belirli durumlarda, kurul toplantılarına görüntü ve ses aktarılması yoluyla katılabilmelerinin ve oy vermelerinin esas sözleşme veya şirket sözleşmesiyle düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır<sup>49</sup>. Birinci fıkra hem elektronik ortamda yönetim kurulu toplantısı yapılabilmesi için hem de elektronik ortamda katılma için esas sözleşmede hüküm bulunması gereğine işaret etmektedir. Bu koşul gerçekleşmiş ise bir yönetim kurulu üyesinin elektronik ortamda toplantıya katılması başkanın iznine bağlı değildir; üyenin elektronik ortamda katılacağını bildirmesi yeterlidir. Çünkü YK üyesinin elektronik ortamda katılma hakkı artık yasal dayanağı olan esas sözleşme hükmünden doğmaktadır<sup>50</sup>.

Maddenin 3. fıkrasında, 1. ve 2. fıkrada öngörülen hallerde, elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir web sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliğinin bir teknik raporla kanıtlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şartı getirilmiştir.

Maddenin 4. fıkrasında, 1. ve 2. fıkrada anılan şirketlerde esas sözleşme veya şirket sözleşmesi gereği şirket yönetiminin, bu yolla oy kullanmanın bütün şartlarını gerçekleştireceği ve ortağa gerekli bütün araçları sağlayacağı hükme bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemeler, esas itibarıyla inceleme konumuzun temelini oluşturmaktadır. Ancak sermaye şirketlerinden özellikle anonim ortaklık yönetim kurulu toplantılarına ilişkin hükmün bu çalışma bağlamında geniş bir şekilde incelenme gereği vardır. Zira sermaye şirketlerinden limited şirketlerde müdürler kurulu genellikle şirketin ya tüm sermaye payını ya da önemli bir çoğunluğunu elinde bulunduran kişilerden oluşmakta ve yakın gelecekte elektronik ortamda toplantı yapmayı gerektirecek bir organizasyon yapısı bu tür şirketlerde söz konusu olmayabilecektir. Oysa anonim şirketlerin çok uluslu yapıya müsait olmaları veya birden çok ülkede faaliyet gösterme olasılıkları diğerlerine göre daha yüksektir.

<sup>49</sup> ÇETİN, N., Ortaklık Haklarının Elektronik Ortamda Kullanılması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 212.

<sup>50</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 147.

Anonim şirket yönetim kurulu toplantılarına elektronik yöntemlerle katılabilmenin ön koşulu, bu olanağa ana sözleşmede yer verilmesidir. İkinci olarak, elektronik ortam araçlarının elverişliliğinin kanıtlanması ve oy kullananların kimliklerinin saklanması gerekmektedir. Tüm bu hususların uygulanmasına ilişkin esaslar Sanayi ve Ticaret bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenecektir. Maddeye ilişkin gerekçede, yönetim kurulu toplantılarında online olarak alınan kararların geçerli olduğu, bu kararların güvenli elektronik imza ile imzalanması mümkün olduğu gibi, sonradan fiziki imza ile de kayıt altına alınabileceği ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

Gerekçede, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu toplantılarının online olarak yapılabilmesinin, özellikle yabancı sermayeli şirketlerde önemli bir sorunu çözümleneceği ifade edilmektedir. Zira üyelerinin bir kısmı hatta tamamı yurt dışında yerleşik yabancılardan oluşan yönetim kurullarının toplantılarının fiziki olarak yapılması önemli güçlükler arz etmekte, kararların 6762 sayılı Kanunun 330. maddesinin 2. fıkrasına göre alınması ise, çoğu kez arzu edilen düzeyde müzakereye olanak sağlamamaktadır.

Anılan madde ile getirilen düzenleme çerçevesinde, anonim ortaklık yönetim kurulu toplantısının yapılması bakımından, görüntü ve ses nakli şeklinde toplantı formatı gerekmekte olup, anılan hüküm çerçevesinde, yönetim kurulu toplantısının, görüntü ve ses naklini içermeyen şekilde, sohbet odası formatında ve yazılı bir şekilde yapılması mümkün değildir<sup>52</sup>.

Elektronik ortamda yapılan yönetim kurulu toplantısında kararların nasıl alınacağı konusuna gelince; teknik anlamda kararın alındığı ve alınan karar istikametinde oy verildiğinin tevsik edilmesi gerekir. Burada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 14 ve 15. maddeleri ile TTK madde 18.3'e işaret etmek gerekir. Buna göre yönetim kurulu kararları geleneksel yöntemle önerilerin yazılı-imzalı onaylanması yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, gerek elektronik ortamda yapılan yönetim kurulu gerekse maddi ortamda yapılan yönetim kurulu toplantısına elektronik ortamda katılarak güvenli elektronik imza ile imzalanması suretiyle veya elektronik posta gönderilmesiyle de gerçekleştirilebilir<sup>53</sup>. Ancak öneriye katıldığını veya katılmadığını ifade eden üyenin elektronik postası güvenli elektronik imzalı olarak gönderilmelidir.

TTK m. 1527, elektronik ortamda yönetim kurulu imkânının yaratılmasını, AO için yasal bir zorunluluk olarak değil; ortaklığın isteğine bırakılmış bir uygulama

<sup>51</sup> Bkz. TTK madde gerekçesi, KENDİGELEN, A., Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 1433.

<sup>52</sup> ÇETİN, a.g.e., s. 214.

<sup>53</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 147.

ma olarak hüküm altına almıştır. Bir YK toplantısının elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesi, oy kullanımı, görüntü ve ses naklinin yapılabilmesi için şirket, hem toplantının yapıldığı yerde hem de yönetim kurulu üyesinin de fiilen bulunduğu yerde bilgisayar temin etmek, internet bağlantısını kurmak, bilgisayarda web kamerası, ses kartı, mikrofon ve en önemlisi toplantı tarzı bir müzakere ve tartışmanın gerektirdiği sağlam bir yazılımı çalışır durumda tutmak gibi gerekli teknik hazırlıkları yapmak zorundadır. Yönetim kurulu üyeleri buldukları yerde teknik donanımına sahip değilse elektronik ortamda toplantı yapma imkânına erişemeyecek ve ancak geleneksel usulde yapılan YK toplantısına katılabilecektir. AO'nun sırf elektronik toplantı uğruna yönetim kurulu üyelerini teknik külfetlere katlanmak zorunda bırakmak gibi uygulaması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.

Ancak dinamik yapıya sahip bir AO'nun internet teknolojilerinde yaşanan hızlı ve sürekli gelişimin sağladığı olanaklardan yararlanması olağandır. TTK m. 1527 bu amaca yönelik olarak düzenlenmiş ve bunu pratikte uygulanabilir ve denetlenebilir hale getirmek üzere Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir tebliğ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Tebliğ temelde elektronik toplantı sistemini düzenlemektedir.

#### **D. Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve İç Yönerge**

TTK'nın "Yönetimin devri" başlıklı madde 367.1 hükmüne göre, yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, bir iç yönerge düzenleyebilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Anılan madde hükmünde bu iç yönergenin içeriğinin ve şeklinin nasıl oluşturulacağına ilişkin bazı ipuçları olmakla beraber kesin bir belirleme yoktur<sup>54</sup>. İç yönergeyi düzenleme görevi ve yetkisi maddede açıkça yönetim kuruluna verilmiştir<sup>55</sup>. Dolayısıyla uygulamadaki gelişmelere göre iç yönergenin şeklinin ortaya çıkacağı söylenebilir<sup>56</sup>.

Pulaşlı'ya göre iç yönergede yönetim kurulu toplantılarının hangi tür ve şekilde yapılacağına ilişkin düzenlemelere de yer verilebilir. İç yönergede "yönetim kurulu toplantıları" başlığı altında, yönetim kurulunun toplantıya davet usulü, gündemin oluşturulması hususları, toplantıda görüşülecek konular hakkındaki bel-

<sup>54</sup> TEKİNALP, Ortaklıklar ve Tek Kişi, s. 134; Anılan eserde Tekinalp, iç yönerge'den "iç yönetmelik" olarak söz etmektedir. Ancak bu ifade Tasarı'nın ilk şekline aittir. TBMM Genel Kurulunda 13.01.2011 tarihli görüşmede verilen önerenin kabulü ile 367 nci maddesinde yer alan "iç yönetmelige" ve "yönetmelik" ibarelerinin sırasıyla "iç yönergeye" ve "iç yönerge" şeklinde değiştirilmiş, madde bu şekilde yasalaşmıştır [YALVAÇ, G., KAYA, M.İ., Gereççeli-Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, Adalet, Ankara, 2011, s. 583; KENDİGELEN, A., Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bastı, XII Levha, İstanbul, 2012, s. 539 (İlk Tespitler)].

<sup>55</sup> KENDİGELEN, İlk Tespitler s. 258.

<sup>56</sup> PULAŞLI, Şirketler, s. 425.

gelerin üyelere ne zaman verileceği, başkanın bilgi vermek amacıyla şirket yöneticilerini toplantıya davet edebileceği ve yönetim kurulu toplantı nisabı (esas sözleşme de öngörülmüş olmak koşuluyla) gibi konular belirlenebilir<sup>57</sup>.

Bu kapsamda iç yönergede, yönetim kurulu toplantılarına fiziki ortam, elektronik ortam veya fiziki ortam ile birlikte bazı üyelerin elektronik ortam araçlarıyla katılımı yollarından hangisi veya hangilerinin uygulanacağı belirlenebilir. Bununla birlikte kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırı olmamak koşulu ile toplantıya çağırının şekli, toplantı zamanları, toplantının şekli, fiziki toplantı, fiziki toplantıya diğer şekillerde katılım veya elden dolaştırma yöntemi ve bunların koşulları da iç yönergede belirlenebilir.

### III. Elektronik Toplantı Sistemi

#### A. Elektronik Toplantı Sistemi Kavramı

Genel anlamıyla *elektronik toplantı sistemi* birbirlerinde uzakta olan kişilerin, telekomünikasyon ağı ve video teknolojisi yoluyla iletişim kurmalarını sağlayan iletişim biçimidir<sup>58</sup>. Esasında elektronik toplantı sistemi özel yazılım ve süreçlerden oluşan bir toplantı destek sistemidir<sup>59</sup>. Bu nedenle toplantının kendisi değil, bir toplantı aracıdır. Birçok türü olmakla beraber konumuz bağlamında en elverişli olanlardan biri video konferans yöntemidir.

Yüz yüze yapılan iletişime alternatif olmak üzere gündeme gelen video konferans sistemi elektronik toplantı sistemlerinden biridir. Bu iletişim türünün temel niteliği, diğer iletişimlerin aksine bekleme özelliği olmayan eş zamanlı bir sistem olmasıdır. Bu yüzden verilerin iki ya da daha fazla nokta arasında iletilmesi ve iletişim kanallarında herhangi bir aksaklığın olmaması gerekir<sup>60</sup>.

Tebliğdeki tanıma göre elektronik toplantı sistemi; “sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına... elektronik ortamda katılmayı, öneride bulunmayı, görüş açıklamayı ve oy vermeyi teminen ...şirketlerin kurucuları veya bu konuda hizmet alımı yapabilecekleri bilişim sistemi” ni ifade eder (Tebliğ m.4.1.ç).

<sup>57</sup> PULAŞLI, Şirketler, s. 425.

<sup>58</sup> TUTAR, H., Yönetim Bilgi Sistemi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 258.

<sup>59</sup> HODGES, S. L., Electronic Meeting Systems – What They Are And How They Could Benefit Australian Government Organisations, MMIB8004 Special Research Topic 2, Submitted in partial fulfillment of Master of Management degree, December, 2010, p. 17.

<sup>60</sup> TUTAR, s. 258.

## **B. Tebliğ Göre Elektronik Toplantı Sisteminin Bileşenleri ve Süreçler**

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın (Bakanlık) 6102 sayılı TTK m.1527.6'ya dayanarak hazırladığı "Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Ticaret Şirketlerinde Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ",<sup>61</sup> sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına, kolektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ortaklar kurulu veya genel kurul toplantılarına, elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama, oy kullanma ve Elektronik Toplantı Sisteminin işleyişine ve denetimine ilişkin usul ve esaslar ile şirket sözleşmesi hükmünün örneğine ilişkin içeriği düzenlemiştir. Anılan Tebliğ ile getirilen esaslar aşağıdaki başlıklar altında incelenmektedir.

### **1. Şirket Türü ve Kurul Türüne Göre Elektronik Toplantı Sisteminin Kullanılabilirliği**

Tebliğ'in "kapsam" başlıklı ikinci maddesine göre, Tebliğ; sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına, kolektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ortaklar kurulu veya genel kurul toplantılarına, elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama, oy kullanma ve Elektronik Toplantı Sisteminin işleyişine, denetimine ilişkin usul ve esaslar ile şirket sözleşmesi hükmünün örneğini içermektedir (Tebliğ m.2).

Sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarına isteyen hak sahipleri Elektronik Toplantı Sistemi aracılığıyla elektronik ortamda katılabilirler. Üyelerden herhangi birinin toplantıya fiziken katılacağını beyan etmemesi halinde toplantı tamamen elektronik ortamda da yapılabilir (Tebliğ m.5).

Kendigelen, m. 1527.3 gereği toplantıların elektronik ortamda yapılabilmesi için şirketin bu amaca özgülünmüş bir internet sitesine sahip olması zorunluluğunun aranmasının bir anlam ve amacının olmadığını, zira özellikle yönetim veya müdürler kurulu toplantılarının mutlaka internet ortamında yapılmasının şart olmadığını, internet kullanmaksızın görüntülü telefon üzerinden veya tele konferansla bazı üyelerin toplantıya katılmasının sağlanabileceğini ifade etmektedir<sup>62</sup>. Ancak kanımızca TTK m.1527.6'ya dayanılarak çıkarılan Tebliğ'in m.5 ve diğer hükümleri karşısında şirketin bu amaca özgülünmüş bir internet sitesine sahip olması bir zorunluluktur.

## **2. Sistemi Kullanacak Şirketlerin Yükümlülükleri**

### **a. Şirket Esas Sözleşmesinin Kanuna Uyumlu Hale Getirilmesi**

Elektronik toplantı sistemini kullanacak olan anonim şirketler, birinci aşama-

<sup>61</sup> RG.; Tarih: 29.08.2012, Sayı : 28396. Anılan Tebliğ'in 17. Maddesi doğrultusunda Tebliğ, 1/10/2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>62</sup> KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 601.

da esas sözleşmelerini TTK m.1527 ile uyumlu hale getirmek zorundadırlar. TTK m.1527 uyarınca yönetim kurulu toplantısına elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sistemini uygulayacak sermaye şirketlerinin şirket sözleşmesinde aşağıda belirtilen hükmün yer alması zorunludur:

*Şirket sözleşmesi hükmü:*

*“Şirketin yönetim kurulu/müdürler kurulu toplantısına katılma hakkına sahip olanlar bu toplantılara, Türk Ticaret Kanununun 1527 nci maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ hükümleri uyarınca hak sahiplerinin bu toplantılara elektronik ortamda katılmalarına ve oy vermelerine imkan tanıyacak Elektronik Toplantı Sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak toplantılarda şirket sözleşmesinin bu hükmü uyarınca kurulmuş olan sistem üzerinden veya destek hizmeti alınacak sistem üzerinden hak sahiplerinin ilgili mevzuatta belirtilen haklarını Tebliğ hükümlerinde belirtilen çerçevede kullanabilmesi sağlanır.”*

Esas sözleşme değişikliği usulüne uygun şekilde yapıldıktan sonra tescil ve ilan edilmesi gerekir.

## **b. Toplantıların Elektronik Katılıma Uygun Mekânlarda Yapılması ve Toplantının İdaresi**

Öncelikle elektronik toplantı sisteminin kullanım koşullarının şirketin web sitesinde yayınlanması katılımcılar açısından gereklidir. Zira Tebliğe göre toplantıya elektronik ortamda katılmak isteyenlerin şirkete bildirimde bulunması zorunludur. Tebliğ kapsamındaki toplantılara elektronik ortamda katılmaya olanak tanıyan şirketlerdeki toplantı çağrıları ilgili düzenlemeler uyarınca yapılır. Çağrıyla birlikte elektronik ortamda toplantıya katılma ve oy kullanmaya ilişkin bilgi ve belgeler şirketin internet sitesinde erişime hazır bulundurulur. Toplantıya katılma hakkı bulunanlar, şirketin internet sitesinde hazır bulundurulacak elektronik ortamda toplantıya katılma talepnameini, toplantı tarihinden bir gün öncesine kadar güvenli elektronik imza ile imzalayarak şirketin KEP<sup>63</sup> hesabına iletirler. Şirket, iletilen bu talepleri aldıktan sonra talepte bulunan kişinin toplantı anında Elektronik Toplantı Sistemine erişmesi için gerekli tanımlamaları yapar ve hak sahibinin KEP hesabına bu durumu bildirir. Şirketler, yönetim kurulu veya müdürler kurulu toplantılarına ilişkin olarak usuli işlemlerden farklı esaslar da belirleyebilirler. Bunun için şirket yönetim kurulunun bu yönde karar alması zorunludur.

Elektronik Toplantı Sistemi, toplantıya elektronik ortamda katılmayı beyan

<sup>63</sup> Kayıtlı Elektronik Posta, 25/08/2011 tarih ve 28036 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinin (i) bendinde; “Elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukuki delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şekli” olarak tanımlanmıştır.



eden hak sahiplerinin girebilmesi için toplantı çağrısında belirtilen gün ve saatten bir saat önce erişime açılır. Elektronik Toplantı Sisteminin açılmasıyla birlikte toplantıya elektronik ortamda katılmayı beyan eden hak sahipleri güvenli elektronik imzalarıyla sisteme giriş yaparlar (Tebliğ m. 10.1).

Hak sahibi, elektronik ortamda katıldığı toplantıda ilgili gündeme ilişkin görüşlerini Elektronik Toplantı Sistemi üzerinden yazılı veya sesli olarak iletir (Tebliğ m. 10.2).

Toplantıya elektronik ortamda katılan kişiler, toplantı başkanının ilgili gündem maddesine ilişkin oylamaya geçildiğini bildirmesinden sonra ilgili gündem maddesini Elektronik Toplantı Sistemi üzerinden oylarlar. Oylama sonucu ve varsa muhalefet beyanları Başkan tarafından toplantı tutanağına ve/veya ilgili karara eklenir (Tebliğ m. 10.3).

TTK m.390 uyarınca yönetim kurulu üyelerinden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı karar şeklinde yazılmış önerisine üyelerce Elektronik Toplantı Sisteminden de güvenli elektronik imzayla onay verilebilir. Bunun için söz konusu önerinin Elektronik Toplantı Sisteminde erişime açılması şarttır (Tebliğ m. 10.4).

### **c. Elektronik Toplantı Sisteminin Tescil ve İlanı İle Diğer Tedbirlerin Alınması**

Tebliğe göre şirket;

Elektronik Toplantı Sisteminin Tebliğ ve TTK hükümlerine uygunluğunu tespit ettirip tescil ve ilan ettirmek (Tebliğ m. 11.1.a),

Tebliğ ve TTK hükümlerine uygun olarak Elektronik Toplantı Sistemine ilişkin kullanım koşullarını internet sitesinde yayımlamak (Tebliğ m. 11.1.b),

Elektronik Toplantı Sisteminde yaşanabilecek sorunlara ilişkin olarak uygun önlemler almak (Tebliğ m. 11.1.c),

Elektronik Toplantı Sistemini kendi kurduğu veya hizmet alımı yaptığı her iki durumda da tescili gerekli olan kararları MERSİS'e aktarmak<sup>64</sup> (Tebliğ m. 11.1.ç),

Elektronik Toplantı Sisteminde yapılan tüm işlemlere ilişkin kayıtları, toplantıya elektronik ortamda katılan hak sahiplerinin ve temsilcilerinin kimlik bilgilerini, elektronik ortamda, bunların gizliliğini ve bütünlüğünü sağlayarak on yıl süreyle saklamak (Tebliğ m. 11.1.d).

İlgili mevzuat uyarınca toplantıyı yönetecek kişi (yönetim kurulu başkanı,

<sup>64</sup> Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS): Ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü, ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulduğu merkezi ortak veri tabanını da içeren, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan ve yönetilen uygulamayı ifade etmektedir (Tebliğ m. 4.1.h).

başkan vekili veya bunların görevlendireceği kişi), Elektronik Toplantı Sisteminin Tebliğ hükümlerine uygun olarak işletildiğini gözetmekle yükümlüdür.

Şirketler, Tebliğ hükümleri uyarınca kurup işleteceği Elektronik Toplantı Sistemine ilişkin üstlenmiş olduğu her türlü işlemi ve yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla destek hizmeti alımı yapabilir. Toplantıyı yapan şirket ve destek hizmeti aldığı şirket, Elektronik Toplantı Sisteminden kaynaklanan nedenlerle hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludur.

Şirketler, TTK m.1527.3'e göre kendilerinin kuracakları Elektronik Toplantı Sisteminin, Tebliğ ve TTK hükümlerine uygunluğunu, yukarıda belirtilen kurumlara tespit ettirmek ve söz konusu kurumlarca düzenlenecek teknik raporu ticaret sicili müdürlüğüne tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür (Tebliğ m. 14.1).

Elektronik Toplantı Sistemi hizmetini sağlayacak olan şirketler ise sistemin TTK ve Tebliğ hükümlerine uygunluğunu, anılan kurumlara teknik bir raporla tespit ettirmek zorundadırlar. Hizmet sağlayıcı şirketler bu teknik raporu, Bakanlığın uygun görüşünü aldıktan sonra kayıtlı buldukları ticaret sicili müdürlüğüne tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür. Yükümlülük yerine getirilmeden şirketler destek hizmeti veremez. (Tebliğ m. 14.2).

Teknik rapor; Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu veya bünyesinde asgari CISA sertifikası<sup>65</sup> bulunan personele sahip ve bu alanda denetim yapmaya yetkilendirilmiş şirketlerden alınabilir. Bu raporun iki yılda bir yenilenerek, birinci ve ikinci fıkrada öngörülen işlemlerin tekrarlanması zorunludur. Ancak Bakanlık gerekli gördüğü hallerde bu teknik raporun daha kısa bir sürede de alınmasını isteyebilir (Tebliğ m. 14.3).

Yukarıdaki fıkrada belirtilen Kurumların düzenleyecekleri teknik raporda, Elektronik Toplantı Sisteminin asgari olarak;

a) ISO 27001'e uygun<sup>66</sup> bir bilgi güvenliği ve kişisel verilerin korunması alt yapısına sahip olduğu,

<sup>65</sup> Tebliğ m.4.1.b'de, "CISA (Certified Information Systems Auditor): Bilgi sistemleri denetçi sertifikası" şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>66</sup> "ISO 27001, bir Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi (BGYS) standardıdır. Tüm kuruluşları (örneğin, ticari kuruluşlar, kamu kurumları, kar amaçlı olmayan kuruluşlar) kapsar. ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi, dokümanite edilmiş bir BGYS(ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi)'yi kuruluşun tüm ticari riskleri bağlamında kurmak, gerçekleştirmek, izlemek, gözden geçirmek, sürdürmek ve iyileştirmek için gereksinimleri kapsar. Bağımsız kuruluşların ya da tarafların ihtiyaçlarına göre özelleştirilmiş güvenlik kontrollerinin gerçekleştirilmesi için gereksinimleri belirtir. ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi (BGYS), bilgi varlıklarını koruyan ve ilgili taraflara güven veren yeterli ve orantılı güvenlik kontrollerini sağlamak için tasarlanmıştır.

ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi belgesini almak isteyen kuruluşlar ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi standardı genel şartlarını sağlayıp uygulamalı ve Akredite Kuruluşların denetiminden başarı ile geçmelidirler. Kuruluşlar bu denetimden sonra ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi belgesine sahip olabilirler" (<http://www.proxydanismanlik.com/sayfa2.asp?id=2677&title=iso-27001:2005-bilgi-guvenligi-yonetim-sistemi&gclid=COqah6S7z7YCFci23god0G0AHg-> Erişim Tarihi: 20.02.2013).

b) Güvenli elektronik imza oluşturma ve doğrulama uygulamalarının, 5070 sayılı Kanuna ve ikincil düzenlemelerle belirlenen standartlara uygun olduğu,

c) 5070 sayılı Kanun ve ikincil düzenlemelerle belirlenen standart ve kriterlere uygun olarak verilerin uzun dönemli arşivlenmesine imkân tanıdığı,

ç) Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından ve diğer destek hizmeti veren şirketler tarafından oluşturulan platform veya bilişim sisteminin MERSİS'e ve ilgili diğer veri tabanlarına entegrasyonu sağlayacak yeterlikte olduğu, şirketlerin kendilerinin kurdukları bilişim sisteminin ise tescili gerekli belgeleri bu veri tabanlarına iletilecek nitelikte olduğu,

gibi hususların tespitini içerir (Tebliğ m. 14.4).

#### **d. Elektronik Toplantı Sisteminin Güvenlik Ölçütleri, Teknik Özellikleri Ve Sorumluluk**

Elektronik Toplantı Sisteminin, asgari olarak Tebliğ'de belirtilen tüm işlemlerin yapılabilmesini sağlayan tasarım ve kapasiteye, yedekleme ve felaketten kurtarma planlarına, yetkisiz erişimlere ve saldırılara karşı gerekli ağ ve sistem güvenliğine sahip olmalıdır (Tebliğ m. 15.1).

Elektronik Toplantı Sistemi, toplantı yerinden elektronik ortamda ses ve görüntü aktarımını sağlayacak, mesajlaşma gerçekleştirecek, birden çok güvenli elektronik imzanın seri ve paralel olarak atılabilmesini destekleyecek, sisteme erişim taleplerine mümkün olan en kısa sürede cevap iletilecek ve Tebliğ hükümlerinde belirtilen güvenli elektronik imzayla imzalanacak işlemleri destekleyecek alt yapıya sahip olmalıdır (Tebliğ m. 15.2).

Elektronik Toplantı Sisteminden kaynaklanan nedenlerle hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan doğacak sorumluluk genel hükümlere göre belirlenir (Tebliğ m. 16).

### **SONUÇ**

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklık yönetim kurulu toplantıları aynı başlık altında 390-393 maddelerinde düzenlenmektedir. Anonim şirketlerin elektronik ortamda yönetim kurulu toplantılarını icra edebileceklerine ilişkin hükümler ise Kanun'un 1527. maddesinde "Elektronik ortamda kurullar" başlığı altında düzenlenmiştir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın TTK m.1527.6'ya dayanarak hazırladığı "Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Ticaret Şirketlerinde Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ" ile elektronik ortamda yönetim kurulu toplantısının somut koşulları ve şekli belirlenmiştir.

YK toplantıları olağan ve olağanüstü toplantı adıyla iki türe ayrılabilir. Bu makede tartışılan ise toplantı türleri değil, toplantı şekilleridir. Bu bağlamda toplantı

şekilleri, “fiziki toplantı”, “önerinin elden dolaştırılması yöntemiyle karar alma”, “fiziken yapılan toplantıya bir kısım üyelerin elektronik araçlarla katılımı” ve “elektronik toplantı sistemi” olmak üzere dörde ayrılabilir.

*Tebliğ* hükümleri çerçevesinde elektronik toplantı sisteminin işleyiş süreci şu şekilde özetlenebilir:

- *Şirket tarafından* ETS’ye ilişkin belgelerin şirket web sitesine eklenmesi,
- YK üyeleri tarafından elektronik ortamda katılım isteğinin şirkete web üzerinden veya KEP ile iletilmesi,
- *Şirket tarafından sistemin üyelerin erişimine açılması*,
- Elektronik katılımın eş anlı başlatılması.

ETS’yi kullanacak şirketin yükümlülükleri ise özetle aşağıda ifade edilmiştir:

- Esas **sözleşmenin TTK** m. 1527 ile uyumlu hale getirilmesi,
- Elektronik toplantı sisteminin tescili,
- ETS kullanım koşullarının şirketin web sitesinde yayınlanması,
- Toplantıların elektronik katılıma uygun (internet vb) alt yapıya sahip mekânlarda yapılmasının sağlanması,
- Tescili gerekli kararların tescil ettirilmesi,
- Bilgi ve belgelerin on **yıl** süreyle saklanması.

## KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, N., Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ARI, Z., “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 3-4, Aralık-2009.
- ARSLANLI, H., Anonim Şirketler II-III: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, (Kendi yayını), İstanbul, 1960.
- BAHTİYAR, M., Ortaklıklar Hukuku, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2012 (Ortaklıklar).
- BİLGİLİ, F., DEMİRKAPI, E., Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora, Bursa, 2013 (Şirketler).
- BİLGİLİ, F., İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara, 2004.

- ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ÇAMOĞLU, E., Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İkinci Bası, Vedat, İstanbul, 2007.
- ÇETİN, N., Ortaklık Haklarının Elektronik Ortamda Kullanılması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- DAVIES, P.L., “Board Structure in The UK and Germany: Convergence or Continuing Divergence?”, *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2(4), 2000.
- DOĞANAY, İ., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt- Madde 1-419, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004 (Şerh).
- DOMANIÇ, H., Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, (Kendi yayını), İstanbul, 1988 (Şirketler).
- HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, İstanbul, 2011.
- HILLIARD, T., The Law of Virtual Board Meetings, (<http://www.corbinball.com/articles/art-virtualboards.htm>- Erişim Tar. 20.12.2012).
- HİRŞ, E.E., Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946.
- HODGES, S. L., Electronic Meeting Systems – What They Are And How They Could Benefit Australian Government Organisations, MMIB8004 Special Research Topic 2, Submitted in partial fulfillment of Master of Management degree, December, 2010.
- İMREGÜN, O., Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KARAHAN, S. (Editör), Şirketler Hukuku, Mimoza, Konya, 2012.
- KAYA, M.İ., “Ticaret Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:V, Sayı: 1, 2008.
- KENDİGELEN, A., Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha, İstanbul, 2012 (İlk Tespitler).
- KENDİGELEN, A., Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KENDİGELEN, A., Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999.
- LACY, J. d. (Ed.), The Reform of United Kingdom Company Law, Cavendish Publishing Lim., London, 2002.
- LATHAM, M., The Internet Will Drive Corporate Monitoring, *Corporate Governance International*, June 2000.

- OĞUZMAN, M.K., ÖZ, M.T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat, İstanbul, 2011.
- ÖZER, I., Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2006.
- PULAŞLI, H., Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Adalet, Ankara, 2011 (Şerh).
- PULAŞLI, H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013 (Şirketler).
- ŞENER, O.H., Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, Seçkin, Ankara, 2012 (Ortaklıklar).
- TEKİNALP, Ü., Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012 (Ortaklıklar ve Tek Kişi).
- TUTAR, H., Yönetim Bilgi Sistemi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
- WERDER, A.v. and TALAULICAR, T., “Corporate Governance Developments in Germany” in *Handbook On International Corporate Governance- Country Analyses* (Ed.: MALLIN, C.A.), Edward Elgar, UK, 2006
- YALVAÇ, G., KAYA, M.İ., Gerekçeli-Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, Adalet, Ankara, 2011.
- YILDIZ, Ş., “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları”, Makalelerim-1988-2007, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.



















AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN  
KARARLARI IŞIĞINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİNİ  
DÜZENLEYEN NORMLARIN ZAMAN BAKIMINDAN  
UYGULANMASI

*(Temporal Application of Norms on Security Measures in the  
Light of Decisions of the European Court of Human Rights)*

Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU\*

ÖZET

Güvenlik tedbirlerini düzenleyen normların geçmişe etkili şekilde uygulanıp uygulanmayacağı meselesi Türk Hukukunda tartışmalıdır. Bu çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve bu kararlarla bağlantılı olarak özellikle Alman mevzuatı ve uygulaması çerçevesinde, bu konu detaylı şekilde incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Güvenlik tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5 ve 7, muhafaza altına alma, ceza normlarının geçmişe yürürlüğü, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

*Abstract*

One of the debated topics currently discussed in Turkish criminal law is the retrospective application of the norms on security measures. In this study, this topic will be detailedly examined in the light of the European Court of Human Rights decisions, German legislation and practice.

**Keywords:** Security measure, European Convention on Human Rights Articles 5 and 7, preventive detention, retrospective penalties, German Federal Constitutional Court, European Court of Human Rights

---

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I- Ceza Hukuku Normlarının Zaman Bakımından Uygulanması<sup>1</sup>

Ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik değişimler, toplumsal değer yargılarını etkilemekte ve bu değişim neticesinde bazen mevcut ceza normları, toplumun talepleri ve ihtiyaçları ile örtüşmeyebilmektedir. Değişen ihtiyaçlar, yürürlükteki ceza normlarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi ya da yeni ceza normlarının ihdas edilmesi gibi ceza hukuku alanında neticeler doğurmaktadır. Bir ceza kanununun tümünde değişiklik yapan kanunlar ise, ancak bir yargı reformu söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir<sup>2</sup>.

Ceza hukuku normlarında yapılan değişikliklerin, bu değişiklik öncesinde suç işlediği ileri sürülen şüphelileri veya sanıkları veya suç işlediği sabit olan hükümlülere ne şekilde etkileyeceği meselesi, ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallarla çözüme kavuşturulabilecek bir meseledir. Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi, "zaman bakımından uygulama"

<sup>1</sup> Zaman yönünden uygulamaya ilişkin olarak doktrinde farklı kullanımlar benimsenmiştir. Bazı müellifler, "ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması" ifadesini benimsemişlerdir. Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 95; Koca, Mahmut, Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 64; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara 2012, s. 63; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 58; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 120. Buna karşın diğer bazı müellifler ise, "ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması" ifadesini tercih etmişlerdir. Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 147; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 133; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 119. Tarafımızca benimsenen "ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması" ifadesi ile, ikinci gruptaki müelliflerin benimsediği kullanım tercih edilmektedir. Genellikle değişiklik yapan kanunun zaman bakımından uygulanması ile bu kanunun kapsamında yer alan normların zaman bakımından uygulanması birbirine paralel olsa da, bazen bazı normlar açısından farklı uygulamalar kanun hükümleriyle benimsenebilir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca, "imar kirliliğine neden olma" başlıklı 184. maddesi yayımı tarihinde, "çevrenin kasten kirletilmesi" başlıklı 181. maddenin birinci fıkrası ile "çevrenin taksirle kirletilmesi" başlıklı 182. maddenin birinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, Türk Ceza Kanunu'nun diğer hükümleri ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kaldı ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, başka Kanunlar Türk Ceza Kanunu'nun pek çok hükmünde değişiklikler yapmıştır. Bu nedenle değişikliğe uğrayan hükümlerin yürürlük tarihi, Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük tarihinden farklıdır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi 7 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe girmişken, 50. maddesi 1 Mart 2008'de, 301. maddesi 8 Mayıs 2008'de, 154. maddesi 14 Mart 2009'da, 79. maddesi 25 Temmuz 2010'da yürürlüğe girmiştir. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki zaman bakımından uygulamaya ilişkin kurallar tatbik edilirken Kanunların değil, normların yürürlüğe giriş tarihi önemlidir. Bu nedenle "ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması" ifadesi tarafımızca benimsenmiştir. Norm-kanun ilişkisi ve "ceza normu içeren kanunların zaman yönünden uygulanması" kavramı için bkz. Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 81

<sup>2</sup> Zafer, s. 81.



başlığını taşımakta ve maddenin ikinci fıkrasında yürürlükten kalkan veya değişikliğe uğrayan ceza normlarının zaman yönünden uygulanması düzenlenmektedir. Anılan fıkra uyarınca, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehinde olan kanun uygulanacak ve infaz olunacaktır. Ceza normu içeren ve ceza kanununda değişiklik meydana getiren kanunlar lehe olma koşuluyla geçmişe etkili olarak uygulansalar da, ceza muhakemesine veya infaza ilişkin normlar kural olarak, lehe veya aleyhe olup olmadıklarına bakılmaksızın derhal uygulanırlar<sup>3</sup>.

### **A- Kanunların Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Çıkması**

Kanunların yürürlüğe girmesi için Resmi Gazetede yayınlanması gerekir. Kanunun yürürlük tarihi genellikle kanun metninde gösterilir. Yürürlüğe giriş tarihi, kanunun Resmi Gazetede yayın tarihi ya da daha ileriki bir tarih olabilir. Eğer yürürlüğe giriş tarihi kanun metninde belirtilmemişse, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkındaki Kanun'un<sup>4</sup> 3. maddesi uyarınca, Resmi Gazetede yayınlandığı günü izleyen günün başlangıcından 45 gün sonra yürürlüğe girer<sup>5</sup>.

Kanunların yürürlükten çıkması ise, üç şekilde gerçekleşmektedir. Kanun, başka bir kanunla açıkça yürürlükten kaldırılabilir ya da önceki kanun hükümleri ile yeni kanun hükümlerinin aynı konuyu düzenlemesi ve birlikte uygulanma imkanının bulunmaması halinde, sonradan yürürlüğe giren kanun hükmü önceki kanun hükmünü örtülü olarak (zımnen) yürürlükten kaldırır. Üçüncü bir hal ise, kanunların veya kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesidir<sup>6</sup>.

### **B- Ceza Hukuku Normlarının Geçmişe Yürürlüğü**

Ceza hukukuna ilişkin normlar, yürürlüğe girmeleri ile kapsamalarına giren tüm olaylar ve kişiler hakkında uygulanacaktır<sup>7</sup>. Bir diğer ifade ile, yürürlüğe girmelerinden sonra gerçekleşecek olaylara uygulanacaklardır. Kural olarak bir eylemin suç teşkil edip etmediği ve yaptırımı, suçun işlendiği anda yürürlükte olan

<sup>3</sup> Zafer, s. 81; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 134; Özgenç, s. 126; Hakeri, s. 62.

<sup>4</sup> 23.5.1928 tarihli, 904 sayılı Resmi Gazete.

<sup>5</sup> 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2. maddesinin (b) bendinde "yayın; basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması" olarak düzenlenmiştir. Günümüzde Resmi Gazete internet ortamında yayınlandığından, internet ortamında herkesin erişimine açıldığı anda yayın unsuru gerçekleşmiş olur. Zafer, s. 82.

<sup>6</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 97; Zafer, s. 82-83; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 141.

<sup>7</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 11. Baskı, İstanbul 1994, s. 164.

ceza normlarına bakılarak değerlendirilir<sup>8</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, işlendiği anda yürürlükte olan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bununla birlikte, 7. maddenin ikinci fıkrası, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağını ve infaz olunacağını düzenlemektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, failin lehinde olan norm veya normlar, geçmişe yürürlükte uygulanacaklardır.

### C- Lehe Olan Kanunun Tespit Edilmesi

Lehe olan kanunun tespitinde, öncelikle suç teşkil eden fiilin ne zaman işlendiği ve o olaya kanunda düzenlenen hangi hükümlerin uygulanacağı belirlenmelidir. Genellikle kanundaki birden fazla hükmün olaya tatbiki söz konusu olacaktır. Suçun işlendiği sırada yürürlükte olan ve olaya uygulanabilecek normlar tespit edildikten sonra, ilgili normların suçun işlendiği tarihten sonra değiştirilip değiştirilmediği belirlenmeli ve değişiklik mevcut ise, lehe olan kanun tespit edilmelidir<sup>9</sup>. Lehe kanun tespit edilirken suçun işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren birden fazla kanun varsa, sonraki tüm kanunlar değerlendirmeye alınacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında da “sonradan yürürlüğe giren kanunların” hükümlerinden bahsedilmekte ve “kanun” yerine “kanunlar” ibaresi benimsenmektedir<sup>10</sup>.

Lehe kanunun belirlenmesi, sadece ceza normundaki cezaların nevi veya miktarına bakılarak tespit edilecek bir husus değildir<sup>11</sup>. Kuşkusuz fiili suç olmaktan çıkarılan bir kanun failin lehinedir. Suçun oluşmasını zorlaştıran örneğin suç tanımına yeni bir unsur ekleyen kanun da lehedir. Ceza muhakemesi şartları veya cezalandırılma şartlarını ekleyen kanun da lehe kanundur. Örneğin; re'sen kovuşturulan bir suçu şikayete tabi bir suç haline getirmek, failin lehinedir. Özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine adli para cezasını ceza olarak düzenleyen, tür veya miktar açısından daha hafif ceza öngören, zamanaşımı sürelerini kısaltan, zamanaşımı sürelerinin durmasını veya kesilmesini zorlaştıran kanunlar da lehedir<sup>12</sup>.

Cezanın türü değişmemişse, miktarı az olanı düzenleyen kanun, failin lehine olmalıdır<sup>13</sup>. Cezanın alt ve üst sınırlarının bulunması halinde, yeni kanunda alt ve üst sınırlar farklı düzenlenmiş olabilir. Örneğin alt sınır aynı kalmasına rağmen üst

<sup>8</sup> Zafer, s. 84.

<sup>9</sup> Zafer, s. 84; Koca, s. 69,70.

<sup>10</sup> Zafer, s. 89.

<sup>11</sup> Dönmezer/Erman, s. 164.

<sup>12</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 101; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 137.

<sup>13</sup> Dönmezer/Erman, s. 165.

sınırdaki düzenlenmiş ceza farklı ise, üst sınırı az cezayı içeren kanun, üst sınırlar eşit olmasına rağmen, alt sınırlar farklı ise, alt sınırı az cezayı içeren kanun diğerine göre failin daha lehinedir. Alt ve üst sınırların birbirinden tamamen farklı düzenlenmesi halinde ise, failin lehine olan kanunu tespit etmek daha zordur. Bu halde lehe kanun, kanunların somut olaya uygulanması sonucu, somut bir karşılaştırma yapılarak tespit edilecektir<sup>14</sup>. 5252 sayılı, Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un<sup>15</sup> 9. maddesinin 3. fıkrasında, "*Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*" ifadesine yer verilmiştir. Her iki kanunun lehe olan normlarını bir araya getirerek yeni bir yasa yaratmak söz konusu olamaz<sup>16</sup>. Zira bu şekilde yeni bir yasa yaratılması, kanunilik prensibine aykırıdır.

765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun yürürlüğü sırasında konuya ilişkin açık kanun hüküm bulunmamasına rağmen, 1938 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile konu açıklığa kavuşturulmuş, iki kanunun karma bir şekilde uygulanması, yürürlükten kaldırılan ve yürürlüğe konulan yasa hükümlerinin bütün olarak somut olaya ayrı ayrı tatbik edilmesi ve buna göre sanığın lehine olan kanunun belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>17</sup>.

## II- Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması

### A- Türk Hukukunda Güvenlik Tedbirlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Mevcut Yasal Düzenleme

Güvenlik tedbirleri, kötülüğe karşı bir kötülük niteliğinde değil, toplumun savunulması ve failin ıslahı amacıyla, failin tehlikeli hali gözetilerek belirlenen tedbirleri ifade eder<sup>18</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrası; "*güvenlik tedbirleri hakkında infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır*" hükmünü düzenlemekteydi. Ancak 5377 sayılı Kanun, madde metnini "*hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç, infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır*" olarak değiştirmiştir. Özgenç, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmün gerekçesinin izaha yer bırakmayacak kadar açık olduğunu belirtmektedir. Hükmün gerekçesi; "*Yeni Türk Ceza Kanununun benimsediği yaptırım sisteminde amaç hükümlüyü ıslah ederek yeniden*

<sup>14</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 102.

<sup>15</sup> 13.11.2004 tarihli, 25642 sayılı Resmi Gazete.

<sup>16</sup> Toroslu, s. 66; Hakeri, s. 60; Özgenç, s. 123.

<sup>17</sup> Dönmezer/Erman, s. 168; Centel/Zafer/Çakmut, s. 102, dipnot 24.

<sup>18</sup> Dönmezer/Erman, s. 217; Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Normlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008, s. 211.

*topluma kazandırmak, hükümlünün toplum açısından oluşturduğu tehlikeyi azaltmak olduğuna göre, aralarında bir ayırım yapmaksızın, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı bakımından derhal uygulama kuralı benimsenmiştir. Bu kuralı açık bir şekilde ifade edebilmek için, Kanunun yedinci maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılması gereği hasıl olmuştur. Ancak, bu düzenlemede hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin hükümler bakımından, bu kuraldan ayrılmıştır. Kanunun sisteminde bir infaz rejimi olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından, birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır”<sup>19</sup>.*

## **B- Öğretide Güvenlik Tedbirlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin İleri Sürülen Görüşler**

Güvenlik tedbiri öngören kanunların derhal uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>20</sup>. Güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması görüşünün gerekçesi, güvenlik tedbirlerinin zaman içinde gelişip, çağdaş eğilimlerin daha fazla dikkate alınması ve failin topluma kazandırılması bakımından daha iyi ve etkili güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesidir. Yani kısaca ifade etmek gerekirse, daha yeni olan, daha iyi ve çağdaş olandır mantığı benimsenmektedir<sup>21</sup>. Ayrıca, güvenlik tedbirleri arasında cezalarda olduğu gibi derece farkı bulunmadığı ve birinin diğerinden daha hafif olduğunun ileri sürülemeyeceği de ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Bununla birlikte Centel/Zafer/Çakmut, derhal uygulanma ilkesini kural olarak benimsemekle birlikte, güvenlik tedbirlerinin etkisinin göz önünde bulundurulması ve aleyhe sonuçları önlemek amacıyla, istisnai hallerde derhal uygulanma ilkesinin geçerli olmaması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>23</sup>.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise, 7. maddenin üçüncü fıkra hükmü dikkate alındığında, infaz rejiminde değişiklik öngören güvenlik tedbirleri derhal uygulanabileceği halde, failin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren bir kanun ile failin aleyhine düzenlemeler getiren güvenlik tedbirleri derhal uygulanamayacaktır<sup>24</sup>. Çünkü ilgili hükümde sadece ceza infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz tüm güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine ilişkin olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Özgenç, s. 126.

<sup>20</sup> Dönmezer/Erman, s. 218; Demirbaş, s. 133; Centel/Zafer/Çakmut, s. 111.

<sup>21</sup> Katoğlu, s. 214-215.

<sup>22</sup> Demirbaş, s. 133.

<sup>23</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 111.

<sup>24</sup> Hakeri, s. 64.

<sup>25</sup> Katoğlu, s. 216.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Bu halde geçmişe uygulama yasağı, güvenlik tedbirleri bakımından da sonuç doğuracaktır<sup>26</sup>. Fiilin gerçekleştirildiği tarihten sonraki bir kanun ile failin aleyhine bir güvenlik tedbirinin düzenlenmesi halinde, bu tedbirin geçmişe etkili şekilde uygulanması kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz<sup>27</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin ilk iki fıkrasındaki ilkeler, güvenlik tedbirleri açısından da uygulanmalıdır. Güvenlik tedbirleri hakkında hüküm tarihinde yürürlükte olan kanunun uygulanacağına dair bir açık düzenleme yapılmadıkça, güvenlik tedbiri öngören kanunların zaman bakımından uygulanmasında genel kurallardan ayrılmaya gerek bulunmamaktadır<sup>28</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 21.02.2006 tarih ve 2006/9-14 Esas, 2006/28 Karar sayılı içtihadında bu hususu vurgulayarak, 7. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen kuralın ceza ve güvenlik tedbirlerinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğunu ve gerek cezalar, gerekse de güvenlik tedbirleri yönünden 7. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan kuralların geçerli olacağını belirtmiştir<sup>29</sup>.

### C- Konuya İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi

Konuya ilişkin ileri sürülen görüşler çerçevesinde, mevcut mevzuat değerlendirildiğinde, kanaatimizce güvenlik tedbirleri açısından uygulanacak ilke, kanunilik prensibinin doğal bir neticesi olarak geçmişe yürümezlik ilkesidir. Bununla birlikte, güvenlik tedbirlerinin infazını düzenleyen hükümlerde ise, derhal uygulama ilkesi uygulama alanı bulacaktır<sup>30</sup>. Nitekim biraz önce de yukarıda ifade ettiğimiz gibi

<sup>26</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 169.

<sup>27</sup> Hakeri, s. 63.

<sup>28</sup> Katoğlu, s. 216-217.

<sup>29</sup> "(...)Görüldüğü üzere; ilk düzenlemede, güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan yasanın uygulanacağına ilişkin düzenleme, infaz rejimi yönünden derhal uygulama ilkesine aykırı olarak, ileride yapılacak değişikliklerin uygulanmasını engelleyecek ve sadece güvenlik tedbirlerinin infaz rejimi ile sınırlı bir şekilde iken, sonraki düzenleme ile bu kural, güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine, cezaların infaz rejimi de eklenmek ve derhal uygulama ilkesi benimsenmek suretiyle genişletilmiştir. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, bu kuralın ceza veya güvenlik tedbirinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğudur. Zira gerek cezalar, gerekse güvenlik tedbirleri yönünden 7. maddenin 1 ve 2. fıkralarında yer alan kurallar geçerli olup, 3. fıkra sadece infaz rejimi ile sınırlıdır. Yine anılan fıkra, "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekrür" yeni ceza sisteminde, bir infaz rejimi kurumu olarak düzenlendiğinden, doğabilecek adaletsizlikleri gidermek açısından, bu üç kurum yönünden derhal uygulama ilkesine istisna getirilmiş, maddenin ilk 2 fıkrasındaki temel kuralların bunlar yönünden geçerliliği benimsenmiş dolayısıyla lehte olanın uygulanabilmesi olanaklı sayılmıştır(...)". Karar için bkz. <http://www.kararara.com/yargitay/ycdk5/yrqtyk20221.htm> (20.07.2013).

<sup>30</sup> Hakeri, s. 64.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, Türk Ceza Kanunu m.7/3'te düzenlenen kuralın, ceza veya güvenlik tedbirinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.

Kanaatimizce Türk mevzuatında pek çok tedbir, "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlenmekle birlikte, bazılarının "cezai" karakteri daha ağır basmaktadır. Bu nedenle de güvenlik tedbirleri arasında da ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Güvenlik tedbirleri ile, failin toplum açısından yarattığı tehlikeli durumun ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır<sup>31</sup>. Ancak yasada yer alan tüm güvenlik tedbirlerini incelediğimizde, tümü açısından bu amacın geçerli olduğunu ileri sürebilmenin pek de mümkün olmadığını düşünüyoruz<sup>32</sup>. Örneğin kazanç müsaderesini düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 55. maddesinin gerekçesinde, "(...)Böylece kazanç müsaderesi, (...) ekonomik çıkar elde etmek amacıyla işlenen suçlara karşın etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur(...)" ifadesi yer almaktadır. 55. maddede düzenlenen kazanç müsaderesi, her ne kadar kanun sistematığında Türk Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünde düzenlenen "güvenlik tedbirleri" başlığı altında yer alsada, aslında faili topluma kazandırma amacı taşımayan ve gerekçede de açıkça belirtildiği gibi caydırıcılık özelliği ağır basan, "ceza" niteliğinde bir hükümdür. Aynı şekilde 60. maddede düzenlenen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında da, tüzel kişinin tehlikeliliğinden veya topluma kazandırılmasından bahsedebilmek mümkün değildir. Bu hükümde düzenlenen güvenlik tedbirlerinin de cezai niteliği ağır basmaktadır. Doktrinde de ifade edildiği gibi bu husus, maddi anlamda "ceza" niteliği taşıyan bir düzenlemenin "etiket hilesi" yapılarak güvenlik tedbiri kılıfına sokulmasından öte bir şey değildir<sup>33</sup>.

Yukarıda da ilgili örnekleri vererek ifade ettiğimiz üzere, kanunlarda "güvenlik tedbirleri" kapsamında düzenlenen bazı hükümler, aslında caydırmayı amaçlayan, cezaya çok yaklaşan, adeta ceza işlevi gören hükümlerdir. Bu halde, cezai niteliği ağır basan tedbirlerle, failin korunmasını ve onun toplum açısından yarattığı tehlikeliliği azaltmayı hedefleyen tedbirler, zaman bakımından uygulamaya ilişkin aynı kurala tabi olmamalıdır. Eğer yeni bir norm ihdas edilerek amaçlanan, failin toplum için yarattığı tehlikeliliği ortadan kaldırmak ise, yeni norm daha amacı sağlamaya yönelik olduğu için kabul edilmiştir ve eskisine nazaran daha "iyi" bir norm olarak nitelendirilebilir. Bu halde, faili cezalandırma amacına yönelik bir norm olmadığından ötürü, failin lehine veya aleyhine olup olmadığı tartışmasını yapmaya da gerek bulunmamaktadır. Ancak "emniyet tedbiri" adı altında aslında

<sup>31</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 111.

<sup>32</sup> Güvenlik tedbirlerinin tümünün aynı mahiyette olmadığı görüşü için bkz. Katoğlu, s. 212; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.169.

<sup>33</sup> Demirbaş, s.134, Katoğlu, s. 212.

faili cezalandırmayı, caydırmayı amaçlayan bir norm ihdas edilmiş ise, bu durumda yeni normun derhal uygulanması, anayasal güvence altındaki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile çelişecektir. Fail suç teşkil eden fiili gerçekleştirdikten sonra, yargılanmakta olduğu normda veya kanunun ilgili hükümlerinde yasal değişiklik meydana gelirse, yapılan bu değişikliğin failin lehine bir değişiklik olup olmadığı değerlendirilmelidir. Failin aleyhine yapılmış bir düzenleme söz konusu ise, bu hükümler aleyhe geçmişe yürütülmemeli ve faile uygulanmamalıdır<sup>34</sup>. Bu husus, hem kanunilik ilkesi, hem de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bir gereğidir.

Katoğlu, konuya ilişkin yapılan bu tartışmaları değerlendirerek, konunun isnat yeteneği bakımından bir ayırım yapılması suretiyle çözülebileceğini ifade etmiştir. İsnat yeteneğine sahip olmayan failler için uygulanan tedbirler, tedavi edici, tehlikeliliği azaltıcı özellikleri nedeniyle güvenlik tedbiri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yeni olan tedbir, amaca ulaşmaya sağlamaya yönelik, daha iyi olan tedbir olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşü savunanlar<sup>35</sup>, isnat yeteneğine sahip olmayan kişilerin seçimlerini sağlıklı yapamadıklarını ve fiilin işlendiği tarihteki güvenlik tedbirinin bilinebilir olmasının önem taşımadığını ifade etmektedirler. Bir diğer şekilde belirtmek gerekirse, isnat yeteneğine sahip olmayan kişiler bakımından hukuki güven ilkesinin ihlalinin söz konusu olmayacağını ileri sürmektedirler.

Kanaatimizce emniyet tedbirlerinin isnat yeteneği bulunmayanlara derhal uygulanmasının mantığını bu görüşe dayandırmak, emniyet tedbirlerinin uygulanma amacı ile yani failin tehlikeliliğinin azaltılması, onun topluma kazandırılması amacı ile bağdaşmaz. Şöyle ki, isnat yeteneği olmayan kişilerin ceza yerine emniyet tedbiri yaptırımına maruz kalmasının sebebi, emniyet tedbiri ile o kişileri tedavi edebilmek ve toplum için tehlikeliliklerinin azalmasını sağlamaktır. Bu nedenle fiilin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe girseler dahi, yeni emniyet tedbirleri her durumda isnat yeteneği olmayan kişilerin iyileşmesini ön planda tutan tedbirler olduğundan, daha öncede ifade ettiğimiz üzere lehe-aleyhe tartışmasına gerek duyulmaksızın fail hakkında derhal uygulanacaktır. Bunun sebebi, failin iyiliğinin üstün tutulmasıdır. İsnat yeteneği bulunmayan kişiler, fiili gerçekleştirdikleri sırada yürürlükte olan normu zaten anlayamazlar ve iradi bir seçim yapamazlar, bu nedenle yeni normu geçmişe yürüttüğümüzde hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmemiş oluruz görüşü, kanaatimizce güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanmasının gerekçesini açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır.

Bununla birlikte, güvenlik tedbirleri, sadece isnat yeteneği olmayan faillere uygulanacak tedbirlerden mi ibarettir sorusunun da tartışılması gerekir. Kanaatimizce isnat yeteneğine dayanan bu nevi bir ayırım, pek çok hususu açıklamak bakımından yetersiz kalacaktır. Güvenlik tedbirlerini, sadece isnat yeteneği olmayan kişilere uygulanacak tedbirler olarak nitelendirmek, uygulamada pek çok soruna

<sup>34</sup> Fransız doktrininde de ceza yönü ağır basan güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunların zaman yönünden uygulanmasında geçmişe uygulama yasağının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Katoğlu, s. 211.

<sup>35</sup> Konuya ilişkin görüşler için bkz. Katoğlu, s. 213.

yol açabilir. Zira toplum açısından “tehlikeli” olarak kabul edilebilecek kişiler, sadece isnat yeteneğine sahip olmayan kişiler değildir. Bu nedenle, normun içeriğinin değerlendirilmesi ve norm ile neyin amaçlandığının tespiti suretiyle yapılacak bir değerlendirme kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Bu kapsamda, öncelikle kanunda düzenlenen güvenlik tedbirlerinin hangilerinin caydırıcı, cezalandırıcı, hangilerinin ise iyileştirici, failin toplum için tehlikeliliğini azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğunu tespit etmek gerekir. Cezalandırma amacı güden ve failin aleyhine düzenlemeler içeren, failin suçu işlemesinden sonra yürürlüğe girmiş olan normlar geçmişe etkili olarak faille uygulanamayacaktır. Bununla birlikte, failin lehine olacak şekilde ihdas edilmiş yeni düzenlemeler, geçmişe yönelik şekilde uygulanabilir. Cezalandırmayı değil, topluma kazandırmayı amaçlayan normların ise geçmişe yürütülmesi, failin iyiliği üstün tutulduğundan hukuk güvenliği ilkesini zedelemeyecektir.

#### **D- Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanmasına Dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararların İncelenmesi ve Buna İlişkin Almanya Uygulamasının Değerlendirilmesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de emniyet tedbirlerinin zaman bakımından geçmişe yürütülmesi hususunu tartışırken, failin tehlikeliliğini azaltmayı amaçlayan tedbirler ile ceza işlevi gören tedbirler arasında fark gözetmektedir. Mahkeme, bir yaptırımın “ceza” niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken, taraf ülkelerin iç hukuklarında bu yaptırımı nasıl nitelendirdiklerini dikkate almaksızın, Sözleşme kapsamında tekrar değerlendirmektedir<sup>36</sup>. Bu hususta özellikle Almanya aleyhine verdiği kararlar, Almanya’da hem uygulamanın hem de ilgili yasanın değiştirilmesine yol açmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından belirlenen bu kriterler, Türk hukukunda emniyet tedbirlerinin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak dikkate alınmalı ve özellikle emniyet tedbiri adı altında düzenlenen ancak esasen cezalandırma amacı ağır basan tedbirlerin tespitinde, söz konusu kararlarda belirlenen kriterler esas alınmalıdır.

<sup>36</sup> Welch v. Birleşik Krallık, 9 Şubat 1995, Başvuru no: 17440/90, paragraf 27. Karar için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car\\_serbia/ECtHR%20Judgements/English/WELCH%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20\\_English\\_.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/ECtHR%20Judgements/English/WELCH%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20_English_.pdf) (05.08.2013); Jamil v. Fransa, 8 Haziran 1995, Başvuru no: 15917/89, paragraf 30. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/15917.89-en-19950608/view/> (05.08.2013).



## 1- Tedbirlerin Cezalandırıcı Nitelikte Olup Olmadığının Değerlendirilmesi ve Öztürk v. Almanya Kararı<sup>37</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1984 tarihli, Öztürk v. Almanya kararına göre, bir fiilin cezai nitelikte olup olmadığı tespit edilirken, o fiilin niteliği, Sözleşmeye taraf diğer ülkelerin mevzuatlarında ne şekilde düzenlendiği, uygulanan usul hukuku kuralları, yaptırımın niteliği, amacı ve ağırlığı, Sözleşme hükümlerinin amacı ve konusu çerçevesinde, Mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilecektir.

Kararı konu olan olayda başvurunun gerçekleştirdiği fiil, Alman mevzuatı çerçevesinde bir suç olarak düzenlenmemiş, idari yaptırım uygulanabilecek bir fiil olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, Avrupa Konseyi ülkelerindeki dekriminalizasyon eğilimine karşı olmadığını belirtmekle birlikte, Sözleşmeye taraf devletler tarafından bazı fiillerin suç olmaktan çıkartılması neticesinde bazı faillerin 6. ve 7. maddelerinde yer alan haklardan yararlanamayabileceklerini, bu durumun da Sözleşmenin amacı ile çelişebileceğini vurgulamıştır. Bu çerçevede, iç hukukta idari nitelikte kabul edilse ve suç olarak düzenlenmese dahi, fiilin Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında “cezaî” nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu kararda, Engels ve diğerleri v. Hollanda davasında<sup>38</sup> da benimsenen kriterler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış ve her ne kadar Alman mevzuatında “idari” olarak nitelendirilse de, başvurucuya uygulanan kuralın caydırıcı ve cezalandırıcı niteliği göz önünde tutulduğunda, Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında “ceza” olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu karardan da anlaşılmaktadır ki, mevzuatta ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, önemli olan normun genel karakterine, amacına, caydırıcı veya cezalandırıcı nitelikte olup olmadığına bakılarak yapılacak olan nitelendirme. Yani biçimsel ölçütün ötesinde, maddi ölçütler de dikkate alınmalıdır<sup>39</sup>.

## 2- Cezalandırıcı Nitelikte Kabul Edilen Emniyet Tedbirlerinin Geçmişe Yürütülmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya Kararı<sup>40</sup>

Başvurucu adının saklı kalmasını isteyen M. isimli bir kişidir. Bu dava, Alman mevzuatı uyarınca emniyet tedbiri olarak nitelendirilen muhafaza (gözlem)

<sup>37</sup> Öztürk v. Almanya, 21 Şubat 1984, Başvuru no: 8544/79. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553> (29.07.2013).

<sup>38</sup> Engels ve diğerleri v. Hollanda, 8 Haziran 1976, Başvuru no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{) (29.07.2013).

<sup>39</sup> Katoğlu, s. 212.

<sup>40</sup> M. v. Almanya, 17 Aralık 2009 (nihai karar: 10.05.2010), Başvuru no: 19359/04. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96389> (01.08.2013).

altına alma tedbirine (Unterbringung in der Sicherungsverwahrung) ilişkin, Almanya aleyhine verilen kararların ilkidir ve emsal karar niteliğindedir. Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen muhafaza altına alma tedbiri 1998 senesinde yapılan kanun değişikliği sonucunda (m. 67/1-d) farklı şekilde düzenlenmiş ve Ceza Kanunu'na eklenen 1a-3 maddesi ile muhafaza altına alma tedbirinde üst sınır olarak uygulanan 10 yıllık süre hemen yürürlüğe girecek şekilde kaldırılmış ve bu şekilde muhafaza altına alma tedbirinin süresi sınırsız hale getirilmiştir.

### a- Başvurucunun İddiası

Kararda başvuru, muhafaza altına alma tedbirinin süresinin 10 yıldan yeni yürürlüğe giren yasa ile sınırsız hale getirildiğini ve yeni yasanın geçmişe etkili şekilde uygulandığını, bu durumun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin birinci fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

### b- Hükümetin Savunması

Alman hükümeti ise, muhafaza altına alma tedbirinin, m.7/1 anlamında "ceza" olarak nitelendirilemeyeceğini, güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğini, güvenlik tedbirlerinin kişinin suçluluğundan bağımsız olarak, suçlu kişinin toplum için yarattığı tehlikeliliğe bakılarak uygulandığını, bu nedenle cezaların geriye yürümezliği ilkesinin burada geçerli olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca, uygulamada muhafaza altına alma tedbirinin infazı, cezaların infazından çok farklıdır. Her ne kadar yeterli personel bulunmasa da, muhafaza altına alınan kişiler, hükümlülerden farklı binalarda kalmaktadırlar ve pek çok ayrıcalığa sahiptirler. Bununla birlikte, yine hükümetin belirttiği görüşler uyarınca, muhafaza altına alma tedbirinin ağırlığı ve süresi, bu tedbiri "ceza" olarak nitelendirebilmek için başlı başına bir sebep olamaz. Başvuru hakkında, toplum için tehlikeliliğinin devam ettiği ve bu nedenle muhafaza altına alınması yönünde mahkeme karar vermiştir. Hükümet, burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kafkaris kararına<sup>41</sup> atıfta bulunarak, verilen cezada değişiklik yapmayan, ancak cezanın infaz şeklini değiştiren yasaların geçmişe etkili uygulanmasının, Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olarak kabul edilmediğini, bu hususun ilgili bu dava için de geçerli olduğunu vurgulamıştır.

### c- Mahkemenin Değerlendirmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yaptığı değerlendirmede, Sözleşmenin 7. maddesinin suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenlediğini, bu ilkenin özellikle ceza yasalarının sanığın aleyhine geçmişe yürütülmesini<sup>42</sup>, geniş bir şekilde,

<sup>41</sup> Kafkaris v. Kıbrıs, 12 Şubat 2008, Başvuru no: 21906/04. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{\"itemid\":\[\"001-85019\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{\) (04.08.2013).

<sup>42</sup> Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, Başvuru no: 14307/88. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827> (04.08.2013).

kiyas yoluyla ve daha önceki suç teşkil etmeyen olayları kapsayacak şekilde uygulanmasını yasakladığını<sup>43</sup> belirtmiştir. 7. maddede kullanılan “law” kavramı, “yasa” kavramına denk gelmekte ve ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerinin varlığı<sup>44</sup>, hem suçun, hem de suçun içerdiği cezanın tanımı için aranmaktadır<sup>45</sup>. Kişiler, ilgili madde metinlerinden ve mahkemelerin gerektiğinde bu metinleri yorumlamasından, gerçekleştirecekleri icrai ve ihmali davranışların suç teşkil edip etmediğini ve suç teşkil ediyorsa bunun karşılığında ne ceza alacaklarını bilmelidirler<sup>46</sup>.

Mahkeme, 7. maddede yer alan “ceza” kavramının otonom bir kavram olduğunu ve 7. maddenin birinci fıkrasındaki korumayı etkin kılmak için, şekli düzenlemelerden öteye giderek, belirli bir tedbirin 7. madde anlamında “ceza” olup olmadığını takdir edebilmek adına serbest davranmaya devam edeceğini ifade etmiştir<sup>47</sup>.

Mahkeme, bir tedbirin “ceza” olup olmadığını değerlendirirken, öncelikle söz konusu tedbirin, işlenen suç için verilen mahkumiyet hükmü ile birlikte karara bağlanıp bağlanmadığını araştıracaktır. Ancak bu husus yeterli değildir. Ulusal hukukta bu tedbirin ne şekilde nitelendirildiğine, amacına, uygulamasında ve infazında takip edilen usule ve yaptırım olarak ağırlığına da bakılmalıdır<sup>48</sup>. Bununla birlikte, tedbirin ağırlığı başlı başına belirleyici değildir. Aslında ceza niteliğinde olmayan, önleyici nitelikteki pek çok tedbirin de ilgili kişi üzerinde önemli etkileri olabilir<sup>49</sup>.

Mahkeme kendi içtihatlarında, esasen “ceza” niteliğinde olan bir tedbir ile bir cezanın uygulanmasına veya infazına ilişkin bir tedbir arasında bir ayırım yapmaktadır. Bir tedbirin amacı, cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuruyorsa veya şartlı salıverilmeye ilişkin bir rejim değişikliği öngörüyorsa, bu tedbir m.7 anlamında “cezanın” bir parçası olarak nitelendirilmemektedir<sup>50</sup>. Ancak bazı durumlarda uygulamada bu ayırımın net bir şekilde yapılması mümkün değildir<sup>51</sup>.

<sup>43</sup> Achour v. Fransa, 29 Mart 2006 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire), Başvuru no: 67335/01, paragraf 41. Karar için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2818echr06.case.1/law-ihrl-2818echr06> (05.08.2013).

<sup>44</sup> Cantoni v. Fransa, 11 Kasım 1996, Bavuru no: 17862/91. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{"itemid":\["001-58068"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{) (05.08.2013).

<sup>45</sup> Bkz. Achour v. Fransa kararı, paragraf 41 ve Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 140.

<sup>46</sup> Bkz. Cantoni v. Fransa kararı, paragraf 29 ve Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 140.

<sup>47</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, paragraf 27; Jamil v. Fransa kararı, paragraf 30.

<sup>48</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, paragraf 28; Jamil v. Fransa kararı, paragraf 31; Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 142.

<sup>49</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, paragraf 32.

<sup>50</sup> Grava v. İtalya, 10 Temmuz 2003, Başvuru no: 43522/98. Karar özeti için bkz. <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/0ad4f5ba6f6a119bc125668f004c455e/9e593076ccdd660641256d5f005343fd?OpenDocument&Highlight=0>, grava (05.08.2013) ve Human Rights Case Digest 2003, Sayı 14, s. 395-397; Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 142.

<sup>51</sup> Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 142.

Mahkeme, belirtilen bu ilkeler çerçevesinde, 10 yıl üst sınırı olan muhafaza altına alma tedbirinin süresinin sınırsız bir şekilde uzatılmasının, Sözleşmenin 7/1. maddesi kapsamında cezaların geçmişe yürümezliği ilkesinin ihlali olup olmadığını incelemiştir. Alman Ceza Kanunu'nda 1998 yılında muhafaza altına alma tedbirinin düzenlendiği 67d/1 maddesinde değişiklik yapılmış ve Alman Ceza Kanunu'na 1a/3 maddesi eklenerek 10 yıllık üst sınır süre, hemen yürürlüğe girecek şekilde kaldırılmıştır. 2001 yılında başvurusunun muhafaza altına alma tedbirinin süresi, suçu işledikten sonra yürürlüğe giren yasaya dayanılarak geçmişe etkili bir şekilde, 10 yıllık süre dolmasına rağmen uzatılmıştır.

Muhafaza altına alma tedbirinin bir "ceza" niteliğinde olup olmadığını inceleyen Mahkeme, öncelikle bu tedbirin bir suçun işlenmesi nedeniyle verilip verilmediğini araştırmıştır. Muhafaza altına alma tedbirine, başvuru tarafından işlenen kasten öldürmeye teşebbüs ve yağma suçları nedeniyle, yapılan yargılama neticesinde karar verildiği tespit edilmiştir.

Mahkeme ayrıca bu tedbirin iç hukukta, yani Alman mevzuatında ne şekilde nitelendirildiğini incelemiştir. Alman mevzuatı uyarınca muhafaza altına alma tedbiri, bir emniyet tedbidir. Cezalardan farklı olarak, bu nevi tedbirler suç işlemiş kişiyi cezalandırmayı değil, toplumu tehlikeli suçlulardan korumayı amaçlamaktadırlar. Ancak unutulmamalıdır ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuktaki nitelendirme ile bağlı değildir ve bir tedbirin ceza olup olmadığına Sözleşme kapsamında bir değerlendirme yaparak serbestçe karar verecektir. Ayrıca bir ülkede "ceza" olarak nitelendirilen bir tedbir, bir diğer ülkede "emniyet tedbiri" olarak nitelendirilebilmektedir. Bu nedenle önemli olan tedbirin özünün incelenmesidir. Muhafaza altına alma tedbiri, hapis cezasında olduğu gibi özgürlüğü sınırlandırmaktadır. Anılan tedbir, diğer hükümlülerin cezalarının infaz edildiği gibi sıradan cezaevlerinde infaz edilmektedir, ancak muhafaza altına alma tedbirinin infazı farklı binalarda yapılmaktadır ve bu kişilerin mahkumlara oranla bazı ayrıcalıkları bulunmaktadır. Kendi elbiselerini giyme, harçlık alma, daha konforlu olan koşullarını döşeme gibi bir takım farklılıklar olsa da, özünde infaz şekilleri bakımından pek de fark bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

Mahkeme, muhafaza altına alınan kişilerin tehlikeliliklerini azaltmaya ve onları topluma kazandırmaya yönelik özel tedbirlerin, uzmanların ve kurumların bulunmadığını ve üst sınırı belirlenmemiş muhafaza altına alma tedbirinin infazında, kişilerin muhakkak psikolojik yardım ve desteğe ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Uzman kişiler, kişi bazında, kişilere özel planlar hazırlayarak, salıverilmeyi sağlama-ya yönelik bir gelişim programı çerçevesinde çalışmalıdırlar. Kişilerin tek başlarına

<sup>52</sup> Alexander, Shawn/Graf, Leah/Janus, Eric, "M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2012, Cilt 29, No. 3, s. 614,615.

bu nevi bir çabayı göstermesi zordur, bu nedenle personelin çabası ve bu kişileri desteklemesi çok önemlidir. Ancak Mahkeme, kişilerin tekrar suç işlemelerini engelleyecek nitelikte bahsedilen tarzda esaslı ek tedbirlerini eksikliğine değinmiştir.

Yukarıdaki hususlarla birlikte Mahkeme, cezaların amacının caydırmak ve cezalandırmak, emniyet tedbirlerinin amacının ise toplumu korumak ve cezaevinden çıktığında sorumlu bir yaşam sürmesi için kişiye yardım etmek olduğunu belirlemiştir, ancak bu tedbirlerin ve cezaların zaman zaman örtüşebildiğine değinmiştir. Alman Hukukunda sınırsız süre ile düzenlenmesi sebebiyle muhafaza altına alma tedbiri, işlenen suç nedeniyle hükmolunan ek bir ceza gibi algılanabilmektedir.

Muhafaza altına alma tedbirine, yargılamayı yapan ve hükmü veren mahkeme tarafından karar verilebilmektedir. Bu tedbirin infazı ise, farklı bir usule dayanarak, ceza yargılamasının bir parçası olan ceza infaz mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmektedir.

Son olarak, her ne kadar bu kriter tek başına belirleyici olmasa da, tedbirin ağırlığı açısından yapılan değerlendirmede, 1998 yılında yürürlüğe giren Kanun ile tedbirin süre üst sınırı olmaksızın uygulandığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte periyodik aralarla yapılan denetimler sonucunda, mahkemenin suçlu kişinin artık toplum için tehlikeli olmadığını belirlemesi ve tekrar suç işlemeyeceği kanaatini edinmesi halinde, tedbirin uygulanması sona erdirilebilir. Ancak bir kişinin bir daha suç işlemeyeceği hususunun belirlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yerine getirilmesi zor bir şart olarak nitelendirilmiştir. Neticede Mahkeme, muhafaza altına alınma tedbirinin uzatılması sonucu (muhafaza altına alma tedbirinin süresi, hapis cezasının üç katı uzunluğundadır) başvurusunun, hapis cezasından daha fazla acı çektiği kanaatini edinmiştir.

Yukarıda açıklanan tüm bu gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “muhafaza altına alma” tedbirinin bir emniyet tedbiri değil, Sözleşme’nin 7/1. maddesi anlamında bir “ceza” olduğu sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hükümetin ileri sürdüğü, muhafaza altına alma tedbirine karar verilirken hükmü veren mahkemenin herhangi bir süre belirtmediği, tedbirin süresinin uzatılmasının, verilen kararın icrası niteliğinde olduğu savına itibar etmemiştir. Mahkeme, başvurusunun suçu işlediği zaman yürürlükte olan kanuna göre, 10 yıldan fazla süre muhafaza altında tutulamayacağını, ancak sonradan yürürlüğe giren kanun nedeniyle süre sınırı olmaksızın muhafaza altına alma tedbirinin başvurucuya uygulandığını belirterek, bu hususun verilen cezanın infazı olarak nitelendirilemeyeceğini, aksine suç işlendikten sonra yürürlüğe giren yasa uyarınca, başvuru aleyhine geçmişe etkili şekilde uygulanan ek bir cezanın bulunduğunu ifade etmiştir. Aynı zamanda Mahkeme belirttiği bu gerekçeler sebebiyle, bu davanın Kafkaris davasından da farklı olduğunu, Kafkaris davasında başvuru hakkında, suçu işlediği

zaman yürürlükte olan yasaya göre müebbet hapis cezası verildiğini, oysa bu davada hüküm verildiğinde muhafaza altına alma tedbirinin süresinin açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde 10 yıl ile sınırlandırıldığını vurgulamıştır.

Yapılan tüm bu değerlendirmeler neticesinde Mahkeme, Sözleşmenin 7/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### **3- M. v. Almanya Kararının ve Bu Karardan Sonra Almanya Aleyhine Verilen Diğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Alman Mevzuatına ve Uygulamasına Etkileri**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kallweit v. Almanya<sup>53</sup>, Mautes v. Almanya<sup>54</sup> ve Schummer v. Almanya<sup>55</sup> kararlarında da daha önce vermiş olduğu M. v. Almanya kararına dayanmıştır<sup>56</sup>. Kallweit, Mautes ve Schummer davalarında başvurucular, 1998 öncesinde hüküm giymişler ve hükümde başvurucular hakkında hapis cezası ile birlikte muhafaza altına alma tedbirine de yer verilmiştir<sup>57</sup>. Hapis cezalarını çektikten sonra, her üçü hakkında muhafaza altına alma tedbirinin uygulanmasına başlanmıştır. Yapılan incelemeler sonucunda, salıverilmeleri halinde mağdurların fiziksel ve psikolojik zararlarına yol açabilecek ağır nitelikteki suçları tekrar işleyebilecekleri ve toplum için tehlikeli oldukları kanaatine ulaşılmıştır.

Mahkemeler, muhafaza altına tedbirinin uygulanmasında, 1998 yılında değişen Alman Ceza Kanunu'nun 67 d/3 maddesine dayanmışlardır. 1998 yılına kadar Almanya'da 10 yıl ile sınırlı şekilde düzenlenen muhafaza altına alma tedbiri, 1998 değişikliğinden sonra süre sınırı olmaksızın uygulanmaya başlandığından, Alman Mahkemeleri yeni hükmü 1998 yılından önce mahkum olmuş kişiler hakkında da uygulamıştır<sup>58</sup>.

Köln Temyiz Mahkemesi, Almanya'daki pek çok temyiz mahkemesinin ka-

<sup>53</sup> Kallweit v. Almanya, 13 Ocak 2011 (nihai karar: 14 Nisan 2011), Başvuru no: 17792/07. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{"item id":\["001-102799"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{) (30.08.2013).

<sup>54</sup> Mautes v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 20008/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/20008.07-en-20110113/view/> (01.09.2013)

<sup>55</sup> Schummer v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 27360/04 ve 42225/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/27360.04-42225.07-en-20110113/view/> (01.09.2013)

<sup>56</sup> Merkel, Grischa, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", German Law Journal 2011, Cilt 12, No.3, s. 969.

<sup>57</sup> Merkel, s.969.

<sup>58</sup> Blanke, Hermann-Josef, "The Protection of Fundamental Rights in Europe", The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action (editörler: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli), Berlin 2012, s. 195.

rarına paralel şekilde<sup>59</sup> Mautes ve Kallweit davalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya kararı ile uyumlu bir yorumun benimsenmesinin, mevcut Alman Yasaları çerçevesinde mümkün olmayacağını belirtmiştir<sup>60</sup>. Buna karşılık Eylül 2010'da Karlsruhe Temyiz Mahkemesi ise aksine bir yorum benimsemiş ve M. v. Almanya kararına uygun bir yorum benimsemenin mümkün olduğunu kabul ederek<sup>61</sup>, Schummer hakkındaki muhafaza altına alma tedbirine son vermiştir<sup>62</sup>. Her üç başvuru da Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne haklarında süre sınırı olmaksızın uygulanan bu tedbire ilişkin anayasal başvuru yapmış, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından şikayetleri yerinde görülmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her üç davada da M. v. Almanya kararında olduğu gibi, Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Alman hükümetini başvurulara karşı toplamda 125.000 Euro tazminat ödemeye mahkum etmiş ve Alman mahkemelerini, Sözleşme ile garanti altına alınmasına rağmen hükümlülerin kişi özgürlüğü hakkına saygı göstermedikleri için eleştirmiştir<sup>63</sup>. Yüz kişiden fazla sayıda, toplum için tehlike yaratabilecek kişiyi bir anda serbest bırakmaktan çekinen Alman hükümeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya kararını uygulamaya kısmen yansıtmış, bu da uygulamada keyfiyete yol açmıştır.

Buna mukabil Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Haidn v. Almanya<sup>64</sup> davasında ise<sup>65</sup> muhafaza altına alma tedbirine ilişkin hükümlerin, hükümlülerin kişi

<sup>59</sup> Celle Temyiz Mahkemesi, 25 Mayıs 2010, Dosya no: 2 Ws 169-170/10; Stuttgart Temyiz Mahkemesi, 1 Haziran 2010, Dosya no: 1 Ws 57/10; Koblenz Temyiz Mahkemesi, 7 Haziran 2010, Dosya no: 1 Ws 108/10; Nuremberg Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 2010, Dosya no: 1 Ws 315/10; Köln Temyiz Mahkemesi, 14 Haziran 2010, Dosya no: 2 Ws 428/10, Kallweit v. Almanya kararı paragraf 35.

<sup>60</sup> Mautes v. Almanya kararı, paragraf 16 ve 30; Kallweit v. Almanya kararı paragraf 20 ve 21.

<sup>61</sup> Almanya'da Mahkemelerin bir kısmı bu yorumu benimsemiştir. Örneğin; Frankfurt am Main Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 2010, Dosya no: 3 Ws 485/10; Hamm Temyiz Mahkemesi, 6 Temmuz 2010, Dosya no: 4 Ws 157/10; Karlsruhe Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 2 Ws 458/09; Schleswig\_Holstein Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 1 Ws 267/10, Kallweit v. Almanya kararı paragraf 34.

<sup>62</sup> Schummer v. Almanya kararı paragraf 29.

<sup>63</sup> Merkel, s. 969; Kallweit v. Almanya kararı, paragraf 83.

<sup>64</sup> Haidn v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 6587/04. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/6587.04-en-20110113/view/> (01.09.2013).

<sup>65</sup> Haidn davasında, küçük yaşta çocuklara cinsel istismar suçundan mahkum edilen başvuruçunun hapis cezasının infazı 13 Nisan 2002 tarihinde sona erecektir. Ancak bu tarihten önce 1 Ocak 2002'de Bavyerada tehlikeli suçlular için bir yasa yürürlüğe girmiş ve suç işlemiş kişilerin toplum için tehlike yaratması ve tekrar suç işleme olasılığının tespiti halinde, koruma amacıyla infaz kurumunda kaldıkları sürenin uzatılabileceğini düzenlemiştir. Bavyerada tehlikeli suçlular için yürürlüğe giren bu yasa, başvuruçunun yaptığı başvuru neticesinde Anayasa'ya aykırı bulunarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş (Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht), 10 Şubat 2004, 2 BvR 834/02), ancak 30 Eylül 2004 tarihine kadar

özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiği, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ile de uyumlu olmadığı ve kişi özgürlüğünün sınırlandırılması ile mahkemenin verdiği hüküm arasında nedensel bağlantının olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>66</sup>. Mahkeme, kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru kabul edildiği hallerin Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiğini, bunun dışında kalan bir sebebe dayanarak kişi özgürlüğün sınırlandırmayacağını belirtmiştir<sup>67</sup>. Meşru ve usulüne uygun bir hürriyet sınırlandırmasının varlığı tartışma konusu olduğunda, Sözleşme buna ilişkin ulusal hukukta yer alan maddi ve usuli düzenlemelere atıf yapmaktadır<sup>68</sup>. Öncelikle tutuklamanın ya da farklı nitelikteki bir hürriyet kısıtlamasının, iç hukukta düzenlenen bir kurala dayanması aranmakta ise de, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin temelini oluşturan hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ulusal hukukların kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin verdiği durumlar, keyfiliğe yol açabilecek her türlü riskten kaçınabilmek adına yeterince ulaşılabilir, açık ve uygulama bakımından öngörülebilir olmalıdır<sup>69</sup>. Sözleşme tarafından düzenlenen kanunilik ilkesi, hükmün yeterince açık olmasını ve koşulların elverdiği ölçüde ve

uygulanmaya devam edilmesine karar verilmiştir. Ayrıca Mahkeme, kararında sadece istisnai hallerde uygulanmak kaydıyla toplumun tehlikeli suçlulardan etkili korunmasının başvuru kişinin özgürlüğü hakkına tercih edilebileceğini belirtmiş ve federal yasama organının geçiş süresi zarfında, muhafaza altına alma tedbirine ilişkin başvurucuya uygulanabilecek yeni bir yasa düzenleyebileceğini de ifade etmiştir. 23 Temmuz 2004 tarihinde, hüküm sonrasında verilen muhafaza altına alma tedbirinin uygulanmasını düzenleme amacıyla Almanya'da bir kanun kabul edilmiştir (Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, Bundesgesetzblatt 28 Temmuz 2004, Bölüm 1, No;39). Bu kanun uyarınca, hapis cezasının infazı sırasında, hükümlünün toplum için tehlikeli olduğuna dair kesin gözüyle bakılabilecek bir kanaate varılması halinde, muhafaza altına alma tedbirine süre sınırı olmaksızın başvurulabilecek, ancak bu karar idari organlar tarafından değil, mahkemelerce verilebilecektir. Anılan bu kanuna dayanarak Passau Bölge Mahkemesi tarafından Haidn hakkında psikiyatri hastanesinde muhafaza altına alınması yönünde karar verilmiştir. 23 Mart 2006'da bu karar Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Federal Mahkeme kararında, Haidn hakkında verilen bu karara ilişkin "yeni delillerin" hapis cezasının infazı sırasında değil, infaz sonrasında ortaya çıktığını ileri sürerek, anılan kanunu dar bir şekilde yorumlamıştır. Buna rağmen, bir başka Bavyera Bölge mahkemesi olan Hof Mahkemesi, 14.06.2007'de Haidn'ın infaz sonrası yaşlılar evinde gerçekleştirdiği davranışlara dayanarak, psikiyatri hastanesinde muhafaza altına alınma süresini uzatmıştır.

<sup>66</sup> Merkel, s. 969, 972.

<sup>67</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 73, 79.

<sup>68</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 79; Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 116; Saadi v. Birleşik Krallık, 29 Ocak 2008, Başvuru no: 13229/03, paragraf 67. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{"itemid":\["001-84709"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{) (10.09.2013).

<sup>69</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 79; Mooren v. Almanya, 9 Temmuz 2009, Başvuru no: 11364/03, paragraf 76. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{"itemid":\["001-93528"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{) (13.09.2013); Amuur v. Fransa, 25 Haziran 1996, Başvuru no: 19776/92, paragraf 50. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{"itemid":\["001-57988"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{) (13.09.2013); Nasrulloev v. Rusya, 11 Ekim 2007 (nihai karar: 11 Ocak 2008), Başvuru no: 656/06, paragraf 71. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{"itemid":\["001-82654"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{) (13.09.2013).



makul yardımlar almak suretiyle kişilerin, gerçekleştirdikleri hareketlerin sonuçlarını öngörebilmesini aramaktadır<sup>70</sup>. Ayrıca, yetkili mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararı ile kişi özgürlüğünün sınırlandırılması arasında yeterli illiyet bağı bulunmalıdır<sup>71</sup>.

Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Almanya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarına uyma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte Mahkeme kararlarının ne şekilde adapte edileceğine ilişkin bir düzenlemeye Sözleşme'de yer verilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Almanya'da anayasal bir karaktere sahip olmamakla birlikte, Alman hukukunun yorumlanmasında idari merciler ve mahkemeler tarafından dikkate alınmalıdır. 2004 yılında bir özel hukuk uyuşmazlığı ile ilgili olarak Görgülü davasında<sup>72</sup> Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının anayasal bir gücünün olmadığını, daha ziyade federal yasa statüsünde olduğunu belirtmiştir<sup>73</sup>. Ancak M. v. Almanya davasında da olduğu gibi esas problem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının, Alman yasa koyucusunun iradesi ve Federal Anayasa Mahkemesinin hukuku yorumlayan içtihatları ile çelişmesi halinde ortaya çıkmaktadır<sup>74</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya kararı sonrasında, hakkında muhafaza altına alma tedbirine hükmedilmiş ve sonradan yürürlüğe giren yasanın geçmişe uygulanması suretiyle bu tedbirin uygulanma süresi uzatılmış kişiler, salıverilme talebi ile Alman Bölge Mahkemelerine başvurmuşlar, ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu taleplerin bazıları Mahkemeler tarafından kabul edilirken, bazıları ise reddedilmiştir. Farklı uygulamalar karşısında, Alman yasa koyucusu konuya ilişkin bağlayıcı kural eksikliğini gidermek amacıyla Temmuz 2010'da Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda<sup>75</sup> değişiklik yapmış, bu konuya ilişkin yeni bir dava söz konusu olduğunda, Yüksek Bölge Mahkemesinin ilgili davayı, tüm bölgesel mahkemeleri bağlayacak, yol gösterecek bir emsal oluşturması için Alman Federal

<sup>70</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 79.

<sup>71</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 75.

<sup>72</sup> Alman Anayasa Mahkemesi kararı (BVerfG), 14 Ekim 2004, 2 BvR 1481/04. Karar için bkz. [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html) (2.10.2013).

<sup>73</sup> Merkel, Grischa, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", German Law Journal 2010, Cilt 11, No:9, s. 1053; Drenkhahn, Kirstin, "Secure Preventive Detention in Germany: Incapacitation or Treatment Intervention", Behavioral Sciences and the Law, 2013/31, s. 319.

<sup>74</sup> Merkel, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", s. 974.

<sup>75</sup> Bu Kanunda yapılan son değişiklik 2 Temmuz 2013 tarihlidir ve 6 Temmuz 2013'de yürürlüğe girmiştir. Kanun metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gvg/gesamt.pdf> (20.09.2013).

Mahkemesi önüne götürmesi hususunu düzenlemiştir<sup>76</sup>. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararını dikkate almayarak muhafaza altına alma tedbirinin devamı yönünde karar veren Stuttgart, Celle, Koblenz ve Nürnberg Bölge Mahkemeleri önlerine gelen davaları Alman Federal Mahkemesi'ne göndermişlerdir. Alman Federal Mahkemesi'nin Dördüncü Senatosu ise, 12 Mayıs 2010 tarihinde verdiği bir karar<sup>77</sup> ile, muhafaza altına alma tedbirinin geçmişe etkili şekilde uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemenin M. v. Almanya kararı ile uyumlu olmadığını ve bu nedenle ilgili Kanunun geçmişe yürütülmesi suretiyle hakkında muhafaza altına alma kararı verilmiş kişilerin hemen serbest bırakılmaları gerektiğini belirtmiştir. Ancak Kasım 2010'da Federal Mahkeme'nin Beşinci Senatosu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararının ilgili kişilerin salıverilmesini zorunlu kılmadığı yönünde, Dördüncü Senato'nun kararı ile çelişen yeni bir karar<sup>78</sup> vermiştir<sup>79</sup>.

1 Ocak 2011 tarihinde ise, Alman Ceza Kanunu ile birlikte başka pek çok kanunda değişiklikler öngören, muhafaza altına alma güvenlik tedbirine ilişkin bir kanun yürürlüğe girmiştir<sup>80</sup>. Alman Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler nedeniyle geçiş hükümleri öngörülmüş ve yeni hükümlerin uygulanması, muhafaza altına alınmayı gerektiren davranışlardan en az birisinin 2011 yılından sonra gerçekleştirmiş olmasına bağlanmıştır. Kişiler hakkında muhafaza altına alma tedbiri, yeni Kanun'da yer alan hükümler uyarınca uygulanacaktır. Bunun dışındaki hallerde ise kural olarak eski Kanun uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu durumun istisnası hükmün ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, 2011'den önce gerçekleştirilmiş bir eylem için, henüz kesinleşmiş bir hüküm mevcut değilse, hakim daha hafif olması kaydıyla yeni Kanun'un 66. maddesinde düzenlenen şekliyle tedbiri uygulayabilecektir. Ayrıca eski Kanun uyarınca bir muhafaza altına alma tedbirine hükmedilmiş olsa bile, söz konusu eylem yeni Kanun'da bir muhafaza altına alma tedbirini gerektirmiyorsa, hakim en geç 1 Ocak 2011 tarihinden geçerli olmak üzere muhafaza altına alma tedbirine son verecektir.

Bu hususların yanı sıra, anılan Kanun ile Alman Ceza Kanunu'nun 66b mad-

<sup>76</sup> Merkel, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", s. 1054.

<sup>77</sup> Alman Federal Mahkemesi'nin 12 Mayıs 2010 tarihli kararı, 4 StR 577/09. Karar için bkz. <http://openjur.de/u/68346.html> (3.10.2013).

<sup>78</sup> Alman Federal Mahkemesi'nin 9 Kasım 2010 tarihli kararı, 5 StR 394/10. Karar için bkz. <http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/5/10/5-394-10.php> (3.10.2013).

<sup>79</sup> Merkel, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", s. 976, 977.

<sup>80</sup> Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, 22 Aralık 2010, Alman Resmi Gazetesi (Bundesgesetzblatt) 2010/1-68, s.2300. Kanun metni için bkz. [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz\\_zur\\_Neuordnung\\_der\\_Sicherungsverwahrung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz_zur_Neuordnung_der_Sicherungsverwahrung.pdf?__blob=publicationFile) (20.09.2011).

desinde de değişiklik yapılmış, hükmün 1. ve 2. fıkrası yürürlükten kaldırılarak, madde tek fıkraya indirgenmiştir. Alman Ceza Kanunu madde 66b uyarınca, mahkeme kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan haller artık mevcut olmadığı için psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin bitmiş olduğuna karar verdiğinde, hükümde belirtilen koşulların oluşması halinde muhafaza altına alma kararı sonradan verilebilir. Ancak yapılan değişiklik uyarınca, ilgilinin işlediği fiilin ve bunu bütünleyici olarak hüküm verilene kadar olan zaman zarfında gösterdiği gelişimin toplam olarak değerlendirilmesi neticesinde, failin ileride kişiler aleyhine zarar oluşturma ihtimalinin güçlü olduğu kanaatine ulaşılmalıdır. Mülga düzenlemede, ilgilinin cezanın infazı sırasındaki gösterdiği gelişime bakılmakta iken, yeni düzenlemede “cezanın infazı” yerine “hüküm verilene kadar” ifadesi kullanılmıştır. Bu husus, tam veya kısmi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın infazının yanı sıra 63. madde uyarınca uygulanan psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, yapılan bu düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ile tam bir uyum içinde olduğunu ileri sürebilmek güçtür.

1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren anılan torba kanun kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları sebebiyle muhafaza altına alma tedbiri uygulamasına son verilen veya ileride son verilmesi ihtimali bulunan kişilere yönelik olarak yeni bir kanun daha kabul edilmiştir<sup>81</sup>. Bu yeni kanunun hükümlerine göre, psikiyatristler tarafından yapılacak incelemeler sonucunda, cezasını çekmiş ilgiliye ilişkin bir akıl hastalığının tespiti ve bu durumun toplum için tehlike yaratacağı kanısına ulaşılmaması halinde, psikolojik destek sağlanarak ilgili kişi, uzun süreli psikiyatri kliniğine yerleştirilebilecektir. Bu kanunun yürürlüğe girdiği ana kadar, Alman Ceza Kanunu’nun 20., 21. ve 63. maddeleri uyarınca, ancak akıl hastalıkları nedeniyle cezai sorumluluğu bulunmayan kişiler hakkında uzun süreli psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri uygulanabilmekteydi. Oysa yeni kanun uyarınca, hakkında hapis cezasına hükmolunmuş kişiler hakkında da uzun süreli psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri uygulanabilecektir. Tüm ilgili kişiler hakkında iki yılda bir psikiyatrik muayene gerçekleştirilecek ve akıl hastalığının tespiti halinde ilgili kişiler, Federe Devlet akıl hastanesine transfer edilecektir. Bu düzenleme, öngörülebilirlikten uzak ve keyfiliğe yol açabilecek niteliği nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından aranan hukuk devleti ilkesi ile çelişmektedir<sup>82</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararların ardından Almanya’da yaşanan bu süreçte en önemli gelişme, 4 Mayıs 2011 tarihli Alman Federal Anayasa

<sup>81</sup> zur Therapie- und Unterbringungspsychischgestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz-ThUG), 22 Aralık 2010, Alman Resmi Gazetesi (Bundesgesetzblatt) 2010/1-68, s.2305. Kanun metni için bkz. [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz\\_zur\\_Neuordnung\\_der\\_Sicherungsverwahrung.pdf?blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz_zur_Neuordnung_der_Sicherungsverwahrung.pdf?blob=publicationFile) (20.09.2013).

<sup>82</sup> Merkel, “Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, s. 975.

Mahkemesi kararıdır<sup>83</sup>. Mahkeme, Alman Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen muhafaza alma tedbirine ilişkin hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanmasının, kişi özgürlüğüne paralel olarak hukuk devleti ilkesi ile bir devlette teminat altına alınan anayasal hakların korunması ile uyuşmadığına kararında yer vermiş, muhafaza altına almaya ilişkin hükümleri kısmen iptal ederek, bu tedbirin ancak akıl hastası suçlular hakkında ve “çok büyük bir tehlikenin” varlığı halinde uygulanabileceğine hükmetmiştir<sup>84</sup>. Mevzuatta yer alan muhafaza altına alma tedbirinin süresine ve uygulanmasına ilişkin hükümler, muhafaza altına alma tedbiri ile hapis cezası arasındaki farkları ortaya koymaya yönelik anayasal ihtiyacı karşılayamadığı için, temel haklardan kişi özgürlüğü hakkı ile çelişmektedir. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi teminatlarının, Alman hukukunda hukuk devleti ilkesinin ve anayasal hakların yorumlanmasında önemli olduğunu belirtmiş ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekçelerini ve içtihatlarını göz önünde bulunduracağını ifade etmiştir<sup>85</sup>. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'nin içeriğini yorumlarken yol gösterici ve yönlendirici nitelikteki de facto işlevine dayanmaktadır<sup>86</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararını dikkat çekici bulmuş, Alman mevzuatını Sözleşmenin ve Mahkemenin kararları ışığında yorumladığı için, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme ile uyumlu olma yönündeki çabalarını takdir etmiş ve insan haklarının korunmasına ilişkin taahhüdünün sadece ulusal düzlemde değil, uluslararası düzlemde de devam ettiğini vurgulamıştır<sup>87</sup>.

Alman yasa koyucusu, Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, muhafaza altına alma güvenlik tedbirine ilişkin 5 Aralık 2012 tarihinde mevzuatta

<sup>83</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı (BVerfG), 4 Mayıs 2011, 2 BvR 2365/09. Karar için bkz. <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg11-031.html> (3.10.2013); Michaelsen, Christopher, 'From Strasbourg, with Love'-Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review 2012, 12/1, s. 165.

<sup>84</sup> Erman, R. Barış, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX/2, Duygun Yarsuvaç'a Armağan, İstanbul 2012, s. 473.

<sup>85</sup> Peters, Birgit, “Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht's Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, German Law Review 2012, Cilt 13, No.6, s. 771.

<sup>86</sup> Blanke, s. 195.

<sup>87</sup> Schmitz v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 28 Kasım 2011), Başvuru no: 30493/04, paragraf 41. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{"itemid":\["001-104905"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{) (03.10.2013); Mork v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 9 Eylül 2011), Başvuru numaraları: 31047/04 ve 43386/08, paragraf 54. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{"itemid":\["001-104907"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{) (3.10.2013); Michaelsen, s. 165.

değişiklik yapmış<sup>88</sup>, ilgili düzenleme 1 Haziran 2013'de yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun ile muhafaza altına alma tedbirinin yerine getirilmesi konusunda ayrıntılı düzenlemeler kabul edilmiş ve mevcut düzenlemelerde değişiklikler yapılmıştır. Özellikle, güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alma tedbirinin sonradan verilmesini gereksiz kılmak amacıyla, henüz cezanın infazı sırasında terapi ve benzeri danışmanlık hizmetlerinin sunulması zorunluluğunun getirilmiş olması dikkat çekicidir.

Ayrıca söz konusu Kanun ile de geçiş hükümleri öngörülmüş ve yeni hükümlerin uygulanması, muhafaza altına alınmayı gerektiren davranışlardan en az birisinin 1 Haziran 2013 tarihinden sonra gerçekleştirmiş olmasına bağlanmıştır. Bunun dışındaki hallerde ise 31 Mayıs 2013 tarihine kadar geçerli olan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bununla beraber, son eylemin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanun hükmüne dayanılarak bir muhafaza altına alma tedbirine karar verilmesi veya alınmış bir tedbirin devamına hükmedilmesi, ancak ilgili kişinin psikolojik bozukluğunun bulunmasına ve bunun yanı sıra somut şartların bu kimsenin ağır şiddet veya cinsel suçlar içeren davranışlarda bulunabileceği konusunda ciddi bir tehlikenin varlığına işaret etmesine bağlıdır. Tedbir olarak psikiyatri kliniğine yatırma tedbirine karar verilmemiş olması şartıyla, muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesi veya bunun devam ettirilmesi de aynı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Benzer bir şekilde son eylemin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanun hükmüne dayanılarak muhafaza altına alma tedbirinin saklı tutulması da, ancak ilgili kişinin psikolojik bozukluğunun bulunmasına ve bunun yanı sıra yukarıda bahsedilen tehlikenin muhtemel olmasına veya bu tehlikenin artış göstermesine bağlıdır. Buna karşılık bu koşullar ortadan kalkarsa, muhafaza altına alma tedbirine de son verilmelidir.

## SONUÇ

Yaklaşık 80 yıldır Alman Ceza Kanunu'nun bir parçası olarak düzenlenen<sup>89</sup> muhafaza altına alma tedbirine ilişkin hükümleri incelediğimizde, muhafaza altına almaya ilişkin hükümlerin, bir ceza olarak değil, emniyet tedbiri olarak düzenlendiğini görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 7. maddenin birinci fıkrasındaki korumayı etkin kılmak için, herhangi bir yaptırımın 7. madde anlamında "ceza" niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinin ken-

<sup>88</sup> Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (5 Aralık 2012), Alman Resmi Gazetesi (Bundesgesetzblatt) 2012/1-57, 11 Aralık 2012, s.2425. Kanun metni için bkz. [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verkuendung\\_BGBL\\_Sicherungsverwahrung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verkuendung_BGBL_Sicherungsverwahrung.pdf?__blob=publicationFile) (03.10.2013).

<sup>89</sup> Michaelsen, s. 148.

di yetkisinde olduğunu belirtmiştir<sup>90</sup>. Mahkeme, bu hususu incelerken, tedbirin işlenen suç için verilen mahkumiyet hükmü ile birlikte karara bağlanıp bağlanmadığını, ulusal hukukta bu tedbirin ne şekilde nitelendirildiğini, amacını, uygulamasında ve infazında takip edilen usulü ve yaptırım olarak ağırlığını araştıracaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, ceza niteliğinde olmayan, önleyici nitelikteki pek çok tedbirin de ilgili kişi üzerinde önemli etkileri olabilmektedir. Yapılan inceleme neticesinde Mahkeme, muhafaza altına alma tedbirinin bir emniyet tedbiri değil, Sözleşme'nin 7/1. maddesi anlamında bir "ceza" olduğu sonucuna varmıştır<sup>91</sup>.

Mahkemenin bu kararından da anlaşılacağı ve yukarıda görüşlerimizde de ifade ettiğimiz üzere, bir yaptırımın ulusal mevzuatta güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi, o tedbirin iyileştirici, failin toplum için tehlikeliliğini azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim her ne kadar Alman hükümeti yaptığı savunmada, Alman hukukunda geçerli olan "iki izli" yaptırım teorisine yani failin haksızlığını ve failin kusurluluğunu dikkate alan "cezalar" ile, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini dikkate alan "güvenlik tedbirleri" arasındaki ayırımı<sup>92</sup> referans yaparak, muhafaza altına alma tedbirinin güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu ileri sürse de<sup>93</sup>, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tedbirin "ceza" olarak nitelendirilmesi ve bu tedbire ilişkin olarak geçmişe uygulama yasağının geçerli olması gerektiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, yukarıda belirtmiş olduğumuz, kanunda düzenlenen güvenlik tedbirlerinin hangilerinin caydırıcı, cezalandırıcı, hangilerinin ise iyileştirici, failin toplum için tehlikeliliğini azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğunun tespit edilmesi gerektiğine yönelik görüşümüz ile paralellik göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cezalandırma amacı güden ve failin aleyhine düzenlemeler içeren, failin suçu işlemesinden sonra yürürlüğe girmiş olan normların geçmişe etkili olarak faile uygulanamayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce cezalandırmayı değil, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini dikkate alan "güvenlik tedbiri" niteliğindeki yaptırımların geçmişe yürütülmesi, toplumun iyiliğinin üstün tutulması sebebiyle hukuk güvenliği ilkesini zedelemeyecektir.

Alman Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında "*Kanunda aksi-ne hüküm yoksa, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri hakkında, kararın verildiği sırada yürürlükte olan kanuna göre karar verilir*" düzenlemesine yer verilmektedir. Ancak

<sup>90</sup> Erman, s. 472.

<sup>91</sup> Frommann, Maike, "The Reception of ECtHR Decisions by German Criminal Courts – Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention", Hanse Law Review 2012, Cilt 8, No.1, s. 82.

<sup>92</sup> Drenkhahn, s. 313; Frommann, s. 82.

<sup>93</sup> Erman, s. 472.

dikkat edilmelidir ki bu hükmün mevhumu muhalifinden kuralın istisnaları olabileceği ve kanunlarda bu kuralın aksine düzenleme yapılabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim emniyet tedbiri olarak muhafaza altına almayı düzenleyen hükümlerde, Alman yasa koyucusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına paralel şekilde farklı bir yol izlemiş ve geçmişe yürümezlik ilkesini kabul etmiştir. Ayrıca bu kuralın da istisnaları belirtilmiş, akıl hastası suçlular hakkında ve çok büyük bir tehlikenin mevcudiyeti halinde, geçmişe etkili uygulamaya belirli koşulların gerçekleşmesi halinde imkan tanınmıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılmaktadır ki, öncelikle güvenlik tedbirleri başlığı altında kanunda düzenlenen yaptırımların hangilerinin caydırıcı, cezalandırıcı, hangilerinin ise iyileştirici, failin toplum için yarattığı tehlikeliliği azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğunu tespit etmek gerekir. Bu tespit sonucu, cezalandırma amacı güden ve failin suçu işlemesinden sonra yürürlüğe girmiş olan normların geçmişe etkili olarak failin aleyhine uygulanamaması gerekirken, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini göz önüne alan güvenlik tedbiri niteliğinde düzenlenen normlar, toplumun korunmasını amaçladığı ve hukuk güvenliği ilkesi de zedelenmeyeceği için geçmişe etkili şekilde uygulanabilir. Kuşkusuz yaptırımların caydırıcı nitelikte mi, yoksa önleyici nitelikte mi olduğunun tespiti de bir başka zor husustur. Bununla birlikte, bu değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin temel aldığı kriterler yol gösterici olabilir.

Ancak unutulmamalıdır ki savunduğunuz bu görüş, Türkiye açısından ancak olması gereken düzenleme olarak ileri sürülebilir. Çünkü mevcut kanun düzenlemesi uyarınca bu nevi bir ayırım yapmak ve bazı tedbirleri geçmişe yürütmek, bazılarının ise cezai nitelikte, aleyhe düzenlemeler olduklarını ileri sürerek, geçmişe yürütülmelerini kabul etmemek mümkün değildir.

Mevcut mevzuata göre, güvenlik tedbirleri açısından uygulanacak ilke, kanunilik prensibinin doğal bir neticesi olarak geçmişe yürümezlik ilkesidir. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında “*güvenlik tedbirleri hakkında infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Burada “infaza ilişkin değişiklik”, “esasa ilişkin değişiklik” ayrımı yapılmıştır. Esasa ilişkin değişiklik ile kast edilen, hükme esas teşkil eden kurala ilişkin değişikliklerdir. Bu kural, bir cezayı veya emniyet tedbirini düzenliyor olabilir. İnfaza ilişkin değişiklik ise, hükmün uygulanmasına ilişkin yapılan kanun değişikliğidir. Yani, güvenlik tedbirleri açısından uygulanacak temel ilke, geçmişe yürümezlik ilkesidir, ancak güvenlik tedbirini düzenleyen kurala dayanarak verilmiş bir hükmün uygulanmasına ilişkin bir değişiklik söz konusu olursa, bu taktirde hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Alexander, Shawn/Graf, Leah/Janus, Eric, "M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2012, Cilt 29, No. 3, s. 605-622.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2012
- Blanke, Hermann-Josef, "The Protection of Fundamental Rights in Europe", *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action* (editörler: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli), Berlin 2012, s. 159-232.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul 2011
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2012
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 11. Baskı, İstanbul 1994
- Drenkhahn, Kirstin, "Secure Preventive Detention in Germany: Incapacitation or Treatment Intervention", *Behavioral Sciences and the Law*, 2013/31, s. 312-327.
- Erman, R. Barış, "Ceza Hukukunun Dönüşümü", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX/2, Duygun Yarsuvat'a Armağan, İstanbul 2012, s. 447-480.
- Frommann, Maike, "The Reception of ECtHR Decisions by German Criminal Courts – Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention", *Hanse Law Review* 2012, Cilt 8, No.1, s. 81-99.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2012
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Normlarının Zaman Yönünden Uygulaması*, Ankara 2008
- Koca, Mahmut, Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2013
- Merkel, Grischa, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", *German Law Journal* 2010, Cilt 11, No.9, s. 1046-1066.
- Merkel, Grischa, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", *German Law Journal* 2011, Cilt 12, No.3, s.968-977.
- Michaelsen, Christopher, 'From Strasbourg, with Love'-Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* 2012, 12/1, s. 148-167.



- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2013
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2012
- Peters, Birgit, “Germany’s Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht’s Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, *German Law Review* 2012, Cilt 13, No.6, s. 757-772.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 18. Baskı, Ankara 2012
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 2. Baskı, İstanbul 2011

## **Karar İndeksi**

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

- Achour v. Fransa, 29 Mart 2006 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire), Başvuru no: 67335/01, paragraf 41. Karar için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2818echr06.case.1/law-ihrl-2818echr06>
- Amuur v. Fransa, 25 Haziran 1996, Başvuru no: 19776/92, paragraf 50. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{"itemid":\["001-57988"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{)
- Cantoni v. Fransa, 11 Kasım 1996, Bavuru no: 17862/91. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{"itemid":\["001-58068"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{)
- Engels ve diğerleri v. Hollanda, 8 Haziran 1976, Başvuru no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{)
- Grava v. İtalya, 10 Temmuz 2003, Başvuru no: 43522/98. Karar özeti için bkz. <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/0ad4f5ba6f6a119bc125668f004c455e/9e593076ccdd660641256d5f005343fd?OpenDocument&Highlight=0,grava>
- Haidn v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 6587/04. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/6587.04-en-20110113/view/>
- Jamil v. Fransa, 8 Haziran 1995, Başvuru no: 15917/89, paragraf 30. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/15917.89-en-19950608/view/>
- Kafkaris v. Kıbrıs, 12 Şubat 2008, Başvuru no: 21906/04. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{"itemid":\["001-85019"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{)

- Kallweit v. Almanya, 13 Ocak 2011 (nihai karar: 14 Nisan 2011), Başvuru no: 17792/07. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{"itemid":\["001-102799"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{)
- Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, Başvuru no: 14307/88. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>
- M. v. Almanya, 17 Aralık 2009 (nihai karar: 10.05.2010), Başvuru no: 19359/04. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96389>
- Mautes v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 20008/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/20008.07-en-20110113/view/>
- Mooren v. Almanya, 9 Temmuz 2009, Başvuru no: 11364/03, paragraf 76. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{"itemid":\["001-93528"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{)
- Mork v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 9 Eylül 2011), Başvuru numaraları: 31047/04 ve 43386/08, paragraf 54. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{"itemid":\["001-104907"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{)
- Nasrullojev v. Rusya, 11 Ekim 2007 (nihai karar: 11 Ocak 2008), Başvuru no: 656/06, paragraf 71. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{"itemid":\["001-82654"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{)
- Öztürk v. Almanya, 21 Şubat 1984, Başvuru no: 8544/79. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553>
- Saadi v. Birleşik Krallık, 29 Ocak 2008, Başvuru no: 13229/03, paragraf 67. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{"itemid":\["001-84709"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{)
- Schmitz v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 28 Kasım 2011), Başvuru no: 30493/04, paragraf 41. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{"itemid":\["001-104905"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{)
- Schummer v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 27360/04 ve 42225/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/27360.04-42225.07-en-20110113/view/>
- Welch v. Birleşik Krallık, 9 Şubat 1995, Başvuru no: 17440/90, paragraf 27. Karar için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2818echr06.case.1/law-ihrl-2818echr06>

## **Almanya Mahkemeleri**

### **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**

- Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı (BVerfG), 4 Mayıs 2011, 2 BvR 2365/09. Karar için bkz. <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg11-031.html>
- Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG), 10 Şubat 2004, 2 BvR 834/02

### **Alman Federal Mahkemesi**

- Alman Federal Mahkemesi'nin 12 Mayıs 2010 tarihli kararı, 4 StR 577/09. Karar için bkz. <http://openjur.de/u/68346.html> (3.10.2013).
- Alman Federal Mahkemesi'nin 9 Kasım 2010 tarihli kararı, 5 StR 394/10. Karar için bkz. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/10/5-394-10.php> (3.10.2013).

### **Bölge Yüksek Mahkemesi**

- Frankfurt am Main Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 2010, Dosya no: 3 Ws 485/10
- Hamm Temyiz Mahkemesi, 6 Temmuz 2010, Dosya no: 4 Ws 157/10
- Karlsruhe Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 2 Ws 458/09
- Schleswig\_Holstein Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 1 Ws 267/10



## VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ANAYASAYA UYGUNLUĞU

*(The Legal Character of the Process of Taking Body Samples and Its Convenient to the Constitution)*

Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU\*

### ÖZET

Ceza muhakemesinde vücuttan örnek alma, elde edilen delilleri değerlendirmek bakımından birçok soruşturma ve kovuşturma kapsamında sıkça başvurulan bir işlemdir. Vücuttan örnek alma; olaydan geriye kalan belirtilerle, şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin vücutlarından alınan örneklerin karşılaştırılması olanağını sağlayan bir delil değerlendirme aracıdır.

Her ne kadar delil değerlendirme aracı olarak nitelendirilen bir işlem söz konusu olsa da, CMK'da bu işlemin uygulanması sıkı koşullara bağlanmıştır. Vücuttan örnek alma işleminin salt bir soruşturma aracı mı, yoksa bir koruma tedbiri mi olduğu bazı kurumların değerlendirilmesinde ayrı bir önem taşır. Nitekim bu işlemin hukukî niteliğinin belirlenmesi; şüpheli ya da sanığın vücutundan incelemeye olanak tanıyan örneklerin "rıza olmaması" durumunda zorla alınıp alınmayacağı ve şüpheli veya sanığın AY md. 38/5'de güvence altına alınan "susma hakkı" nı ihlal edip etmeyeceği sorununa da çözüm getirecektir.

**Anahtar kelimeler:** Vücuttan örnek alma, Susma hakkı, İlgilinin rızası.

### *Abstract*

Taking body sample is used for evaluating the evidence which is acquired during the investigation and prosecution in the criminal procedure.

This proceeding allows of evidence for being compared with the sample which is taken from the suspect's or accused's body.

The legal character of taking body sample is important for solving some legal questions. In fact, some authors approach it as an investigating tool; some of them consider as an safeguard which is applied for acquiring the evidence upon on judge's or prosecutor's decision.

\* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

The identification of legal character of it also means for the right to silence which is ensured in the Art. 38/5 of 1982 Constitution. Because if the suspect or accused do not accept for giving sample on his/her own body, it is controversial that it is taken by force or not and if it is acquired forcibly, it is broken or not the Art. 38/5 of Constitution.

**Keywords:** Taking body sample, Right to silence, The consent of suspect/accused

## GİRİŞ

Vücuttan örnek alınması, doğrudan vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale oluşturur<sup>1</sup>. Vücut bütünlüğü, AY'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz*” hükmüyle güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre, kişinin vücut bütünlüğüne ancak tıbbi zorunluluk gerektiren hallerde ve kanunla öngörülen durumlarda müdahale edilebilir. Tıbbi zorunluluk dışında adli amaçla bir kişinin vücudundan örnek alınabilmesi için, bu konuda kanunda bir düzenleme bulunması şarttır.

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun, bilirkişi tayininin düzenlendiği 66. maddesinde, hazırlık soruşturmasında muayenesi gereken kişilerin Cumhuriyet savcısının talebiyle muayenelerinin yapılabileceği öngörülmüştü. Maddede bir cümle ile düzenlenen bu hükmün özellikle şüpheli ve sanık haklarının ihlaline yol açabileceği tartışmalıdır. Zira bu hükümde doğrudan vücuda müdahale oluşturan işlemin koşulları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş değildi. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, vücuttan örnek alınmasına ilişkin önceki kanun döneminde var olan boşluğu dolduracak şekilde ayrıntılı bir düzenleme getirerek bu konudaki ihtiyaca cevap vermeye çalışmıştır.

CMK md. 75'te şüpheli veya sanığa, md. 76'da da diğer kişilere ilişkin olarak vücuttan örnek alınması hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelere yer verilmesi çok isabetli olmakla birlikte, bu hükümlerde de pek çok yeni düzenlemede olduğu gibi, bazı sorunlar göze çarpmaktadır.

Kanundaki düzenlemelere paralel olarak CMK md. 82 çerçevesinde çıkarılan “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*”te<sup>2</sup> de vücuttan örnek alma işlemine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

## I. TEMEL BİLGİLER

Vücuttan örnek alma işlemi, ceza muhakemesinde sıkça başvurulan işlemlerden biridir. Vücuttan örnek alma, olay yerinde ya da mağdurun bedeni, elbiseleri veya

<sup>1</sup> CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 262.

<sup>2</sup> Resmi Gazete'de yayınlanma tarihi: 01.06.2005, No: 25832. Metin içerisinde “Yönetmelik” olarak kısaltması kullanılacaktır.

eşyaları üzerinde bulunan belirtilerle, şüpheli veya sanıktan ya da diğer kişilerden alınan örneklerin karşılaştırılması olanağını sağlayan bir işlemdir. CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde, şüpheli ya da sanığın veya diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle; saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi düzenlenmiştir. Aynı hükümlere, Yönetmeliğin 6. ve 8. maddelerinde de yer verilmiştir.

Vücuttan örnek alma, bedene müdahale oluşturmasına rağmen beden muayenesinden farklı bir işlemdir. Nitekim beden muayenesinde, muayenenin konusu şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedeni iken; vücuttan örnek almada, vücuttan alınan örneklerdir. Muhakeme süresince somut olay kapsamında her iki işleme aynı anda başvurulabileceği gibi, farklı zamanlarda da başvurmak mümkündür.

Vücuttan örnek alma işlemi, olay yeri inceleme faaliyetini anlamlandırmada hayati önem taşır. Olay yerinin incelenmesi, suç faillerinin ortaya çıkarılmasında en sık başvurulan araştırma faaliyetlerinden biridir. Olay yeri incelemesinde, olay yerinde veya mağdur üzerinde delil niteliği taşıyabilecek her türlü belirti toplanır, çeşitli bilimsel ve teknik yöntemler kullanılarak araştırılır; elde edilen veriler belirlenir, korunur ve değerlendirilir<sup>3</sup>.

Yapılan bir dizi faaliyet sonucunda toplanan belirtilerin, ceza muhakemesi açısından “delil” olarak nitelendirilebilmesi için bir inceleme yapmak gerekir. Bu incelemenin konusunu, elde edilen belirtiler ile suç şüphesi altında bulunan kişiden alınan örnekler oluşturur.

Vücuttan alınacak “örnek”, bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali anlatmaktadır. Kanun koyucu, şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekleri, biyolojik ve diğer örnekler olarak bir ayırımı tabi tutmuştur. Vücuttan alınacak örnekler, kan, cinsel salgı, tükürük, gaita, sümük, balgam, ter, idrar örneği ya da saç, kıl, tırnak veya deri döküntüsü olabilir<sup>4</sup>. Olay yerinde bulunan parmak izi, tabanca, kovan, maske, düğme, şapka, kan lekesi, saç, sigara izmariti üzerindeki tükürük, diş izi, kıl, kan ve doku gibi biyolojik belirtilerle, elde edilen örnekler karşılaştırılır ve bunun sonucuna göre de soruşturma ile kovuşturma aşamaları ivme kazanabilir<sup>5</sup>. Nitekim Yargıtay birçok kararında CMK md. 75'e atıfta bulunarak elde edilen belirtiler ile sanıklardan alınan örneklerin inceleme sonucundaki delil değerinden söz etmektedir<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> YÜKSELOĞLU, E. Hülya – ÖZCAN, Şebnem – CEYLAN, Beyhan, “Olay Yeri İncelemesi ve Türkiye'deki Uygulamalar”, Polis Bilimleri Dergisi 2008, 10 (1), s. 64; AÇIKGÖZ, Nihal – HANCI, İ. Hamit – ÇAKIR, A. Hadi, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, AÜHFD, Yıl: 2002, C. 51, S. 2, s. 199 vd.

<sup>4</sup> ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 371; KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama), Ankara 2007, s. 120 vd.

<sup>5</sup> POLAT, Oğuz, Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar, Ankara 2004, s. 209 vd.; YÜKSELOĞLU – ÖZCAN – CEYLAN, s. 63; AÇIKGÖZ – HANCI – ÇAKIR, s. 206.

<sup>6</sup> “...kanıt olma olasılığı bulunan kar maskelerinin bu niteliğinin korunması amacıyla muhafaza altına

Kanun'da şüpheli ya da sanığın vücudundan örnek alınmasına karar vermeye yetkili merciler belirtilmiştir (CMK md. 75/1). Bu hükme göre soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının veya mağdurun istemi üzerine sulh ceza hâkimi; gecikmede sakınca bulunması halinde Cumhuriyet savcısı vücuttan örnek alınmasına karar verebilir. Gecikmede sakınca bulunması, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması ya da kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması halinde söz konusu olur (Yönetmelik md. 3). Kanun koyucu, Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan bir hal gerekçesiyle vücuttan örnek alınmasına karar verebilmesinin geçerliliğini, onay prosedürüne bağlamıştır. Şöyle ki; Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunmalı; hâkim de yirmidört saat içerisinde karar vermelidir (CMK md. 75/1)<sup>7</sup>. Diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasına karar vermeye yetkili merciler de CMK md. 75'e paralel olacak şekilde CMK md. 76'da düzenlenmiştir.

Vücuttan örnek alma işlemi, vücut bütünlüğüne müdahale oluşturduğundan, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun ağırlığı ile başvurulacak işlem arasında bir denge, bir oran olmalıdır. Orantılılık (ölçülülük) koşulunun öngörüldüğü madde hükmüne göre, üst sınırı iki yıldan az hapis cezası öngörülen suçlarda, şüpheli veya sanığın vücudundan kan, saç, tırnak, tükürük ve benzeri biyolojik örnekler alına-

*alınıp kar maskelerinden elde edilecek kıl, kan, parmak izi vs. gibi materyallerle, sanıklardan 5271 sayılı CMK'nun 75. maddesi uyarınca örnek alınıp karşılaştırılarak sanıklara ait DNA ve parmak izi bulunup bulunmadığı saptanarak ve yakının tarafından kollukta kendisine gösterildiği ileri sürülen ancak tutanaklarda bu hususa ilişkin bir açıklama olmayan silah ile kar maskeleri Mahkemece yakına-na gösterilip anlatımı saptandıktan ve yakınının teşhisteki açıklaması dikkate alınarak gereğinde anılan maskeler ile sanıkları teşhisinin olanaklı olup olmadığı bir kez de mahkemece denetlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının takdiri yerine eksik araştırmayla yazılı biçimde karar verilmesi...*" (6. **Ceza Dairesi, E. 2008/810, K. 2008/11766**).

*"Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün 23.08.2006 tarih ve BYL.2006/3731 sayılı Ekspertiz Raporu içeriğinden; şüpheli Yücel'den alındığı belirtilen siyah renkli lastik ayakkabı üzerinde bulunan kan örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen kan örneği ile genotip olarak uyumlu olduğu, olay yerinden alındığı belirtilen 10 adet, maktulün üzerinden alındığı belirtilen üç adet ve olay yerinden alındığı belirtilen atkı içinden çıkan bir adet sigara izmaritlerine bulaşmış tükürük örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen kan örneğinden farklı olup erkek genotip özellik gösterdiği belirtildiğinden; sanıklar Yücel, Emrah ve Mehmet'in CMK'nun 75. maddesi uyarınca tükürük örneklerinin aldırılarak Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi ve sigara izmaritleri üzerindeki tükürük örneklerinin sanıklara ait olup olmadığının tespitinden sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi yerine, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi..."* (1. **Ceza Dairesi, E. 2007/4784, K. 2008/4432**).

<sup>7</sup> TURHAN, saç, tükürük, tırnak gibi tıbbi müdahale gerektirmeden şüpheli ya da sanığın vücudundan alınabilecek örnekler, adli kolluğun da karar verme yetkisine sahip olmasının yerinde olacağını düşünmektedir. Bkz. TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)", V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1048.



maz (CMK md. 75/5, Yön. md. 6)<sup>8</sup>. Diğer kişilerin vücutundan örnek alınmasına ilişkin olarak şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun cezasının belli bir ağırlıkta olması şartı aranmamaktadır. Şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun cezası hangi ağırlıkta olursa olsun, delil değerlendirmek amacıyla mağdurun, tanığın, üçüncü kişilerin veya çocuğun vücutundan örnek alma işlemleri yapılabilecektir.

Yetkili merciler tarafından verilen karar uyarınca vücuttan alınan örneklerin laboratuvar ortamında profesyonelce incelenmesi gerekmektedir. Buna olanak tanıyan hükme CMK'nın 78. maddesinde "Moleküler genetik inceleme" başlığı altında yer verilmiştir. Bu hükme göre, "75 ve 76'ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir". Yönetmeliğin 3. maddesinde de "moleküler genetik inceleme, gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kişilerin, kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması" şeklinde tanımlanmıştır.

Moleküler genetik inceleme, olay yeri inceleme ile vücuttan örnek alınması işlemlerini tamamlayan ve anlamlandıran faaliyettir. Olay yeri inceleme ekiplerince toplanan her türlü belirti, soruşturma ya da kovuşturma kapsamında ilgili kişilerden alınan örneklerle karşılaştırılır. İnceleme kapsamında iki farklı analiz yapılmaktadır: Olay yerinden elde edilen "belirti" ile şüpheli veya sanıktan alınan "vücut örneği"nin analizi<sup>9</sup>. Yapılan analiz, niteliği gereği uzmanlık gerektirmektedir. Şüphesiz ki bilirkişi incelemesine başvurmaksızın, elde edilen belirtilerin kime ait olduğunu belirlemek imkânsızdır<sup>10</sup>.

CMK md. 79/1'e göre; moleküler genetik incelemeler yapılmasına soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme karar verebilir. Kararda inceleme için görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

<sup>8</sup> KARÇKAY, şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınmasını bizzat kendisinin talep etmesi durumunda, CMK md. 75/5'te yer alan yüklenen suçun üst sınırının iki yıl ya da daha fazla olması zorunluluğunun, savunma hakkını sınırladığını düşünmektedir. Bu nedenle, yazara göre şüpheli ya da sanık vücutundan örnek alınmasını talep ederse, yüklenen suçun üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektirse dahi, bu işlem yine de yapılmalı; ancak elde edilen veriler şüpheli ya da sanık aleyhine delil olarak kullanılmamalıdır. Bkz. KARÇKAY, Umut, "Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S. 12, Ağustos 2007, s. 85. Aynı görüş için bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 254, 256; İNCİ, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", www.turkhukuksitesi.com, Atf Tarihi: 30.4.2013; TURHAN, 1043, dipnot 40.

<sup>9</sup> ÖZBEK, Veli Özer, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1086; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "DNA Analizi", <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gereceleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atf Tarihi: 30.04.2013, s. 1, 2.

<sup>10</sup> Bilirkişi incelemesine ilişkin geniş bilgi için bkz. YILDIZ, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 273 vd.

Moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen veriler, kişisel veri niteliğindedir. Hangi amaçla elde edilmişse, bu amaç dışında kullanılamaz. Bu sonuçlar, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK md. 80/1). Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilerek dosyasında muhafaza edilir (CMK md. 80/2).

Şüpheli veya sanığın ya da diğer kişilerin vücudundan alınan örneklerin ya da olay yerinde, mağdur üzerinde bulunan belirtilerin olayı temsil etme gücü, ancak değerlendirme yapıldıktan sonra ortaya çıkabilir.

## I. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Vücuttan örnek alma, bedene müdahale teşkil eden bir işlemdir. Ceza muhakemesinde özellikle elde edilen şahsa ait belirtilere, delil değeri tanınırken, vücuttan örnek alınması işlemine başvurmak kaçınılmazdır.

Vücuttan örnek alma işlemine başvurma amacı, var olan delilleri değerlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda şüphelinin, sanığın, mağdurun ya da üçüncü kişilerin vücudundan gerek parça, gerekse bir takım salgılar alınır ve eldeki belirtilerle karşılaştırma yapılır. Bu işlem, bedene müdahalenin diğer bir şeklini oluşturan beden muayenesinden ayrılmaktadır. Zira beden muayenesinde, şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin bedenlerinin iç ve dış yüzeyi incelenir ve tespitler yapılır<sup>11</sup>.

Vücuttan örnek alınacak olan süjeler; şüpheli veya sanık, mağdur, soy bağı belirlenecek çocuk ya da üçüncü kişiler olabilir. Yapılacak işlem kapsamında bu süjelerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir.

CMK'nın sistematığına bakıldığında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümde “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığı altında düzenlenmiştir. Vücuttan örnek alma işlemi, kanunun “Muayene” başlıklı kısmında kaleme alınmıştır. Ancak ilgili maddelerde muayeneden daha geniş tedbirler öngörülmüştür. CMK, bu işlemleri, uygulandığı kişiler açısından bir ayırıma tabi tutarak, 75. maddede şüpheli veya sanığın, 76. maddede de diğer kişilerin beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına yer vermiştir.

Doktrinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin hukuki niteliği tartışmalı bir konudur. Zira kanun koyucu, beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığı altında düzenlemiş, ancak bu işlemlerin uygulanmasını koruma tedbirlerinde olduğu gibi sıkı koşullara bağlamıştır. Düzenleme bu şekilde olunca bu işlemlerin koruma tedbiri

<sup>11</sup> CENTEL – ZAFER, s. 266.

mi, yoksa bölüm başlığında sayılan diğer işlemler gibi soruşturma aracı mı oldukları tartışması gündeme gelmiştir<sup>12</sup>. Nitekim bu bölümde düzenlenen gözlem altına alma, şüpheli veya sanığın bilincinin; ölünün adli muayenesi cansız bedeninin dış görünüşünün; otopsi de cansız bedeninin içinin incelenmesini ifade eder<sup>13</sup>. Keşif ise, olay yerinin, olaya ilişkin hususların beş duyu organı aracılığıyla algılanmasıdır<sup>14</sup>. Bu işlemlerin tümü nitelikleri gereği birer araştırma, soruşturma araçlarıdır. Bu işlemlerle, Kanun'un aynı bölümünde düzenlenen vücuttan örnek alma işlemi değerlendirildiğinde, bu işlemin koruma tedbirlerinin amacı olan delili güvence altına almaya yönelik olmadığı, bilâkis eldeki delilleri değerlendirmede kullanılan bir araç olduğu anlaşılır.

Kanun beden muayenesi ile vücuttan örnek almayı aynı maddede ve aynı

<sup>12</sup> Doktrinde ÖZTÜRK ve diğerleri, KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, ÖZBEK ve diğerleri, İNCİ, TURHAN beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını “Koruma Tedbirleri” kapsamında; TOROSLU – FEYZİOĞLU “Deliller” başlığı altında ele almaktadırlar. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin F. Saygılar – ÖZAYDIN, Özdem – AKCAN, Esra Alan – ERDEM, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s. 493 (ÖZTÜRK ve diğerleri); KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 995 vd.; ÖZBEK, Veli – KANBUR, Mehmet N. – DOĞAN, Koray – BACAŞIZ, Pınar – TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 458 vd. (ÖZBEK ve diğerleri); ÖZBEK, s. 1085; ÖZBEK, Veli Özer, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, S. 2, 2006, s. 366; İNCİ, www.turkhukuksitesi.com, Atf Tarihi: 30.4.2013; TURHAN, s. 1026; TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 211. Ayrıca TOROSLU, vücut muayenesini esas itibarıyla suç delili elde etmek için başvuru bir yöntem şeklinde nitelemektedir. Bkz. TOROSLU, NEVZAT, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara 2000, s. 327.

ÜNVER – HAKERİ ise, beden muayenesini ve vücuttan örnek alınmasını, koruma tedbiri olarak nitelemekle birlikte, Kanunun sistematığına uygun olarak delil değerlendirme araçları kapsamında inceler. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, s. 369 vd.

ŞAHİN - GÖKTÜRK de, vücuttan örnek alma işlemini beden muayenesiyle birlikte “Delillerin Toplanması” başlığı altında her iki evrede de başvurulabilecek bir işlem olarak değerlendirmektedirler. ŞAHİN, Cumhuriyet – GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku –II, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 47 vd.

CENTEL – ZAFER ise, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemini bedene müdahale üst başlığı altında “Delillerin Toplanması” bölümünde incelemekle birlikte; bedene müdahalenin hukuki niteliğini “karma” olarak nitelemektedir. CENTEL – ZAFER, s. 264 vd.

MAHMUTOĞLU'na göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hem koruma tedbiri, hem de bilirkişi incelemesi niteliğine sahiptirler. Bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atf Tarihi: 30.04.2013, s. 2.

SOYASLAN, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını soruşturma evresinde yapılan işlemler arasında değerlendirmektedir. Bkz. SOYASLAN, s. 253 vd.

<sup>13</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, s. 719, s. 623- 627.

<sup>14</sup> CENTEL – ZAFER, s. 283.

koşullara bağlı olarak düzenlemiştir. Beden muayenesi, vücuttan örnek alınması işleminden farklıdır. Beden muayenesi şüpheli, sanık veya mağdur ya da üçüncü kişilerin bedeni üzerindeki delillerin elde edilmesine yöneliktir. Bu işlem sonucunda, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedeninde var olan deliller elde edilir. Amaç, beden üzerindeki delilleri güvence altına almaktır. Delilin kaybolmasını önleme amacı, koruma tedbirlerinin de temel amaçlarındandır.

Koruma tedbiri, *“tehlike tedbiri”* nin bir türü olup, *“tehlike”* denilen ve korkulan bir zarar ihtimaline karşı alınan tedbirdir. Tehlike tedbiri, *“tehlike”* nin yakın ve uzak olmasına göre bir ayırımı tabi tutulabilir. Tehlike uzaksa önlenmeye çalışılır; tehlike yakınsa artık bu tehlikeden korunmaya çalışılır. İlk durumda alınan tedbire önleme tedbiri; ikinci durumda ise koruma tedbiri adı verilir. İşte bedene müdahale ederken, delillerin kaybolma tehlikesi ile karşı karşıya kalınmakta ve bunlar bir an önce güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle yakın tehlikeyi bertaraf edebilmek için derhal, gecikmeden tedbir alma zorunluluğu ortaya çıkar<sup>15</sup>. Beden muayenesinde de yakın tehlike delillerin kaybolmasıdır. Bu amaçla derhal tedbirin uygulanması ve delillerin elde edilmesi gerekir. Oysa ki, vücuttan örnek alma işleminde, ilgililerin vücudundan alınacak örneklerin devam eden muhakeme bakımından doğrudan bir delil değeri olmadığından, kaybolma, değiştirme, karartılma gibi delil olma özelliğini yok eden birtakım davranışlara maruz kalması söz konusu olmaz.

Beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması işlemleri tek bir hüküm altında toplanınca, birlikte düzenlenen ve aynı koşullara bağlanan işlemlerin hukuki niteliği de tartışma konusu olmuştur. Zira bu işlemler ayrı ayrı değerlendirildiğinde farklı hukuki niteliklere sahiptirler. Ancak kanun koyucu işlemlerin uygulanmasını tek bir hükümde koruma tedbirlerine özgü koşullara bağladığından hukuki niteliklerinin karma bir yapı gösterdiği söylenebilir. Nitekim, soruşturma evresinde bilirkişi incelemesine hiçbir koşula bağlı olmaksızın Cumhuriyet savcısı karar verebilirken (CMK md. 63/3); bilirkişi incelemesi gerektiren beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına kural olarak hâkim, ancak gecikmede sakınca bulunması halinde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilir (CMK md. 75/1, md. 76/1). Bu hükümler dikkate alındığında, bu işlemlerin koşullarının koruma tedbirlerinin koşullarına paralel bir şekilde düzenlediği anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun bu başlık altında yer verdiği işlemlerin tümü nitelikleri gereği, bilirkişi incelemesi gerektiren işlemlerdir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da bilirkişi incelemesinin zorunlu olduğu işlemlerdendir. CMK md. 63'e göre, *“Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına ...”* karar verilebilir.

Her ne kadar vücuttan örnek alma işlemi bir koruma tedbiri niteliği taşıyorsa

<sup>15</sup> KUNTER, s. 655-656.

da, bu işlemin uygulanma koşulları diğer soruşturma aracı olan işlemlerden daha farklı düzenlenmiştir. Farklılık, bu işleme koruma tedbiri gibi sıkı koşullar öngörülerek başvurulması ve uygulanmasındadır. Kanaatimizce kanundaki düzenleniş yeri itibarıyla beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin hükme koruma tedbirleri arasında yer verilmesi daha isabetli olurdu.

## II. VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ BENZER BAZI KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

### A. Elkoyma Koruma Tedbiri

Elkoyma, delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasına yönelik bir koruma tedbiridir (CMK md. 123). Vücuttan örnek alma ise, şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin vücuduna ait bir örneğin alınmasına ve eldeki belirtilerle karşılaştırma yapılmasına olanak sağlayan bir işlemidir.

Elkoyma malvarlığına ilişkin bir tedbir iken, vücuttan örnek alma vücut bütünlüğüne yöneliktir. Elkoyma bir koruma tedbiridir; vücuttan örnek alma ise delil değerlendirme aracı olmasına rağmen, bu işlemin koşulları kanunda koruma tedbirlerine özgü koşullara paralel şekilde düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesinde vücuda ait örnekler, incelemeye konu olmaksızın, devam eden muhakeme açısından bir anlam ifade etmezler<sup>16</sup>. Elkoymaya konu olan “eşya” lar doğrudan bir delil değerine sahip olabilirken, vücuttan alınan örnekler, mevcut delilleri değerlendirmede araç olarak kullanılırlar.

Elkoymaya konu olacak eşyalar, herhangi bir yerde olabilir. Oysa alınacak örnekler, soruşturma konusuna göre şüphelinin, sanığın ya da mağdur, tanık gibi üçüncü kişilerin bedenleri üzerinde bulunur.

Vücuttan örnek alma işlemi niteliği gereği bilirkişi incelemesi gerektirir. Elkoyma tedbiri ise, delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde

<sup>16</sup> Doktrinde ceza hukukçuları insan vücudunu, hukuki anlamda bir “mal” saymamaktadır; sadece maddi anlamda bir “eşya” olarak kabul etmektedirler. İnsan, vücudu üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildir; şahsiyet hakkına sahiptir. Bu nedenle insan vücudu mal aleyhine işlenen bir suçta konu olamaz. Medeni hukukçular da insan vücudunun bir aynı hakkın konusu yapılamayacağını savunarak hukuken eşya kavramı dışında kaldığını ileri sürerler. Bu nedenle de insan vücudu üzerinde ne kanunun ne de bir başka kişinin bir hak tesis etmesi mümkün değildir. Ancak insan vücudunun bir parçasının veya vücudun ürettiği kan, ter, tükürük gibi biyolojik sıvıların vücuttan ayrılmasıyla, parça veya sıvı eşya durumuna girer. Kural olarak bu parçanın ayrıldıktan sonra, ayrıldıkları şahsın mülkiyetine tabi olacağı doktrinde kabul edilir. Bu nedenle vücuttan alınan örnekler, vücuttan ayrıldıktan sonra “eşya” olarak kabul edildiklerinden hırsızlık suçuna veya kanunda düzenlenen bir başka suçta örneğin mala zarar verme suçuna konu olabilirler. Bkz. EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999, s. 554-555; OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 1997, s. 4-5.

zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasıyla sınırlı olarak uygulanır, herhangi bir inceleme işlemi yapılmaz.

Kanun koyucu elkoymaya ve vücuttan örnek alınmasına karar verecek makamlar bakımından da her iki tedbir arasında farklılıklar öngörmüştür. Şöyle ki; şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısının karar verebilme yetkisi, işlemin gecikmesinde sakınca bulunması<sup>17</sup> koşuluna bağlanmıştır. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulmalıdır. Soruşturma evresinin amiri Cumhuriyet savcısıdır, gecikmesinde sakınca bulunması halinde Cumhuriyet savcısı şüphelinin vücutundan örnek alınmasına karar verebilir; bu kararını, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin onayına sunmak zorundadır<sup>18</sup>. Hâkim de yirmidört saat içerisinde kararını vermelidir. Aksi halde onaylanmayan karar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK md. 75/1).

CMK md. 75/1 uyarınca Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan hallerde verdiği vücuttan örnek alma kararını, yirmidört saat içerisinde hâkim veya mahkeme onayına sunması zorunludur. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının verdiği kararı sulh ceza hâkiminin onayına sunması doğru olmakla birlikte, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının bu kararı vermesi ve mahkeme onayına sunması sistemin işleyişine uygun düşmemektedir. Kovuşturma aşamasında yetkili makam mahkemedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de sanığın vücutundan örnek alınmasına karar veren makam, yine mahkeme makamı olmalıdır. Zira soruşturma evresinde dosya Cumhuriyet savcısının elindedir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bir an önce eldeki belirtiyeye delil değeri tanımak amacıyla, yirmidört saat içerisinde sulh hâkiminin onayına sunma ve hâkimin de yirmidört saat içerisinde onaylama şartlarına bağlı olarak Cumhuriyet savcısına da karar verme yetkisi tanınmıştır. Oysa ki kovuşturma aşamasında, dava dosyasının içeriği mahkemenin bilgisindedir, bu nedenle bu evrede artık Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi ve bu kararı mahkemeye onaylatma koşulu, kovuşturmanın niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu durum, kanun koyucunun yargıçlık ve mahkeme makamlarının hangi evrede neden yetkili olduklarını karıştırdığının bir göstergesidir<sup>19</sup>.

Diğer yandan şüpheli ya da sanık dışındaki muhakeme süjelerinin veya soy

<sup>17</sup> Gecikmede sakınca bulunması, Yönetmeliğin 3. maddesinde, "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>18</sup> ÖZTÜRK ve diğerleri de, gecikmede sakınca nedeniyle Cumhuriyet Savcısının beden muayenesine karar vermesine ilişkin düzenlemenin yalnızca soruşturma evresinde geçerli olduğunu savunurlar. ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 496.

<sup>19</sup> Aynı görüş için bkz. CENTEL – ZAFER, s. 271.

bağı araştırılacak çocuğun vücudundan örnek alınmasında şüpheli ile sanık hakkında öngörülen karar alma usulü benimsenmiştir (CMK md. 76/1). Bu işlemin yapılabilmesi için mağdurun rıza göstermesi halinde ise karar alınmasına gerek yoktur (CMK md. 76/2).

Elkoyma kararını vermeye yetkili merciler ise CMK md. 127'de belirtilir. Buna göre, elkoymaya kural olarak hâkim; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri karar verebilir (CMK md. 127/1).

Kanun koyucu, vücuttan örnek almada kural olarak hâkim kararını aramaktadır. Bununla birlikte, gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği kararın yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunulmasını ve hâkimin onayı için de yirmidört saatlik bir süre koşulunu öngörüp, kolluk amirinin yazılı emri ile bu işleme başvurma yolunu kapatmıştır. Elkoyma tedbirinde ise hem Cumhuriyet savcısının hem de kolluk amirinin yazılı emrinin hâkim onayına sunulması, hâkimin de elkoymadan itibaren kırksekiz saatlik bir sürede kararını açıklaması koşul olarak öngörülmüştür. Aksi takdirde elkoyma kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (CMK md. 127/1, 3).

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alma işleminin yapılabilmesi, yüklenen suçun üst sınırının iki yıl veya daha fazla olması şartına bağlanmıştır. Orantılılık (ölçülülük) koşulunun öngörüldüğü madde hükmüne göre, yüklenen suçun ağırlığı ile başvurulacak işlem arasında bir oran olmalıdır (CMK md. 75/5, Yön. md. 6). Oysa ki, elkoyma tedbirine başvurabilmek için soruşturulması ya da kovuşturulması yürütülen suçun belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir.

Gerek vücuttan örnek alma işleminin, gerekse elkoyma tedbirinin, uygulama alanını sınırlayan bir takım istisnalar mevcuttur. Tanıklıktan çekinme hakkını haiz olan kişiler vücuttan örnek alma işleminden kaçınabilirler (CMK md. 76/4). Elkoyma tedbirine ilişkin olarak ise tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler, delil olabilecek ya da müsadere konusunu oluşturabilecek malvarlığı değerlerini, istem üzerine göstermek ve teslim etmekle yükümlüdürler. Gösterme ve teslim etme yükümlülüğünden kaçınmak disiplin hapsinin uygulanmasına neden olur. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin kaçınması halinde ise disiplin hapsini uygulamak mümkün değildir (CMK md. 124/1, 2).

## **B. Fizik Kimliğin Tespiti**

Fizik kimliğin tespiti, adli amaçla şüpheli veya sanığın fiziki kimliğinin tanımlanmasını sağlayan parmak ve avuç içi izinin, beden ölçülerinin, bedeninde yer alıp da teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleriyle sesinin, görüntülerinin ve fotoğraf kaydının alınmasına yönelik faaliyetlerin bütünüdür (CMK md. 81). Bu tespit, olay yeri incelemesi sırasında elde edilen birtakım belirtilerin değerlendirilmesine

yardımcı olan bir tür fişlemedir. Bu amaçla alınan izler, şüphelinin veya sanığın fizikî kimliğini ortaya koyar. Oysa vücuttan örnek alma işleminde, olay yerinde bulunan belirtilerin şüpheliye, sanığa ya da üçüncü kişilere ait olup olmadığını belirlemek üzere, bu kişilerden örnek alınması söz konusudur.

Fizik kimliğin tespitine, Cumhuriyet savcısı karar verir. Vücuttan örnek alma işleminde Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlanmıştır. Ayrıca kanun koyucu, Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan hal gerekçesiyle vermiş olduğu kararın geçerliliğini, yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunması, hâkimin de yirmidört saat içerisinde kararı onaylaması koşuluna bağlamıştır (CMK md. 75/1).

Fizik kimliği tespit edilecek olan süjeler, şüpheli veya sanık konumunda olan kişilerdir (CMK md. 81). Vücuttan örnek alma işlemine ise şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişiler için de başvurulabilir (CMK md. 76).

### III. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA İŞLEMİNİN AY MD. 38/5 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bazı suç tiplerinde vücuttan örnek alma işlemine başvurmak, delilleri anlamlandırma bakımından kaçınılmazdır. Olaydan geriye kalan ve şahsa ilişkin bir belirtinin karşılaştırılmasını sağlamak ve bu belirtiyeye delil değeri tanımak için, ilgilinin vücutundan örnek alınması gerekir.

Vücutundan örnek alınacak olan süjenin, bu işlemin yapılmasına AY md. 38/5'te yer alan "*Hiçkimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" hükmünü ileri sürerek rıza göstermemesi durumunda, bu işlemin zorla yapılabilir yapılamayacağı hususu tartışılmalıdır.

Kanaatimizce AY md. 38/5'teki hükümde geçen "*suçlayıcı beyan*" ve "*suçlayıcı delil göstermek*" ifadelerine yüklenen anlamı ortaya koymak ve vücuttan örnek alma işleminin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar vermek, konuya açıklık getirmek bakımından zorunludur.

Ceza muhakemesi hukukunda "*beyan*" bir delil çeşididir. Beyan delili, tanıktan, şüpheli ya da sanıktan elde edilebilir. Tanık, şüpheli veya sanık, her ceza muhakemesinde başvurulması kuvvetle muhtemel olan delil kaynaklarındandır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde gerek şüpheli veya sanıktan, gerekse tanıklardan olayla ilgili bildiklerini anlatmaları istenir. Kanunda olayın tanığı olan kişinin, tanıklıktan çekinme haklarının bulunması durumunda (CMK md. 45, 46, 48) bu çekinme sebeplerine dayanarak, vücutları üzerinde yapılacak olan işleme rıza göstermemeleri hususu düzenlenmiştir (CMK md. 76/4).

Tartışılması gereken konu şüpheli ya da sanığın, vücutundan örnek alınarak, kendini veya yakınlarını suçlayan bir delil göstermeye zorlanıp zorlanamayacağıdır.



Bir başka deyişle, şüpheli ya da sanığın vücutundan örnek alınması, AY md. 38/5'in özünü oluşturan ve açıkça CMK md. 147'de düzenlenen ifade ve sorgu sırasında hatırlatılması zorunlu olan susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışılmalıdır.

CMK md. 147/1, (e) bendinde<sup>20</sup> susma hakkının sadece yüklenen suçla ilişkin olarak şüphelinin veya sanığın bildiklerini anlatmaktan kaçınma hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda şüpheliye ya da sanığa tanınan hak, aktif olarak olaya ilişkin bir anlatım yapmama hakkıdır. Bu nedenle şüpheli ya da sanığın, aktif herhangi bir davranışını gerektirmeyecek şekilde gerek delillerin toplanmasında, gerekse değerlendirilmesinde bedenleri inceleme konusu yapılabilir, vücutlarından örnek alınabilir<sup>21</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun esin kaynağını oluşturan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da benzer bir düzenleme mevcuttur. Şüpheli veya sanığın sağlıklarına zarar verme tehlikesi bulunmadığı takdirde rızaları olmasa dahi tıbbi kurallara göre bir hekim tarafından vücutlarından kan alınabilir veya başka türlü müdahale yapılabilir (Alman CMK md. 81a/1). Şüpheli veya sanığın, vücutlarından örnek alınması işleminde iradelerinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bu kişilerin aktif bir davranışla bu işlemleri kolaylaştırması yükümlülüğü söz konusu değildir. Şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişiler içinse, bu kişilerin rızalarının bulunmaması halinde, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için işlemin gerçekleştirilmesi gerektiği zorunlu olduğu takdirde, hakkında uygulanan disiplin para yaptırımına rağmen ısrarlı bir şekilde işlemin yapılmasını reddetmesi veya gecikmede tehlike bulunması halinde, alınacak özel bir hâkim kararı ile bu işlemleri yerine getirmek mümkündür (Alman CMK md. 81c/6)<sup>22</sup>.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükme karşın, CMK'da vücutundan örnek alınması işlemine maruz kalacak olan kişinin rızasının olmaması durumunda nasıl davranılacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yönetmeliğin 18. maddesinde “...şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen ... örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin ... vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır” hükmü düzenlenmiştir.

<sup>20</sup> CMK md. 147/(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

<sup>21</sup> SOYASLAN, şüpheli veya sanığın vücutundan aleyhine delil olabilecek örneklerin zorla alınması işleminin AY md. 38/5'e aykırı olacağını ileri sürmektedir. Bkz. SOYASLAN, s. 256. TOROSLU da konuyu bir başka açıdan değerlendirerek, sanığın, vücudunun muayene edilmesine direnmesi halinde, kendi hakkında verilen kararlara uyma zorunluluğu bulunduğu gerekçesiyle, zorla bu yöneme başvurmayı insan haklarına aykırı bulmakta; elde edilen delilin de hukuka aykırı olacağını savunmaktadır. TOROSLU, s. 327.

<sup>22</sup> Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesinin çevirisi için bkz. KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Özet Kitap, İstanbul 2005, s. 365-373.

İlgili hüküm uyarınca, öncelikle, vücudundan örnek alınacak olan kişiye tedbirin içeriğinin anlatılmış olması gerekir. Buna rağmen, ilgili kişi vücudundan örnek alınmasına rıza göstermezse, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından işlemi yapabilecek ölçüde gerekli önlemlerin alınabileceği hükümde belirtilir. Gerekli önlemler; işlemi yerine getirmeyi sağlayacak, yani rıza olmasa dahi bu direnci kırmaya yetecek önlemlerin alınmasını ifade eder. O halde, ilgili kişi rıza göstermese dahi, zorla örnek almanın gerektirdiği her türlü önlem alınabilecektir. Söz konusu kişilerin rızasının bulunmamasına rağmen, orantılılık ilkesi çerçevesinde mâkul bir güç kullanılabilir<sup>23</sup>.

Konuyla ilgili tartışılması gereken bir başka husus da, hükmün düzenlendiği hukuki metne ilişkindir. İlgilinin örnek alma işlemine karşı direnmesi durumunda, zor kullanılacağı ve gerekli önlemlerin alınacağına ilişkin hükmün kanunla düzenlenmesi gerekir<sup>24</sup>. Kanun koyucu ise, bu hükmü yönetmelikte düzenlemeyi tercih etmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere vücuttan örnek alma işlemi, vücut bütünlüğüne bir müdahaledir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahale, ancak tıbbi zorunluluklar gerektirdiğinde ve kanunda yazılı hallerde yapılabilir.

Bu görüşü destekleyen bir başka husus da, vücuttan örnek alınması işleminin tıbben bir müdahale oluşturması; bu nedenle de bu işlemin tıbbi müdahalenin koşullarına tabi olmasıdır. Tıbbi müdahale koşulları arasında ilgilinin rızasının alınması koşulu vardır<sup>25</sup>. Salt bu açıdan bir değerlendirme yapılırsa ilgilinin rızası olmaksızın bedene yönelik tıbbi müdahaleler hukuka aykırılık teşkil eder. İstanbul Protokolü'nde de bu koşul belirtilmiştir<sup>26</sup>. Ancak Protokolde yer alan bu koşulu Anayasa'nın 17. maddesini dikkate alarak yorumlamamız ve bir sonuca ulaşmamız gerekir. Anayasa'nın 17. maddesine göre kişinin vücuduna rızası olmaksızın müda-

<sup>23</sup> CENTEL – ZAFER, s. 278.

AİHM de 11.7.2006 tarihli Jalloh/Almanya kararında (Başvuru no: 54810/00) delil elde etmek amacıyla rıza olmamasına rağmen vücuda yapılan müdahalenin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele oluşturmaması gerektiğini belirterek, zorlamanın orantılılık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi hususuna vurgu yapmıştır. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. TURHAN, s. 1065 vd.

<sup>24</sup> Aynı görüş için bkz. CENTEL – ZAFER, s. 278.

<sup>25</sup> FİNCANCI, Şebnem Korur – YORULMAZ, Coşkun, "Beden Muayenesi", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 143 vd.

<sup>26</sup> "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu – İstanbul Protokolü", AY md. 90/5'e göre iç hukuka dahil edilen bir belge değildir. Henüz bağlayıcılığı olmayan, ancak tavsiye niteliğinde dikkate alınması gereken bir belgedir.

Protokolde "Bilgilendirilmiş Onam" başlığı altında "... sağlık çalışanları, hasta için neyin iyi olduğuna karar verirken, elinde yetki bulunduran herhangi birinin görüşlerine değil, aklı başında, reşit hastanın isteklerine göre karar vermelidirler" görüşüne yer verilmiştir. Ayrıca Protokolde, Dünya Tabipler Birliği'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne de atıfta bulunulmuştur. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre "Hasta yeterli bilgilendirmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir".

hale edilemez, ancak kanun ile buna istisna getirilebilir. O halde, ancak CMK'da ya da bir başka kanunda yer alması koşuluyla, ilgilinin rızasının yokluğu halinde bu müdahaleyi gerçekleştirmek mümkün olacaktır<sup>27</sup>.

Bu bağlamda özel kanunlarda düzenlenen alkol muayenesi kapsamında vücuttan kan örneği alınmasına yönelik işlemlerin zorla yapılıp yapılamayacağı tartışılan bir diğer konudur. CMK md. 75/7'de alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin olarak *özel kanunlardaki hükümlerin* geçerli olacağı belirtilmiştir. Özellikle trafikte seyredirken polis tarafından durdurulan araç sürücüsünün alkolmetreye üflemeyi reddetmesi halinde, bu kişinin alkollü olup olmadığına karar verebilmek amacıyla hastaneye götürülmesi ve kan örneği alınması gerekir<sup>28</sup>. Kişinin hastanede de bu örneği vermekten kaçınması halinde, polisin zorla bu kan örneğini aldirma yetkisi vardır. Nitekim PVSK md. 16'ya göre *“Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir”*. Zira polis, aracı kullanan kişinin alkollü olup olmadığını belirlemek ve kişi alkollü ise bunun hukuki sonuçlarını ona uygulamakla yükümlüdür. Polisin bu görevini yerine getirirken karşılaşacağı herhangi bir direnme karşısında, direnişi kırmaya yetecek oranda zor kullanma yetkisi vardır. Trafikte araç kullanırken alkolmetreye üflemeyi reddeden, sevk edildiği hastanede kan örneği vermeyi kabul etmeyen kişinin, alkollü olduğu sonucuna varmak ve TCK md. 179/3 kapsamında *“trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu”*nu işlediğini iddia etmek doğru değildir. Bu suçu işleyebilmek için araç kullanan kişinin alkolün etkisiyle aracı sevk ve idare edemeyecek halde olması ve bu şekilde araç kullanması gerekir. Araç sürücüsünün alkolmetreye üflememesi ya da kan örneği vermemesi onun alkollü olduğu sonu-

<sup>27</sup> ÜNVER – HAKERİ, s. 382; AİHM bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine ilişkin bir kararında, şüphelinin gözaltındayken zorla genital muayeneye maruz kalmasını, AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kararda, Mahkeme kişinin fizik bütünlüğüne yapılan müdahalelerin kanunla düzenlenmesi, kanunda herhangi bir hüküm olmaması nedeniyle de somut olay bakımından ilgilinin rızasının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Y.E./Türkiye'ye Karşı (Başvuru no. 24209/94) Karar, Strasbourg/22 Temmuz 2003. Karar için bkz. CENGİZ, Serkan – TORTOP, Nilgün, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, TBBD, S. 52, 2004, s. 371.

<sup>28</sup> 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu md. 48/2'ye göre *“Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılır. Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir”*.

Karayolları Trafik Yönetmeliği md. 97/4'e göre de *“(7)Bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan ölçümlere vaki itirazlar ile mütevaciz davranışlarda bulunulması veya cihazla ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi durumlarda; sürücüler adli tıp kurumu, adli tabiplik veya Sağlık Bakanlığına bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içerisinde sevk edilerek (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldirmak suretiyle alkol tespitleri yaptırılır. Yapılan tespitin değerlendirilmesinde; tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar geçen süre de göz önünde bulundurulurak sonuç belirlenir ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekleştirilir”*.

cunu doğurmaz. Polisin elinde araç sürücüsünün alkollü olduğuna dair bir rapor bulunması, direnme halinde PVSK md. 16'da düzenlenen orantılı zor kullanma yetkisine dayanarak kan örneği alınmasını sağlaması ve buna ilişkin raporu elde etmesi gerekir<sup>29</sup>.

Yönetmeliğin 18. maddesinde yer alan “gerekli önlemler” alınır ifadesi tüm muhakeme süjeleri için geçerli olmasına rağmen, kanaatimizce ilgilinin rızasının bulunmaması durumunda nasıl hareket edileceğini, müdahaleye maruz kalacak kişiye göre değerlendirmek yerinde olur. Zira vücuttan örnek alma şüpheliye, sanığa ve bu kişiler dışında kalan diğer kişilere uygulanabilen işlemlerdir.

Şüpheli veya sanığın rızasının olmaması, bu kişilerin vücutlarından zorla örnek alınmasının mümkün olup olmayacağı sorununu karşımıza çıkarır. Bu sorunun çözümü muhakemenin devamı açısından son derece önemlidir.

Kanaatimizce bu işlemlerin koruma tedbiri niteliği ağır bastığından vücutundan örnek alınacak şüphelinin veya sanığın rızaları aranmaksızın işlemler gerçekleştirilebilir. Ancak diğer kişilerden mağdur için aynı tezi savunmak mümkün değildir. Örneğin özellikle cinsel saldırı suçlarında mağdurun genital muayenesinin yapılması ve örnek alınması gerekiyorsa, ancak mağdur bedeni üzerinde muayeneye ve örnek alınmasına rıza göstermiyorsa, zorla bu müdahaleyi yap(tır)mak doğru değildir. Zira cinsel saldırıya uğrayan kişi, hem bu suçun mağdurudur, hem de zorla bu işlemlere tabi tutularak ikinci kez mağdur durumuna düşürülmektedir. Bununla birlikte cinsel saldırıya uğradığını söyleyen mağdur bu müdahaleye rıza göstermezse, Cumhuriyet savcısının iddiayı ispat edememe olasılığı ortaya çıkabilir. Mağdur da böyle bir olasılığın çıkması halinde, müdahaleye rıza göstermemesinin sonucuna katlanmak zorundadır.

Kanaatimizce özellikle mağdur kadınların ispata ilişkin olarak vücutundan cinsel salgı alınmasını zorunlu hale getiren yönetmelikteki düzenleme yeniden gözden geçirilmelidir ve bu hükmün zorunluluğu şüpheli veya sanıkla sınırlı olarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Bir başka husus, şüpheli veya sanığın vücutundan örnek alınmasına rıza göstermesi ya da kendilerinin bu müdahalelerin yapılmasını talep etmesi halinde karar prosedürünün izlenip izlenmeyeceği konusudur. Kanunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönetmeliğin 18. maddesinde talep şüpheli veya sanıktan gelmişse, karar alma usulüne gerek olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının ilgili kurumdan işlemi talep etmesi yeterli olacaktır. Kovuşturma evresinde ise sanık mahkemeden talepte bulunmalı ve mahkeme de sanığı ilgili kuruma göndermelidir. Şüpheli veya sanık

<sup>29</sup> KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, kolluğun teknik cihazlar kullanılarak ya da ilgili kişinin buna itiraz etmesi üzerine kan örneği olarak alkol muayenesi yapmaya yetkili olduğunu belirtmektedir. KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, s. 1013, 1023.

talepte bulunmamış fakat müdahalelere rıza göstermişse de, mutlaka karar alma sürecinden geçilmelidir (Yön. md. 18/3). Kanun koyucu, bu hükümlerle kolluğun şüpheli ya da sanığı, rıza göstermeye zorlayarak hâkim veya savcıdan karar alma usulünü bertaraf etmesini önlemiştir<sup>30</sup>.

Diğer kişilerden mağdurun rıza göstermesi halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına ihtiyaç yoktur (CMK md. 76/2). Mağdur dışındaki diğer kişiler içinse, Yönetmeliğin 18. maddesinin 3. fıkrası geçerlidir. Buna göre, “... 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”.

## SONUÇ

Vücuttan örnek alınması, ceza muhakemesinde sıkça başvuru alan delil değerlendirme araçlarından biridir. Bu işlem, 5271 sayılı CMK’da yer verilen ayrıntılı bir düzenlemeye hukuk sistemimize dâhil edilmiştir.

Vücuttan örnek alma; şüphelinin, sanığın ve diğer kişilerin vücudundan biyolojik örnek veya diğer materyalleri elde etmek amacıyla gerçekleştirilen bir işlemdir. Alınan örneklerin tek başına bir anlamı yoktur; bu örnekler eldeki belirtilerle karşılaştırılarak, bu belirtilerin delil değeri kazanmasında kullanılır. O halde, vücuttan örnek alma doğrudan delil elde etme yöntemi değil, eldeki belirtilerin anlamlandırılmasını sağlayan delil değerlendirme araçlarından biridir. Kanun koyucu, bu işlemlere Kanunun Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümünde “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığında yer vermesine rağmen, bu işlemler için koruma tedbirlerinin koşullarına paralel bir düzenleme öngörmüştür.

Vücuttan örnek alma işlemi, AY md. 38/5’te ifade edilen susma hakkını ihlal etmemektedir. Kişi vücudundan örnek alınmasına rıza gösterebilir veya göstermeyebilir. Rıza göstermemesi durumunda, vücudundan zorla örnek alınması, ilgilinin olaya ilişkin bildiklerini anlatmama hakkına hâlel getirmez. Zira şüpheli ya da sanığın susma hakkı, olay hakkında bildiklerini anlatmamasıyla sınırlıdır.

Vücuttan örnek alınmasına maruz kalacak olan şüpheli veya sanık ya da diğer kişilerin bu işleme rıza göstermemeleri durumunda, zorla vücutlarından örnek alınabileceğine ilişkin olarak kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Muhakemenin devamı açısından son derece önemli olan bu husus, Yönetmeliğin 18. maddesindeki hükümlerle düzenlenmiştir. Bu hükme göre “...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”.

<sup>30</sup> ÜNVER – HAKERİ, s. 381.

Kanaatimizce vücuttan örnek alma işlemi gerçekleştirilirken koruma tedbirlerinin zorlayıcı olma niteliği gereği, ilgili kişinin vücudundan örnek alınabilecek şüphelinin veya sanığın rızaları aranmaksızın işlemler gerçekleştirilebilecektir. Diğer yandan mağdur için zorlayıcı tedbir uygulanması doğru değildir. Her ne kadar bu durum karşısında Cumhuriyet savcısı iddiasını ispat edememe riski ile karşılaşacak olsa da, mağduru örnek vermeye zorlamak, onu ikinci kez mağdur etmek anlamına gelir.

### KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Nihal – HANCI, İ. Hamit – ÇAKIR, A. Hadi, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, AÜHFD, Yıl: 2002, C. 51, S. 2, s. 199-206.
- CENGİZ, Serkan – TORTOP, Nilgün, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları”, TBB, S. 52, 2004, s. 365-372.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999.
- FİNCANCI, Şebnem Korur – YORULMAZ, Coşkun, “Beden Muayenesi”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 142-146.
- İNCİ, Zekiye Özen, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, www.turkhukuksitesi.com, Atf Tarihi: 30.4.2013.
- KARÇKAY, Umut, “Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S. 12, Ağustos 2007, s. 83- 85.
- KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama), Ankara 2007.
- KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010.
- KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Özet Kitap, İstanbul 2005.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atf Tarihi: 30.04.2013 (**Beden Muayenesi**).

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “DNA Analizi”, <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/cmh-makaleler.htm>, Atıf Tarihi: 30.04.2013  
**(DNA Analizi).**
- OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 1997.
- ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Mehmet Nihat – DOĞAN, Koray – BACAKSIZ, Pınar – TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012  
**(ÖZBEK ve diğerleri).**
- ÖZBEK, Veli Özer, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, S. 2, 2006, s. 357-406.
- ÖZBEK, Veli Özer, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1076 – 1132.
- ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, M. Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin F. Saygılar – ÖZAYDIN, Özlem – AKCAN, Esra Alan – ERDEM, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012 **(ÖZTÜRK ve diğerleri).**
- POLAT, Oğuz, Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar, Ankara 2004.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- ŞAHİN, Cumhur – GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, 2. Baskı, Ankara 2013.
- TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.
- TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesi’nde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, s. 1025 – 1075.
- ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 7. Baskı, Ankara 2013.
- YÜKSELOĞLU, E. Hülya – ÖZCAN, Şebnem – CEYLAN, Beyhan, “Olay Yeri İncelemesi ve Türkiye’deki Uygulamalar”, Polis Bilimleri Dergisi 2008, 10 (1), s. 61-80.
- YILDIZ, Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 273-345.





**6352 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE  
TÜRK CEZA HUKUKUNDA İRTİKÂP SUÇU  
(TCK m.250)**

*(Crime of Extortion in the Framework of the Amendments  
of the Act Number 6352)  
(Turkish Penal Code Art. 250)*

**Mehmet Nihat KANBUR\***

**ÖZET**

İrtikâp suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 250'de düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında icbar suretiyle irtikâp, ikinci fıkrasında ikna suretiyle irtikâp ve üçüncü fıkrasında ise hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçu yer almaktadır. 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı kanun ile maddenin birinci fıkrasına eklenen cümle ile icbar karinesi getirilmiş ve icbar kavramının kapsamı genişletilmiştir. Bu değişikliklerle önceden görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257) oluşturan bazı fiiller irtikâp suçu kapsamına alınmıştır. Bu çalışmada; icbar, ikna, hatadan yararlanma ve icbar karinesi kavramları incelenecektir. Ayrıca, yasal düzenlemeden ve gündelik uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlar da değerlendirilecektir.

**Anahtar kelimeler:** İrtikâp, İcbar, İkna, Hatadan yararlanma, İcbar karinesi, Görevi kötüye kullanma suçu

***Abstract***

The crime of extortion is organized in the Turkish Penal Code No. 5237, article 287. In the first paragraph of article extortion by compel is regulated. Extortion by convince stated in the second paragraph and in the third paragraph of article, extortion by taking an advantage of a person's mistake is regulated. By the act no.6352 and date 02.07.2012, a new sentence added in the first paragraph of the article named as presumption of compel and the scope of concept of compel is expanded. Some offences which are in the scope of the crime of "Misuse of Public Duty (art.257)" before, now regulated as extortion of compel with this amendment. In this study, the concept of compel, convince, taking advantage of a person's mistake and presumption of compel will be examined.

\* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nkanbur@yahoo.com

Also, some of the problems caused by applications in the legal regulation and will also be evaluated daily.

**Keywords:** Extortion, Compel, Convince, Taking advantage of a Person's mistake, Presumption of compel, The crime of misuse of public duty

## GENEL OLARAK

İrtikâp suçu, 5237 sayılı TCK'nin Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabının, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısımının, "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"<sup>1</sup> başlıklı İkinci bölümü, m.250'de düzenlenmiş<sup>2</sup> ve 6352 sayılı kanunla birinci fıkrası önemli ölçüde değişmiş<sup>3</sup> ve maddeye ayrıca dördüncü fıkra eklenmiştir<sup>4</sup>. İrtikâp suçu, 765 sayılı TCK'de, İkinci Kitabın, "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlığını taşıyan Üçüncü Babının, İkinci Faslında m.209'da<sup>5</sup> düzenlenmekteydi<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Devlet idaresi kavramı ve devlet idaresine karşı işlenen suçların ortak özellikleri ve özellikle 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK hükümlerinin genel değerlendirmesi için Bkz. **NUHOĞLU Ayşe**; Yeni Türk Ceza Kanunu ile Kamu İdaresi Aleyhinde Cürümlerde getirilen Değişiklikler, in. Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt.12, Sayı 1–3, 2004–2006, İstanbul-Haziran-2006, s.985 vd, **ÖZEN Mustafa**; İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Temmuz-2010, s.31-34.

<sup>2</sup> **CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem**; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 2. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul-Mart-2011, s.346.

<sup>3</sup> 6352 sayılı kanun değişikliğinden önce madde metni şu şekildeydi: **İRTİKÂP – TCK m.250:** "(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

<sup>4</sup> Bahse konu değişiklikler sonucu halk arasında "bahşış" – "paylaşım" – "iş görme bedeli" diye tabir edilen hukuka aykırı menfaatlerin de irtikâp suçu kapsamında olacağı ve bu nedenle kamu görevlisinin aslında basit bir menfaate karşılık çok ağır yaptırımlara tabi olacağı yönündeki eleştiriler hakkında bkz. **ŞEN Ersan**; Yeni Düzenlemede İrtikâp ve Rüşvet Suçları, in. Yorumluyorum -2-, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, 2.Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara-Ağustos-2012, s.459 vd.

<sup>5</sup> **765 sayılı TCK m.209 – İRTİKÂP:** "Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına, bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Memur Kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir."

<sup>6</sup> 765 sayılı TCK döneminde irtikâp suçunda üç değişiklik yapılmıştır. 1936 yılında 3038 sayılı kanunla "fîlin ayrıca memuriyet sıfatının kötüye kullanılması suretiyle de işlenebileceği" hususu madde

02.07.2012 Tarihli ve 6352 sayılı kanun m.86 ile değişik olan son şekliyle TCK m.250;

“(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

(4) İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurulur, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

## I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İrtikâp suçuyla birden fazla hukuki değer korunmaktadır. Öğretide bir görüş korunan hukuki değerın tespiti için suçun düzenlendiği yeri esas almış ve korunan hukuki değerin, “kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi” olduğunu kabul etmiştir<sup>7</sup>. Bir başka görüşe göre ise burada hem kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesi engellenmek istenmiş hem de devlet otoritesinin gücünü görev nedeniyle kendinde bulduran kamu görevlisinin, bu gücü kötüye kullanarak vatandaşa zarar vermesi önlenmek amaçlanmıştır<sup>8</sup>. Yargıtay ise uygulamasında irtikâp suçuyla kamu ida-

metnine eklenmiştir. 1953 yılında 6123 sayılı kanunla suçla ilişkin cezalar artırılmıştır. 1990 yılında 3679 sayılı kanunla m.210 kaldırılarak irtikâp suçuna ilişkin hükümler m.209’da toplanmıştır. Türk hukukunda irtikâp suçunun tarihsel gelişimi ve bahse konu değişiklikler için bkz. **ÖZGENÇ İZZET**; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara–2002, s.161 vd. (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...*).

<sup>7</sup> **ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner**; 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara–Ekim-2012, s.827, (12. Baskı...), **TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat**; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara–2012, s.835, **ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner**; 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara–2007, s.661. (8. Baskı...), **EVİK Vesile Sonay**; İrtikâp Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 / 2, s.53.

<sup>8</sup> **ÜZÜLMEZ İlhan**; Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:14. Sayı:2, s.275, **ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin**; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yayıncılık, İstanbul–1992, s.66.

resinin saygınlığı, bireylerin kamu görevlilerine karşı duymaları gereken inanç ve itimat, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar korunmuş olmaktadır<sup>9</sup>.

*Kanaatimizce* irtikâp suçu ile hem kamu görevlisinin görevini, görev disiplini içerisinde kurallara ve işlem dürüstlüğüne uygun şekilde yürütmek suretiyle toplumun devlet idaresine olan güveni korunmakta hem de kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle sağlamış oldukları güç ve üstünlükten yararlanarak kişilerin iradelerini etki altına almak suretiyle zarar vermeleri engellenmektedir<sup>10</sup>.

## II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

### 1) SUÇUN KONUSU

TCK m.250'de irtikâp suçunun konusunu "yarar" ve "vaat" oluşturmaktadır. Bu yarar kamu görevlisinin kendisine veya başkasına sağlanan veya vaat olunan her şeydir. 765 sayılı TCK m.209'da, irtikâp suçunun konusu, "para veya sair menfaatler" olarak belirtilmişti. *Kanaatimizce* 5237 sayılı TCK m.250'de para kelimesinin kullanılmayıp sadece yarar kelimesinin kullanılması, suçun konusunu 765 sayılı TCK m.209'a göre daraltmış değildir. Çünkü para da yarar kavramı içerisinde kabul edilebilecek bir menfaat türüdür. Yarar kelimesi sözlük anlamı itibariyle "bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj; çıkar; yarayan, elverişli, uygun" gibi anlamlara gelmektedir<sup>11</sup>. İrtikâp suçu bakımından yarar, kamu görevlisinin bizzat kendisine veya onun kabulüyle bir başkasına sağlanan maddi nitelikli her şeydir. Bu yarar bizzat para, değerli eşya, çek, senet vermek suretiyle aktif bir şekilde sağlanabileceği gibi herhangi bir borcun silinmesi, başkasına ödenmesi, borç yüklenilmesi, borcun vadesinin uzatılması, bedelle yararlanılabilecek bir hizmet, iş ya da sözleşme konusundan bedelsiz yararlanılması suretiyle pasif şekilde de gerçekleşebilir.

Görüldüğü üzere yukarıda belirtilen yarar türleri hep maddi içerikli ve belli bir ekonomik değeri içeren menfaatlerdir. Acaba maddi nitelikten çok manevi özelliği ağır basan konular yarar kavramı kapsamında değerlendirilebilecek midir? Örneğin cinsel yakınlaşmalar, bazı unvan, iltifat, övgü gibi manevi ve duygusal nitelikli yararlar bu kapsama girebilir mi? Öğretide bir görüş<sup>12</sup> bu tür cinsel, duygusal veya manevi konuların yarar kapsamında değerlendirilemeyeceğini ileri sürmekte,

<sup>9</sup> (YCGK. 18.05.1999, 5–119/121). Karar için bkz. YAŞAR Hakkı; Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki, Adalet Dergisi, Aralık–1966, Sayı:12, s.463 vd.

<sup>10</sup> ÖZEN; s.46, ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAŞIZ Pınar / DOĞAN Koray / TEPE İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara–Ekim-2012, s.949.

<sup>11</sup> Çeşitli anlamlar için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=yarar&ayn=tam>

<sup>12</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.836, ÖZGENÇ; (Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...), s.170; ERMAN / ÖZEK; s.118.

diğer bir görüş ise<sup>13</sup>, belirtilen cinsel, manevi veya duygusal nitelikteki hususların yarar kapsamına gireceğini belirtmektedir. Bu görüşlerin dışında manevi yararın genel olarak irtikâp suçunun konusunu oluşturacağını kabul etmekle birlikte nitelik ve boyut olarak bu yararlar arasında ayırım yapan görüş ise cinsel yakınlaşmaları ve evlenmeye zorlamayı yarar olarak kabul etmekle birlikte gülümseme, övülme gibi nezaketen tutumları yarar kapsamında değerlendirmemektedir<sup>14</sup>. *Kanaatimizce* yarar kavramı geniş yorumlanmalı ve hem maddi hem de manevi nitelikteki konuları kapsamalıdır. Çünkü kamu görevlisi normal şartlarda elde edemeyeceği ve kendisi açısından önemli olan bir iyileştirmeyi sağlamak suretiyle yarar temin etmiş bulunmaktadır<sup>15</sup>.

5237 sayılı TCK m.250 hükmü metni yararın haksız bir yarar olmasına yönelik bir açık bir düzenleme getirmemiştir. Oysa 765 sayılı TCK m.209 açıkça haksız yarar kelimelerini kullanmıştır. O dönemde yararın haksızlık unsuru bulunmaması durumunda (*örneğin kamu görevlisinin bizzat kendisinin veya kamu idaresinin alacağını almak amacıyla memuriyet görev veya sıfatını kötüye kullanmak suretiyle icbar veya ikna fiilleri işlemesi*) öğretide bir görüş<sup>16</sup> irtikâp suçunun oluşacağını söylerken diğer bir görüş ise burada ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma ve suçlarının oluşacağını ileri sürmüştür<sup>17</sup>. *Kanaatimizce* burada yarar kelimesinin mutlaka haksızlık ifadesiyle birlikte kullanılması gereği yoktur. Bir suç konu olan her şey zaten doğal olarak haksızlık içeriğine sahiptir. Önemli olan bu yararın hangi durumla bağlantılı olarak temin edildiğidir. Bir görev kapsamında temin edildiye bu yarar irtikâp suçunun konusunu oluşturabilecektir. Ancak kamu görevi kapsamı dışında temin edilen yarar irtikâp suçunun konusunu değil ancak şartları varsa yağma, dolandırıcılık gibi suçların konusunu oluşturabilecektir<sup>18</sup>.

Öğretide, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle, bizzat kendi şahsına ait bir alacağı almak amacıyla gerçekleştirdiği icbar, ikna ve hatadan yararlanma fiillerin irtikâp suçunu oluşturacağı ileri sürülmüştür<sup>19</sup>. *Kanaatimizce* sağlanan yararın kamu görevi ile bağlantısı yoktur. Buradaki icbarı yağma suçunun, iknayı ise dolandırıcılık suçunun unsuru olarak

<sup>13</sup> ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.674, TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara-2009; s.744, SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2010, s.660, ÖNDER Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul-1994, s.142.

<sup>14</sup> ÖZEN; s.71.

<sup>15</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.949–950.

<sup>16</sup> ERMAN / ÖZEK; s.83.

<sup>17</sup> ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA; (2.Bası...), s.413 vd. EREM Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt:2, Ankara-1993, s.365.

<sup>18</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.950.

<sup>19</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT; (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar...), s.346-347, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.836.

değerlendirmek gerekir<sup>20</sup>. Ancak fail bizzat kendi alacağı için değil de kamu idaresine ait olan bir alacağı almak için irtikâp fiillerini işlerse bu durumda irtikâp suçu oluşabilecektir. Kamu idaresi, TCK m.250 metninde geçen “başkası” kavramı içinde değerlendirilebilir niteliktedir. Kamu görevlisinin, kamu idaresinin var olan bir alacağını kamu idaresinin hesabına almak için irtikâp fiillerini gerçekleştirmesi halinde de irtikâp suçu oluşabilecektir. Ancak öğretilerde aynı kamu görevlisinin, gerçekleştirdiği irtikâp fiilleri sonucu kamu idaresinin bir alacağını tahsil etmiş olup da bunu kendi hesabına kullanması halinde irtikâp suçunun değil zimmet suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir<sup>21</sup>.

## 2. FAİL

İrtikâp suçu özgülü suç niteliğinde bir suçtur. İrtikâp suçunun faili sadece kamu görevlisidir. İrtikâp suçu işlendiği sırada failin kamu görevlisi sıfatını taşıması yeterlidir. Suç işlendikten sonra bu sıfatın kaybedilmiş olması veya görev başında bulunmaması suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Kamu görevlisi irtikâp fiillerini tatil gününde veya mesai saatleri dışında gerçekleştirmesi halinde de irtikâp suçu oluşacaktır<sup>22</sup>. Kamu görevlisi kavramı TCK m.6'ya<sup>23</sup> göre belirlenecektir. Buna göre kişinin kamu görevlisi olup olmadığına ilişkin ayırım, kişinin kamusal bir faaliyet gösterip göstermediğinin tespiti ile birlikte yapılabilecektir. Nitekim TCK m.6'nın gerekçesinde de bu durum aynı şekilde ifade edilmiştir.

**Madde Gerekçesine göre;** “Maddede... memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”

<sup>20</sup> İrtikâp suçundaki cebir unsurunun Yağma suçuyla ve ikna unsurunun dolandırıcılık suçuyla ilişkisi bakımından ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEN; s.129 vd.

<sup>21</sup> SOYASLAN; s.661, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.836.

<sup>22</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.674,

<sup>23</sup> Tanımlar – TCK Madde 6: “(1) Ceza kanunlarının uygulanmasında; c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, anlaşılır”.

Kamu görevlisinin emeklilik, istifa, meslekten çıkarılma gibi sebeplerle yasal olarak kamu görevinin sona ermesinden sonra eski görevi kapsamında irtikâp fiili niteliğinde bir suç işlemesi halinde bir görüşe göre 5237 sayılı TCK'de, bu hususla ilgili özel bir düzenleme olmadığı için kişinin kamu görevlisi sıfatı artık dikkate alınamayacak (*çünkü bu sıfat artık kalkmıştır*), irtikâp suçu oluşmayacak ancak diğer unsurları oluşmuşsa başka suç tiplerinden sorumluluğu devam edecektir<sup>24</sup>. Bir başka görüşe göre ise kamu görevlisi olma sıfatı sona erdikten sonra kişinin eski görevine ilişkin bir suç işlemesi halinde görev ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunduğu sürece kişi kamu görevlisi gibi (*filin niteliği uymaktaysa irtikâp suçundan*) cezalandırılacaktır<sup>25</sup>. *Kanaatimizce* birinci görüş daha tutarlıdır. Çünkü bu tür fiillerde kanunun belirttiği asıl kıstas failin kamu görevlisi sıfatına sahip olmasıdır. Bu sıfat her ne suretle olursa olsun kaybedildikten sonra bu sığata özgü suçların bizzat fail olarak işlenmesi mümkün değildir<sup>26</sup>.

### 3) MAĞDUR

Herhangi bir suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir<sup>27</sup>. Tüzel kişiler<sup>28</sup> mağdur değil ancak suçtan zarar gören olarak değerlendirilebilirler. Suç devlete karşı işlenmiş olsa bile, devlet bir suçun mağduru olarak değil ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilebilirler<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.696.

<sup>25</sup> ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.558.

<sup>26</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.951–952.

<sup>27</sup> ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ekim–2012, s.160, ÖZGENÇ İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Ankara–2010, s.198–199, KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara-Ekim–2012, s.106, HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara–2012, s.120, ÜNVER Yener; Ceza hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara–2003, s.141, ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / DOĞAN Koray / TEPE İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara–Eylül–2012, s.202.

<sup>28</sup> TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku, Ankara–2009 s.96, DEMİRBAŞ Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara-Ekim–2012, s.525. Tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi suçun mağduru olabileceği ve fakat bunun ilgili suçun niteliğine göre değişebileceği hususunda aksi yöndeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZAFER Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1–75 Ders Kitabı, 2.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.İstanbul-Ekim–2011, s.137–138. Öğretide, kanunun açıkça düzenlemesi halinde, tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. EREM Faruk / DANIŞMAN Ahmet / ARTUK Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara–1997, s.240.

<sup>29</sup> ÖZGENÇ; (5.Bası...), s.198–199, ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara–2007, s.445. Öğretide SOYASLAN, suçun pasif süjesinin kişi veya kurum olabileceğini belirtmektedir. Bkz. SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara–2012, s.239–241.

İrtikâp suçunun mağduru; icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan gerçek kişidir. Tüzel kişilerin icbar, ikna edilmesi ya da hatasından yararlanması söz konusu olamayacağından bu suçun mağduru olamayacaktır<sup>30</sup>. Öğretide irtikâp suçunda, bu suçun birinci pasif süjesinin devlet, ikinci pasif süjesinin ise menfaat sağlayan şahıs olduğu görüşü de ileri sürülmektedir<sup>31</sup>. 765 sayılı TCK döneminde, irtikâp suçunun “Devlet İdaresine Karşı İşlenen” suçlar arasında düzenlenmiş olması nedeniyle bu suçun mağdurunun devlet, irtikâp fiiline maruz kalan kişinin ise suçtan zarar gören olduğu ileri sürülmekteydi<sup>32</sup>. İcbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişi ile kamu görevlisine yarar sağlayan kişi aynı kişi olabileceği gibi mutlaka böyle olması gerekmez. İrtikâba maruz kalan kişi ile yararı sağlayan kişi farklı kişiler ise bu durumda, icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişi mağdur sayılacak, yarar sağlayan kişi ise suçtan zarar gören kişi olacaktır<sup>33</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki kamu görevlisinin, bağlı olduğu kamu idaresi de suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir<sup>34</sup>.

#### 4) EYLEM

##### A) GENEL OLARAK

İrtikâp sözlük anlamı olarak “*kötü iş yapma, kötülük etme, yiyicilik, yalan söyleme, hile yapma*”<sup>35</sup> anlamlarına gelmektedir. Hukuk terimi olarak irtikâp; kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yönde vaat de bulunma-

<sup>30</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.836–837.

<sup>31</sup> SOYASLAN; (Genel Hükümler...), s.241.

<sup>32</sup> ÖZGENÇ; (Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...), s.174. Bkz. EREM Faruk / TOROSLU Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara–2003, s.166, ÖNDER; s.142, MALKOÇ İsmail / GÜLER Mahmut; Memurlar ve Suçlar, Ankara, 1998, s.118.

<sup>33</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.952.

<sup>34</sup> “...3628 sayılı Yasanın 18. maddesine aykırı olarak, hazinenin irtikâp suçunun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer hakları kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’nün duruşmadan haberdar edilmemesi...” (Y.5.CD. 12.01.2010, 2009/1481–2010/2). Karar için bkz. YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara–2010, Cilt:5, s.7078. “Van Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanık hakkında 765 sayılı TCK’nın ikinci kitabının üçüncü babında yer alan “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” den cebri irtikâp suçunu işlediği iddia olunarak dava açılmış bulunmasına göre Sağlık Bakanlığının yargulama sonucuna göre inzibati nitelikte işlem yapma yetkisi bulunması ile 5020 sayılı Kanununun 13. maddesiyle 3628 sayılı Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkra hükmü de gözetilip suçun işlenmesinden ötürü doğrudan zararının söz konusu olduğu nazara alınarak, Sağlık Bakanlığına izafeten hazine vekilinin irtikâp suçundan açılan davaya katılmasına karar verilmesi gerekirken, 29.03.2004 günlü oturumda katılma isteminin reddine karar verilip duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır”. (Y.5.CD. 26.05.2008, 2006/1416–2008/5163; Karar için bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ; s.7087.

<sup>35</sup> Anlam için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=irtikap&ayn=tam>



ya icbar ya da ikna etme veya görevinin gereği olarak almaması gereken şeyi karşı tarafın hatasından faydalanarak alma olarak tanımlanmaktadır<sup>36</sup>.

İcbar suretiyle irtikâp bakımından icbar kavramı, “*bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde, maddi veya manevi zor kullanma*”<sup>37</sup> olarak tanımlanmaktadır. İcbarın varlığı ve/veya yoğunluğu ile irtikâp suçunu oluşturmaya elverişli bir boyuta ulaşması her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir<sup>38</sup>. Ancak son derece güç olan bu tespit, kanun koyucuyu belirli durumlar bakımından bir “**İcbar Karinesi**” düzenlemeye yönlendirmiştir. 6352 sayılı kanun m.86 ile değişen TCK m.250/1’e göre; “(1) *Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.*” Görüldüğü üzere, birinci fıkranın ilk cümlesi icbar suretiyle irtikâp suçunu düzenlemekle birlikte ikinci cümlesi yeni bir düzenlemeyle “**İcbar Karinesi**”ne ilişkin hüküm getirmiştir<sup>39</sup>.

Kanaatimizce fıkra metninin ilk cümlesindeki icbar, tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açıkça anlaşılan ve objektif olarak herkes tarafından kabul edilebilecek bir zorlamayı ifade etmektedir. Akabinde ikinci cümlede getirilen “**İcbar Karinesi**” ise belirtilen kadar açık bir zorlama olarak anlaşılamasa da kanuni bir icbar kabulü ile asgari belirli bir yoğunluğa ulaşan zorlamaların mağdur kişi, devlet ve kanun hükmü bakımından arz ettiği önem göz önüne alınarak oluşturulmuştur. O halde aslında fıkra metninin birinci cümlesindeki kadar ağır ve açık olmayan zorlamalar da bu karine hükmü gereği icbar kabul edilecek<sup>40</sup> ve yapılan fiil icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturacaktır<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bast...), s.645; TURABİ Selami; İrtikâp Suçları, Ankara, 2009, s.15, GÜRELLİ Nevzat; İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954, s.7.

<sup>37</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bast...), s.645.

<sup>38</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.837, ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (12.Baskı...), s.834.

<sup>39</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.953.

<sup>40</sup> Kanun koyucunun, çok geniş bir “icbar” tanımı yaparak, henüz icbar aşamasına gelmemiş fiilleri, TCK mülga m.257/3 kapsamından çıkararak icbaren irtikâp olarak değerlendirmeye yönlendirmesinin eleştirisi için bkz. ŞEN; s.459–460.

<sup>41</sup> Benzer yönde olmak üzere öğretilde bazı yazarlar yeni getirilen bu düzenlemenin, 6352 sayılı kanun ile kaldırılan TCK m.257/3 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedirler. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.837, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / KORAY / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.953.

İkna kavramı ise “failin, hileli hareketlerle aldatıp kandırma da dâhil her türlü yeteneğini kullanarak suçun mağdurunu kendisine veya başkasına haksız bir menfaata sağlamaya veya vaat etme gereğine inandırması<sup>42</sup>” olarak tanımlanabilir. Kanun koyucu 6352 sayılı kanunla, irtikâp suçunun ortaya çıkışı şekli olarak “ikna” fiiline yönelik herhangi bir değişiklik ya da ek getirmiş değildir.

Öğretide bazı yazarlar<sup>43</sup> ve uygulamada bazı kararlarında Yargıtay<sup>44</sup>, irtikâp suçunu ifade etmek üzere “*yiycilik*”<sup>45</sup> terimini kullanmaktadır. Bununla birlikte icbar suretiyle irtikâp için “*mağduru zorlama yoluyla irtikâp*”, “*manevi zorla yiycilik*”, “*zor yoluyla yiycilik*”, “*cebri irtikâp*”<sup>46</sup>; ikna suretiyle irtikâp için, “*ikna yoluyla yiycilik*”; hatadan yararlanma suretiyle irtikâp için, “*yanılgıdan faydalanarak yiycilik*”<sup>47</sup> terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir<sup>48</sup>.

## B) GÖREVİN SAĞLADIĞI NÜFUSU KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE İCBAR ETME

### a) Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanma

765 sayılı TCK döneminde “*memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak*” olarak ifade edilen bu durum 5237 sayılı TCK m.250’de “*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak*” olarak formüle edilmiştir. 765 sayılı TCK döneminde memuriyet sıfatının kötüye kullanılması<sup>49</sup>, sübjektif olarak kamu görevlisinin üstlendiği görevle

<sup>42</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.646.

<sup>43</sup> SELÇUK Sami; Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986, s.45 vd. BAKICI Sedat; Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara, 1988, s.180 vd.

<sup>44</sup> “Bazı dosyaların sanıkları olan müştekilerden; keşif, posta, temyiz gideri ya da para cezası olarak bir miktar para vermeleri gerektiğini söyleyerek memuriyet sıfatın kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödenmesi gerekmeyen bu paraların ödenmesi hususunda onları ikna edip, kendilerinden maktubsuz para alarak haksız çıkar sağlayan zabıt katibi sanığın eylemleri; ikna suretiyle yiycilik suçunu oluşturduğundan, görevi kötüye kullanma suçunun unsurları yoktur” (Y.5.CD. 29.02.1996, 1995/4264–1996/523). “Banaz İlçesi Tapu Sicil Müdürü olan sanığın adına kayıtlı taşınmazla ilgili olarak cins tashihî için başvuran müştekiden işlemlerin gerektirdiği eğitime katkı payı olarak sadece 5.000.000 lina alması gerekirken, memuriyet görevini kullanmak suretiyle bir takım hesaplar yapıp, yasal olarak harç ve masrafin 69.750.000 lira olduğunda ısrar ve müştekiyi ikna ederek ertesi gün 70.000.000 lirayı aldığı, bir süre sonra vergi tahsil alındısından fazla para alındığı anlayan müştekinin de şikâyetle bulunduğu tüm kanıtlar ve dosya içeriğinden anlaşılmasına göre; sanığın oluşumu kabul edilen eyleminin ikna suretiyle yiycilik suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde görevi kötüye kullanmaktan hüküm kurulması” (Y.5.CD. 10.05.2001, 2000/6569–2001/3234). Kararlar için bkz. AKÇİN İhsan; Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara–2007, s.151.

<sup>45</sup> Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.837, dipnot.344.

<sup>46</sup> SOYASLAN; Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2006, s.503 vd.

<sup>47</sup> SELÇUK; s.45 vd. BAKICI; s.180 vd.

<sup>48</sup> Bkz. ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.954.

<sup>49</sup> “Vergi dairesinde tahsildar ve icra memuru olan sanıkların vergi borcunu ve buna ait dosyayı ortadan kaldıracaklarından söz ederek” yarar sağlamalarının memurluk sıfatının kötüye kullanılması suretiyle irtikâp suçu oluşacaktır.” (Y.5.CD. 05.03.1987, 8010/1324).

ilgisi olmasa bile, haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar etmek hususunda görevden sağlanan unvan ve sıfatın ileri sürülmesi, görevin kötüye kullanılması<sup>50</sup> ise, kamu görevlisinin objektif olarak kendi görev ve yetki alanına giren bir işi veya işlemi yaptığı esnada haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar ederken görevin verdiği kolaylıktan faydalanması olarak tanımlanmıştır<sup>51</sup>.

5237 sayılı TCK m.250'de yer alan, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması kavramı ise, “memuriyet sıfatının ve görevinin kötüye kullanılması” kavramını da kapsayan üst bir kavramdır. Görevin ve sıfatın kötüye kullanılması, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması bakımından iki ayrı beliriyş şeklidir. Görevin kötüye kullanılması; görev ve yetki alanına giren bir işin yapılması esnasında görevin sağladığı yetkinin kullanılması, sıfatın kötüye kullanılması ise; göreve girmeyen fiillerin işlenmesi esnasında sıfatın kullanılması<sup>52</sup>, “**görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması**” olarak kabul edilebilir<sup>53</sup>. 6352 sayılı kanun değişikliği ile madde metninin ilk şeklindeki “görevin gereklerine aykırı bir eylem” ile icbaren irtikâp suçunun işlenmesi yerine “*kamu görevlisinin görevinin ifası ile ilgili*” bir işlem yapma şartı getirilmiştir<sup>54</sup>.

İrtikâp suçu bakımından nüfuzunu kötüye kullanması, kamu görevlisinin bağlı olduğu genel mevzuat gereği görevine giren bir iş veya işlemle ilgili olarak ortaya çıkması gerekmektedir<sup>55</sup>. Yarar sağlamakta araç olarak kullanılan iş veya işlem mevzuat gereği kamu görevlisinin görevi kapsamında bulunmalıdır. Yargıtay'ın uygulaması da bu doğrultudadır<sup>56</sup>. Ancak nüfuzun kötüye kullanılması için failin o sırada mutlaka görevi başında olması gerekirken, somut olarak sadece yarara konu o iş veya işlemle ilgili olarak fiilen çalışıyor olması şart değildir<sup>57</sup>.

Burada kamu görevlisi, yarar sağlamaya yönelik olarak görevinin kendisine sağlamış olduğu etkinlik, üstünlük ve avantajları içinde barındıran nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle mağduru zorlamaktadır. Bir işlemin gerçekleşmesi için yasal bü-

<sup>50</sup> “Tapu sicili muhafızının tapu intikal işlemi için başvuranlardan eksiklik olduğunu ileri sürerek güçlük çıkarıp manevi baskı yaparak çıkar sağlaması, görevi kötüye kullanma suretiyle irtikâp suçunu meydana getirmektedir.” (Y.5.CD. 07.11.1984, 3260/4156).

<sup>51</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.746, ÜZÜLMEZ; (İrtikâp...), s.280.

<sup>52</sup> TOROSLU; s.286.

<sup>53</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT; (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar...), s.347, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.746.

<sup>54</sup> ŞEN; s.465.

<sup>55</sup> Öğretide bir görüşe göre; nüfuzu kötüye kullanılmanın, genel olarak mevzuat hükümlerine aykırılıklar olarak değil sadece kanuna aykırılıklar şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Bu kanunilik ilkesinin zedelenmemesi bakımından önemlidir. Görüş için bkz. ÖZEN; s.52.

<sup>56</sup> “... İrtikâp suçu bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlamasıdır. O nedenle icbar veya ikranın konusu memurun görevine girmiyor ise irtikâp suçundan söz edilemez”. (Y.5.CD. 30.10.2002, 7872/6911). Karar için bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ; s.7055.

<sup>57</sup> ÖZBEK / KANBÜR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.955.

tün şartların bulunmasına rağmen işin yokuşa sürülerek yapılmaması, kamu görevinin gereğine aykırı davranılacağı hususunda mağdura beyanda bulunulması, idareye tanınan takdir yetkisini kullanacak olan kamu görevlisinin bunu aksi gerekmemesine rağmen mağdur lehine kullanmak istememesi, nüfuzun kötüye kullanılmasına örnek olarak verilebilir<sup>58</sup>. Nitekim kanun koyucu da bu fikrimize paralel olarak 6352 sayılı kanun m.86/1'e getirdiği ek cümle ile "*kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığını*" kabul etmiştir<sup>59</sup>.

## b) İcbar Etme

İcbar, doğrudan veya dolaylı olarak mağdurun iradesinin manevi baskı altında etkilenerek, isteği dışında çıkar sağlamaya zorlayıcı her türlü hareket olarak kabul edilebilir. TCK m.250'nin madde gerekçesinde; irtikâp suçundaki icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>60</sup>. Gerekçedeki bu açıklama öğretilde, 765 sayılı TCK'de tehdit ve yağmanın unsuru olan cebirin farklı düzenlendiği, 5237 sayılı TCK m.106'da düzenlenen tehdit ile m.148'de düzenlenmiş olan yağma suçunun unsuru olan tehdidin aynı mahiyette olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>61</sup>. İrtikâp suçu bakımından icbarın belirtilen yoğunlukta cebir ve tehdit boyutuna varmaması<sup>62</sup> gerekmektedir. Bir başka deyişle tehdit ile irtikâp suçundaki icbar nitelik olarak özdeş değildirler. Aksi durumda icbar suretiyle irtikâp suçu değil yağma suçu oluşacaktır<sup>63</sup>. Sadece manevi cebri "*icbar*" olarak kabul eden Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.955.

<sup>59</sup> Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde bu durumlarda "*kamu görevlisi bakımından rüşvet almaktan veya görevi kötüye kullanmaktan dolayı sorumluluk söz konusu olmayacağı, ancak icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı hakkında hüküm tesis edileceği, keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı ceza hükmedilmeyeceği belirtilmiştir*".

<sup>60</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT; (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar...), s.347, ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA; (12. Baskı...), s.833.

<sup>61</sup> Yazarlara göre gerekçeye itibar etmeden maddi cebir olması halinde yağma suçunun, manevi cebir olması halinde ise icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşacağı kabul edilmelidir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.747 vd. Farklı görüş için bkz. YENİDÜNYA Ahmet Caner; 2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü hakkında Bir Değerlendirme, in. Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, Sayı 5, Ocak-2005, s.124.

<sup>62</sup> "İrtikâp suçunun icbar unsurundan söz edebilmek için; mağdur açısından daha büyük bir zarardan kurtulmak amacıyla, memurun istemine boyun eğmesinin yeterli olduğu da gözetilerek..." (Y.5. CD. 19.03.2008, 35/2244) Karar için bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ; s.7064.

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT; (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar...), s.347, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.838-839, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.956, EVİK; s.57.

<sup>64</sup> "Haklarında mahkûmiyet hükümleri kesinleşen emekli polis memuru sanık Ş.G. ve Adana Emniyet

Öğretide icbar, manevi nitelikte cebir olarak<sup>65</sup> kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Manevi nitelikteki cebir, mağdurun talep edilen yararı temin etmediği takdirde işinin yapılmayacağı veya gereksiz yere uzatılacağı endişesine kapılmasına neden olan davranışları kapsamaktadır<sup>67</sup>. Kamu görevlisi, yapacak olduğu iş veya işlemi o an için yapamayacağını veya birey için uzun bir zaman dilimi sonunda yapabileceğini

*Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak çalışan ancak olay tarihinde raporlu olması nedeniyle İstanbul'da bulunan sanık O.Y.'nin yanlarında arkadaşları sanık İ.K. olduğu halde Şirinoğlu Factoring isimli kuruluşun irtibat bürosunu işleten mağdure A.D.'nin 4. Levent'te bulunan işyerine, olay günü saat 12.00 sıralarında sivil vaziyette gittikleri, sanıklardan Ş.'nin kendisini komiser Faruk diğerlerinin ise Mali Şube Müdürlüğünde görevli polis olarak tanıtıp mağdur A.'yı sordukları, daha sonra sekreteri dışarı çıkartıp büroya ait resmi evrakı kontrol edeceklerini belirterek belgeleri karıştırmaya başladıkları, mağdurenin kendilerinden kimlik sorması üzerine sanık Ş.G.'nin emekli polis kimliğini çıkartıp hızlı bir şekilde gösterip cebine koyduğu diğer sanık O.'nun ise elinde telsiz olduğu halde bürodaki belgeleri karıştırdığı, çek kırdığı, naylon fatura düzenlediği, yasal çalışmadığı yolunda hakkında şikâyet bulunduğunu belirterek, "evrakın nerede, kestiğin faturaları çabuk görelim" diyerek mağdureyi sürekli sorgu altında tuttukları, kendisini Şahin olarak tanıtan sanık O.'nun "buna kelepçe vuralım, şubeye götürürelim" diye söylediği, diğerlerinin ise "boş ver burada bağlarız" diye söyledikleri, bu sırada sürekli olarak "rezil edeceklerini, bayram üstü mağdur olmamasını, alt katta bir şahsın kendisi gibi naylon fatura düzenlediğini, bu şahsı Şubeye götürceklerini, para vermemesi halinde kendisini de götürceklerini" söyledikleri, bu konuşmalar sırasında sanık Ş.'nin gömleğini düzeltir gibi yaparak montunu kaldırmak suretiyle belindeki silahını mağdureye göstermek suretiyle o ana kadarki söz ve davranışları ile mukavemetini kırıp iyice korkmasını sağladıkları, sanıklardan O.'nun çekmecedeki paraları aldığı ve hep birlikte dışarı çıktıkları sırada telsizle "tamam temiz çıktı" diye söylediği anlaşılmaktadır. Sanıkların işyerine gittikten sonra, sekreteri odadan çıkarttıkları mağdureye kendilerini mali şubede görevli komiser ve polis memurları olarak tanıtmak, kelepçe vurup emniyete götürceklerini, çevreye rezil edeceklerini, bayram öncesi mağdur edeceklerini söylemek, montlarının altındaki silahın gözükmesini sağlamak şeklinde gerçekleşen eylemleri korkutucu nitelikte olduğundan ve belli bir yoğunluğa erişerek tehdide dönüştüğünden somut olayda yağma suçu oluşmuştur..." (YCGK. 16.10.2001, 6-192/217). Karar için bkz. **MERAN Necati**; Yeni Türk Ceza Hukukunda Zimmet-Rüşvet İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2008, s.196 vd.*

<sup>65</sup> Öğretide **EVİK**, madde gerekçesinde irtikâp suçunun maddi cebirle de işlenebileceği yönündeki açıklamayı haklı olarak eleştirmekte ve bunun irtikâp ile yağmanın farkını ortadan kaldıracığını belirtmektedir. Yazar bu nedenle irtikâpta sadece manevi cebirin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. **EVİK**; s.58

<sup>66</sup> **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**; (2009...), s.748; **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**; (8.Bası...), s.667, **ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / DOĞAN / TEPE**; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.956, **ÖZEN**; s.58.

<sup>67</sup> "Osmaniye Devlet Hastanesi genel cerrahi uzmanı olan sanığın, bağırsak düğümlemesi teşhisiyle yatırılıp ameliyat edilmesi gereken müştekinden bıçak parası diyerek 750.000 lira istediği, bu parayı getirmede ameliyatı yapmayacağını ve taburcu edeceğini söylediği, bunun üzerine müştekinin damadı tarafından getirilen 750.000 lira parayı hastanedeki muayene odasında alıp masa çekmesine koyduktan sonra yapılan operasyonla polisler tarafından yakalandığı anlaşılmış, oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın müştekinin ameliyatını geciktirmek ve kendisine para verilmediği takdirde ameliyatı yapmayacağını söylemek ve bu şekilde görevini kötüye kullanmak suretiyle onu baskı ve tehdit altında tutarak kendisine para vermeye icbar ettiği nazara alındığında, eylemi cebri irtikâptır" (Y.5.CD. 26.05.1993, 1975/2319). Karar için bkz. **HAKERİ Hakan**; Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara-Mayıs-2012, s.797.

belirtmesi ve bunun üzerine çözüm yolu olarak kendisine yarar sağlanmasını şart koşması halinde icbar suretiyle irtikâp suçu meydana gelmektedir. Burada kamu görevlisinin iş veya işlemi yapmayacağı veya geciktireceği yönündeki beyanı icbar olarak nitelendirilmektedir. Bu noktada mağdura yapılan baskının icbar boyutuna ulaşıp ulaşmadığı, iş veya işlemin yapıldığı idarenin mevzuatı, işleyiş düzeni, yapılacak iş veya işlemin özelliği ve olağan hayat tecrübeleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Bu bakımdan mağdurun ürkek yapısı nedeniyle objektif olarak icbar boyutuna varmayan hareketleri sanki o yoğunluktaymiş gibi algılaması fiilin icbar niteliğinde görülmesini gerektirmeyecektir<sup>68</sup>.

Belli bir yararın sağlanması konusunda kamu görevlisi tarafından yapılan icbarın, yarar sağlama yönünde karar alması neticesi bakımından mağdurun iradesi üzerinde etki oluşturacak derecede elverişli olması gereklidir<sup>69</sup>. Acaba zorlamanın belli bir yoğunluğa ulaşmakla birlikte icbar boyutuna ulaşmaması, mağduru üzerinde aşırı ciddi bir etki doğurmamakla birlikte yine de etkilenmiş olması veya buna zorlanan kişinin bu zorlamadan belli ölçüde kurtulma imkânının bulunulması halinde hangi suç tipinin oluşacağı hususunda 765 sayılı TCK döneminde öğretilerde bu hallerde rüşvet suçunun oluşacağını ileri sürülmekteydi<sup>70</sup>. Uygulamada ise Yargıtay rüşvet suçu ile irtikâp suçunu birbirinde ayırmak için yarar sağlayan kişinin “meşru zeminde” olup olmadığına bakarak suç tipini belirleme yoluna gitmekteydi<sup>71</sup>. Buna göre yarar sağlayan kişi eğer meşru zeminde ise oluşan suç irtikâp<sup>72</sup>, gayri meşru

<sup>68</sup> **ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / DOĞAN / TEPE**; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.956-957. Öğretilerde bir görüşe göre ise; irtikâp fiilinden maruz kalan kişinin yapılacak iş nedeniyle yasal bir çıkarı yoksa böyle bir çıkardan yoksun kalması da düşünülemez olduğundan bu gibi hallerde icbar suretiyle irtikâp suçundan söz edilemez. Bkz. **ÇETİN EROL**; Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara-2003, s.841.

<sup>69</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZEN**; s.60, **EVİK**; s.57.

<sup>70</sup> **ÖZGENÇ**; (Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...), s.169.

<sup>71</sup> Yargıtay'ın meşru zeminde bulunma kistasına göre kararlarını oluşturması hakkında eleştiriler için bkz. **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**; (12. Baskı...), s.832, **ÜZÜLMEZ**; (İrtikâp...), s.287 vd.

<sup>72</sup> “Müştekinin zorunlu olan ameliyatını geciktirmek ve para verilmediğinde ameliyatı yapmayacağını söylemek suretiyle baskı ve tehdit altında tutarak para vermeye zorlama fiilinin 209/1. maddede ki cebri irtikâbı oluşturacağı..” (Y. 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319). Karar için bkz. **GÖKCAN HASAN TAHSİN**; Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara-2008, s.526. 5237 sayılı TCK'nin kabul edilip henüz yürürlüğe girmediği dönemlerde Yargıtay uygulamasına paralel olarak öğretilerde de; mağdurun haklı bir işini yaptırmak amacıyla menfaat temin etmeye zorlanmasının rüşvet suçunu değil icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu belirtilmekteydi. Bkz. **ŞAHİN CUMHUR**; Rüşvet Suçu, in. Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından düzenlenen Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan – 1 Mayıs 2005, TOBB Yayın No:2005-25, Ankara-Ekim-2005, s.69.

zeminde ise oluşan suç ruşvet<sup>73</sup> veya görevi kötüye kullanma suçu<sup>74</sup> olarak kabul edilmektedir<sup>75</sup>.

5237 sayılı TCK bakımından ise kamu görevlisi nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle, bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya yarar sağlanması konusunda vaatte bulunmaya elverişli bir icbar ile zorluyorsa irtikâp suçu olacaktır. Eğer mağdur elverişli icbara rağmen etkilenmez ise icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. İcbarın elverişli, ciddi, yoğun nitelikte olmasına rağmen, bu fiillere muhatap olan kişinin kamu görevlisine yarar sağlaması veya yarar sağlama konusunda vaatte bulunması halinde ise öğretide somut olayın özelliklerine göre ruşvet suçu<sup>76</sup> veya görevi kötüye kullanma suçunun ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Kanaatimizce öğretideki bu tartışmalar ve Yargıtay'ın özellikle 765 sayılı TCK döneminde verdiği farklı kararlar artık önem arz etmemektedir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere 6352 sayılı kanun m.86 ile getirilen

<sup>73</sup> “Tapu sicil müdürü olan sanığın, damadı adına vekâleten almak istediği gayrimenkulün satış işlemi için 26.02.1997 tarihinde kendisine başvuran müştekiye işlem için 30.04.1997 tarihine gün vermek istediği, müştekinin satıcının yaşlı olduğunu ve tekrar buraya gelmesinin zor olacağını söyleyip bir an önce bu işin yapılmasını ısrarla istemesi üzerine sanığın da “bak kardeşim dairenin bazı eksikliklerini yaptırık, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verersen tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim” dediği, müştekinin de bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılmış, oluş mahkemeye de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini suiistimal etmeyen sanığın işlem için gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 lira para istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için ruşvet alma niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” (Y.5.CD. 30.09.1998, 2335/3445). Karar için bkz. YAŞAR; s.468.

<sup>74</sup> “Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskısının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlanmaktadır. Olayımızda sanık, iki istihkak için elli bin liradan yüz bin lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını Cuma günü, yani iki gün sonra gelmesini, daha sonra ise parayı temin ederek saat 14.00 de gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise “**gönlünden ne koparsa ver**” demiştir. Paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebirin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istediği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatap olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyetinde bulunulmuştur. Sanığın “**gönlünden ne koparsa ver**” demesi de, manevi cebirin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verersen ver demesi üzerine kendiliğinden elli bin lira vermiştir. Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamla aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılın sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır” (YCGK. 06.11.1989, 5–265/355). Karar için bkz. YKD. Mart, 1990, 436.

<sup>75</sup> Bkz. ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.957.

<sup>76</sup> Bu hususta bkz. ÜZÜLMEZ; (İrtikâp...), s.287.

<sup>77</sup> Her iki durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN; s.62 vd.

değişiklik ile bu gibi hallerde de kanun koyucu bir “*İcbar Karinesi*” getirmek suretiyle icbarın varlığını ve fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturacağını kabul etmiştir<sup>78</sup>.

İcbar niteliğindeki hareketler açıkça gerçekleştirilebileceği gibi, zımnî (örtülü) olarak da gerçekleştirilebilir<sup>79</sup>. Kamu görevlisi, icbar niteliğindeki hareketleri açık bir şekilde sergilememekle beraber diğer bazı hareketleriyle mağdurun korkmasına ve bu yüzden de kendisine yarar sağlamasına veya bu yönde vaatte bulunmasına neden olmuşsa icbar suretiyle irtikâp suçu olduğu kabul edilecektir<sup>80</sup>.

### C) GÖREVİN SAĞLADIĞI GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HİLELİ DAVRANIŞLARLA İKNA ETME

#### a) Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak

Kamu idaresinin temsilcisi olan kamu görevlisi görevini yerine getirirken kanunlara ve diğer mevzuata uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe ve görevin gereklerine aykırı olarak kamu görevlilerinin davranış sergilemeleri ve hukukun belirlediği sınırların dışına çıkmaları öğretide “*kötüye kullanma*” olarak tanımlanmaktadır<sup>81</sup>. Bireyler, muhatap oldukları kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak yapacakları her türlü iş ve işlemlerin kanunlara uygun olacağı, kamu görevlilerinin sahip oldukları yetki ve olanakları kanuna uygun kullanacakları inancı ve beklentisi içerisindedirler. Kamu görevlisi karşısına gelen bireyin içinde bulunduğu bu inanç ve güvenden faydalanarak, bireyin iradesini çeşitli hileli davranışlarla yanıltıp, yarar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikâp suçunu işlemiş olacaktır. Öğretide bir görüşe göre; burada kamu görevlisi, kamunun mali menfaatlerini ihlal etmesi nedeniyle değil, bireyler tarafından kamu idaresine duyulan güvenin sarsılması nedeniyle cezalandırılmaktadır<sup>82</sup>. Kanaatimizce burada kamu görevlisinin sahip olduğu kişisel güven değil, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güven önemlidir. Kamu görevlisine duyulan güven göreviyle bağlantılı olmalıdır<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.958. Öğretide; kişinin, kamu görevlisinin tutum ve davranışları karşısında haklı işinin hiç ya da süresinde yapılmayacağı endişesi ile kamu görevlisine haksız bir menfaat temin etmiş olması halinde icbaren irtikâp suçunun oluşacağı, ancak bu endişe ve mecburiyet hissi içerisinde henüz menfaati temin etmeden sadece vaat etmiş olması halinde icbaren irtikâp suçunun teşebbüs aşamasında kalacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. ŞEN; s.460–461.

<sup>79</sup> ÖNDER; s.144, ÖZEN; s.65–66.

<sup>80</sup> Aynı yönde bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bast...), s.668, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.958.

<sup>81</sup> ÖZEN; s.48–49.

<sup>82</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bast...), s.670.

<sup>83</sup> Benzer yönde bkz. ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.959.



## b) Hileli Davranışlarla İkna Etmek

765 sayılı TCK'de kamu görevlisinin, bireyi nasıl ikna edeceği açık şekilde belirlenmemişken, TCK m.250/2'de bireyin ikna olmasına yönelik kamu görevlisinin gerçekleştireceği araç "*hileli davranışlarla*" denilmek suretiyle açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>84</sup>. Kamu görevlisi hile niteliğindeki davranışı, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmelidir<sup>85</sup>. Eğer, hile niteliğindeki davranış kişisel duyulan güvenin suiistimal edilmesi şeklinde gerçekleşmişse irtikâp değil dolandırıcılık suçu oluşacaktır<sup>86</sup>.

İkna, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak, hile niteliğindeki davranışlarla bireyi, sağlamak veya vaat etmek zorunda olmadığı yarar, sağlamak veya vaat etmek zorunda olduğuna inandırmasıdır<sup>87</sup>. Burada mağdur gerçekte sağladığı veya vaat ettiği yararın sağlanmayacağını veya vaat olunmayacağını bilmemektedir<sup>88</sup>. Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir<sup>89</sup>. İcbar ve iknanın farkı bakımından icbar suretiyle irtikâpta mağdur kamu görevlisine veya bir başkasına sağladığı veya vaat ettiği yararın kendisinden hukuka aykırı bir şekilde temin edildiği bilincidir. Fakat ikna suretiyle irtikâpta hileli davranışın etkisi sonucu iradesi sakatlanan mağdur sağladığı veya vaat ettiği yararın hukuka uygun olduğunu sanmaktadır<sup>90</sup>.

İkna suretiyle irtikâp suçu bakımından hilenin elverişli yani mağduru aldatabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Kamu görevlisinin tavsiye niteliğindeki sözleri hile olarak değerlendirilemez<sup>91</sup>. Hilenin elverişli olup olmadığı her somut olayda hâkim tarafından belirlenecektir. Kamu görevlisinin yapmış olduğu hileli hareketler elverişli olmasına rağmen mağdur aldanmamış ise ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. İknaya yönelik hileli hareketler sözlü, yazılı

<sup>84</sup> ÜZÜLMEZ; (*İrtikâp...*), s.289.

<sup>85</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (12. Baskı...), s.836.

<sup>86</sup> ÖZGENÇ; (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...*), s.183.

<sup>87</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.670, ÖZEN; s.100.

<sup>88</sup> ÖZEN; s.101. Yazara göre özel kişi sağladığı yararın haksız olduğunu biliyorsa ikna suretiyle irtikâp suçu değil rüşvet suçu oluşur. Bkz. ÖZEN; s.101.

<sup>89</sup> "...İkna suretiyle irtikâp (yiyicilik) suçu, memurun memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanarak, bir kimseyi kendisine veya başkalarına haksız olarak para vermeye ya da sair menfaatler sağlamaya veya vaadine ikna ederek çıkar sağlaması ile oluşmaktadır. Mağdur, memura sağladığı çıkarın yasal olduğunu zannetmektedir. Yasa dışı çıkar sağladığını bilmemektedir. Memur, yalan beyanıyla mağduru kandırmaktadır. Mağdur, yaptığı ödemenin yasa ve yönetmelikler gereğince yapılması gerektiğine inanmakta, failin iknası ile bireyin rızası fesada uğramaktadır. İkna, bireye ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunu bildirmemektedir..." (YCGK. 17.12.1996, 5-269/286). Karar için bkz. YKD Nisan, 1997, 590 vd.

<sup>90</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.959-960.

<sup>91</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (12. Baskı...), s.837; TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara-Ekim-2005, s.286, ÜZÜLMEZ; (*İrtikâp...*), s.290.

veya hem sözlü hem de yazılı şekilde olabilir<sup>92</sup>. İknaya yönelik hileli hareketin icrai nitelikte olması gerekir<sup>93</sup>. Kamu görevlisinin mağdura karşı icrai nitelikte bir hile kullanmadan sadece suskun kalarak ikna suretiyle irtikâp fiilini işlemesi mümkün değildir. Susmanın da karşı taraf üzerinde aldatici özelliği kabul edilse bile bu husus ayrı bir fıkırdaki özel olarak düzenlendiği için ikna suretiyle irtikâp kapsamında değerlendirilemeyecek hatadan faydalanmak şeklinde irtikâp olarak kabul edilecektir. Nitekim madde gerekçesinde de örnek olarak verildiği üzere eğer kamu görevlisi mağdurun düşmüş olduğu hatadan faydalanarak yarar elde etmiş ise hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp söz konusu olacaktır<sup>94</sup>.

## D) GÖREVİN SAĞLADIĞI GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE HATADAN YARARLANMA

### a) Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak

Görevin sağladığı güveni kötüye kullanma konusunda yukarıda ikna suretiyle irtikâp kısmında yaptığımız açıklamalara bakılmalıdır.

### b) Hatadan Yararlanmak

5237 sayılı TCK m.250'de hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâba bağlantılı şekilde düzenlenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde de, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâbın, ikna suretiyle irtikâbın işleniş şekli olduğu belirtilmiştir<sup>95</sup>. Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketlerinden kaynaklanmayan yanılığın haksız çıkar sağlamak için faydalanması söz konusudur<sup>96</sup>. Kamu görevlisinin hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu bakımından ihmali nitelikte hareketinin varlığı gerekmektedir. Kamu görevlisinin mağdurun hataya düşmesi konusunda herhangi bir etkin davranışı bulunmamaktadır. Mağdur, tamamen kendinden kaynaklanan çeşitli nedenlerle hataya düşmekte-

<sup>92</sup> ÖZEN; s.102. "Sulh ceza mahkemesi zabıt kâtibi olan sanığın, görev yaptığı mahkemede sanık olarak yargılanan ve haklarında mahkûmiyet hükmü kurulan bir kısım şikâyetçileri, kolluk vasıtasıyla veya telefonla çağırarak kararın tebliği için pul parası aldığı hükmolunan ceza tecil bulunduğu halde cezanın ertelenmesinden bahsetmeyerek "kararı ya temyiz edersen ya da cezayı ödersin" diyerek, temyiz edenlerden temyiz posta masrafını, temyiz etmeyeceğini söyleyenlerden ise para cezasını tahsil ettiği, haklarında dava devam eden bir kısım şikâyetçilerden ise keşif yapılacağını söyleyip keşif masrafı adı altında para aldığı halde keşif giderlerinin suçüstü ödeneğinden harcadığı, bazı şikâyetçilerden aldığı keşif masrafına karşılık daha az miktarda tahsilât makbuzu düzenleyerek, aradaki farkı mal edindiği, bir kısım şikâyetçilere para aldığını bildiren kâğıt parçaları verdiği olayda özel daire ile yerel mahkeme arasında oluş ve sübutta bir uyumsuzluk bulunmamaktadır..." (YCGK. 17.12.1996, 5-269/286). Karar için bkz. YKD Nisan 1997, 590 vd.)

<sup>93</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.672.

<sup>94</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.960.

<sup>95</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s. 673.

<sup>96</sup> ERMAN / ÖZEK; s.78.

dir<sup>97</sup>. Mağdur, kamu görevlisinin karşısına geldiğinde zaten hata içindedir. Mağdur, ödememesi gereken bir parayı ödeyeceği, gerçekte ödemesi gerekenden fazla ödeyeceği veya ödeme kabul etmeye elverişli olmayan kamu görevlisinin ödeme kabul etmeye elverişli olduğu bilinciyle hareket etmektedir. Mağdur, gerçeğin farkında değildir, iradesi gerçeğe çatışmaktadır<sup>98</sup>.

Suç politikası gereği, kanun koyucu ihmali nitelikte olan hata suretiyle irtikâp suçunun cezasını, ikna suretiyle irtikâp suçunun cezasına göre daha az olarak belirlemiştir. Burada kamu görevlisi, hata suretiyle irtikâpta mağdurun hataya düştüğünü bilmekte fakat mağduru uyarmayarak, mağdurun hatasından yararlanmaktadır. Kamu görevlisinin hareketi icrai nitelik kazanması halinde suçun şekli değişmektedir. Kamu görevlisi, mağdurun içine düşmüş olduğu hatadan yararlanarak bir takım yararları elde edeceği sırada mağdurun durumu fark etmesi ve bunun üzerine kamu görevlisinin de mağdurun hatasından çıkmasını engelleyecek hareketler sergilemesi halinde, kamu görevlisinin somut olarak yaptığı hareketlerin niteliğine göre ikna veya icbar suretiyle irtikâp suçu oluşabilecektir.

Burada hatanın mağdur tarafından yapılacak ödemeler bakımından varlığı gerekir. Kamu görevlisi tarafından mağdura yapılacak ödemenin daha az yapılması ve bu durumun mağdur tarafından fark edilmemesi ve failin bu hatadan yararlanması halinde *kanaatimizce* hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu değil zimmet suçu oluşacaktır. Çünkü aradaki fark (*henüz mağdura teslim edilmeyen kısım*) aslında kamu görevlisine görevi nedeniyle teslim edilmiştir (*henüz kamu görevlisinin elinde bulunmaktadır*) ve bu fark üzerinde yapılan hareketler zimmet suçunu ortaya çıkarmaktadır. Hata baştan beri mağdura değil, eksik ödeme yapıldığının fark edilmemesi suretiyle sonradan mağdura ortaya çıkmaktadır. Üstelik hatanın ortaya çıkışı failin hareketinden kaynaklanmaktadır.

## E) YARAR SAĞLANMASI

Suçun konusu olarak yarar kavramı yukarıda açıklanmıştı. Sağlama, kavramı failen bir yararın elde edilmesini ifade etmekte ve verme kavramından daha geniş

<sup>97</sup> “Suçun oluşumu için memurun kanunen alınmaması lazım gelen bir şeyi diğerinin hatasından istifade ederek almış bulunması ve hatanın memurun değil ferdin kendisinden gelmiş olması gerekmektedir. Olayda ise soruşturma yapmak üzere kaymakamlığa görevlendirilmiş olan sanığın harcırah 60 lira olduğu halde bunun 120 lira olduğunu ısrar ve muhtarı bu hususta ikna edip altmışar liralık iki adet aynı tarihli senet vermek suretiyle mezkûr parayı aldığı, ancak bir süre sonra köy muhtarının harcırahın altmış lira olarak tahakkuk ettirildiğini görüp sanığın 60 lira fazla para aldığını anlayarak şikâyetle bulunduğu ve bu surette haksız para alınması muhtarın hatasından değil, sanık memurun failinden (iknasından) ileri geldiği anlaşılmasına göre, fiili hatadan istifade suretiyle irtikâp olarak nitelendirip bu yönde karar vermek bozmayı gerektirmiştir” (Y. 5. CD. 24.04.1974, 1046/819). AKÇİN İhsan; Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara–2007, s.155.

<sup>98</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.961, ÖZEN; s.103.

anlam içermektedir. Sağlama, mağdurdan para veya mal alınmasından başka, bir hizmet yahut iş yapılmasını temin etmeyi de kapsamaktadır. Mağdurun, yarar sağlaması söz konusu olabilmesi için, yararın kamu görevlisinin veya üçüncü kişinin malvarlığına intikal ettirilmesi, kamu görevlisi veya üçüncü kişinin suç konusu olan yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması gerekir<sup>99</sup>. Suç konusu yararın kamu görevlisi veya üçüncü kişiye intikali için mülkiyetin nakli konusunda kanunda öngörülen usullerin yerine getirilmesi gerekmez<sup>100</sup>. İrtikâp suçu bakımından yarar mağdur tarafından sağlanmalıdır. Kamu görevlisi kendi zilyetliğinde bulunan yarar kavramı içinde yer alan şeyi karşı tarafa vermemesi irtikâp suçunu değil, zimmet suçunu oluşturacaktır<sup>101</sup>.

## F) YARAR SAĞLANMASI YÖNÜNDE VAATTE BULUNULMASI

Yukarıda icbar suretiyle irtikâp suçu çerçevesinde açıkladığımız yarar ve vaat kavramları ikna suretiyle irtikâp suçu bakımından da geçerlidir<sup>102</sup>. Vaatte bulunulması, mağdur tarafından kamu görevlisine belirli bir konuda yarar sağlama taahhüdünde bulunulması, söz verilmesi anlamına gelmektedir. Kamu görevlisi fiilen yararı elde etmediği halde mağdurun yapacağı vaat açıklaması ile irtikâp suçu tamamlanmış olacaktır. Mağdur vaadini yerine getirmese dahi suç teşebbüs aşamasında kalmamakta, tamamlanmış sayılmaktadır. Vaat belirli bir şekle bağlı değildir, yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da gerçekleştirilebilir<sup>103</sup>.

765 sayılı TCK döneminde hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından sadece “*bir şeyin alınması*” kabul edilmişti<sup>104</sup>. Ancak 765 sayılı TCK m.209/3’te düzenlenmiş olan hatadan yararlanma suretiyle irtikâp 209/2’de düzenlenen ikna suretiyle irtikâptan ayrı bir hüküm olması nedeniyle bu görüş ileri sürülmekteydi. Oysa 5237 sayılı TCK m.250/3’te hatadan yararlanma suretiyle irtikâp bakımından m.250/3’teki ikna suretiyle irtikâba yapılan atıf hem yarar sağlanmasına ve hem de yarar vaadine yönelik olup kanaatimizce 765 sayılı TCK m.209 hükmünün aksine her iki durumu da kapsamaktadır.

<sup>99</sup> ÖZGENÇ; (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...*), s.171; ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.962, ERMAN / ÖZEK; s.120.

<sup>100</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.752, ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.962.

<sup>101</sup> Aynı yönde bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.846, ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.962. Aksi yönde görüş için bkz. SOYASLAN; 661.

<sup>102</sup> ÖZEN; s.107.

<sup>103</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (8.Bası...), s.664, ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.962.

<sup>104</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.962, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.752.

### III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İrtikâp suçunda hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu fiiller meşru savunma halinde gerçekleşmeye müsait değildir. Kamu görevlisinin irtikâp fiillerini uygulama yolunda asla bir hakkı olamaz. Hukuk düzeninin böyle bir hakkı kamu görevlisine tanımış olması mümkün değildir. Aynı şekilde kamu görevlisinin irtikâp fiilleri niteliğindeki hareketleri bir kanun hükmünün yerine getirilmesi şeklinde de ortaya çıkamaz. Son olarak ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni de bu suçta uygulama alanı bulamayacaktır.

Suçun mağduru olarak kabul ettiğimiz kişinin irtikâp fiillerine rıza göstermesi bu fiilleri hukuka uygun hale getirmeyecektir<sup>105</sup>. Suçun mağduru olmasına rağmen kişi üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakka sahip değildir. Çünkü hem burada kamu idaresinin düzgün işleyişi ve insanların kamu idaresine olan güveni korunduğu, hem de rızanın varlığı halinde aslında karşılıklı bir anlaşma hali ortaya çıkıp fiilin tipi değişeceği için yine fiil hukuka uygun hale gelmeyecektir<sup>106</sup>.

### IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

İrtikâp suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suç taksirle işlenemez. Suçun oluşması için genel kast yeterlidir ayrıca özel kast aranmaz. Nitekim öğretilerde suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için failin kazanç elde etmek gibi bir maksadının bulunmasının gerek olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>107</sup>. Genel kast; doğrudan ve olası kast şekillerinde ortaya çıkabilecektir. *Kanaatimizce* irtikâp suçu hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilecektir<sup>108</sup>. Fail olası kast<sup>109</sup> durumunda suçun unsurlarının somut olayda gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketi gerçekleştirmekte ve ortaya çıkacak neticeyi kabullenmektedir.

Failin irtikâp suçu bakımından kendisine veya başkasına bir yararın sağladığını veya vaatle bulunulduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir<sup>110</sup>. Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından failin, kendisinin kamu görevlisi olduğu bilinciyle hareket etmesi gerekir. Fail, icbar suretiyle irtikâp bakımından görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullandığını; ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından ise görevinin sağladığı güveni kötüye kullandığını bilmeli ve istemelidir<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> Bu durumda irtikâpa maruz kalan kişinin rızasının icbarı ortadan kaldırması nedeniyle fiilin tipikliğini ortadan kaldıracığı, bu nedenle hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı yönündeki görüş için bkz. **ÖZEN**; s.88.

<sup>106</sup> Nitekim icbar veya ikna mağduru serbest iradesi sonucu ortaya çıkmakta ise artık karşılıklı anlaşma olarak kabul edilmelidir ve bu halde irtikâp suçundan değil rüşvet suçundan bahsedilebilir. Aynı yönde görüş için bkz. **ÖZEN**; s.88, 108.

<sup>107</sup> **EREM Faruk**; İrtikâp, Adalet Dergisi, 1958, s.526, **ERMAN / ÖZEK**; s.83.

<sup>108</sup> **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**; (12. Baskı...), s.841, Aynı yönde bkz. **ÖZEN**; s.88, 108.

<sup>109</sup> **TCK m.21/2 hükmüne göre**; “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır.”

<sup>110</sup> **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**; (2012...), s.848.

<sup>111</sup> **ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE**; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.963.

5237 sayılı TCK düzenlemesinde, 765 sayılı TCK hükmünden farklı olarak suçun kanuni tanımında “*haksız olarak*” ifadesine yer verilmemiştir. Önceki dönemde failin sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun ayrıca bilincinde olması aranırken<sup>112</sup>, 5237 sayılı TCK hükmü bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Eski dönemde failin gerçekleştirdiği hareket sonucu elde ettiği yararın hukuka aykırı olduğunu bilmemesi, irtikâp suçuna ilişkin kastın bulunmadığı şeklinde yorumlanmaktaydı. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre irtikâp suçunun değil, duruma göre ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi<sup>113</sup>. 5237 sayılı TCK düzenlemesi bakımından yarar sağlamaya yönelik kastın varlığı icbar, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçu bakımından yeterli görülmelidir<sup>114</sup>.

## V. TEŞEBBÜS

İrtikâp suçu bakımından teşebbüs değerlendirilecek olunursa; icbar ve ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs mümkündür<sup>115</sup>. Yargıtay da suça teşebbüsün mümkün olduğu yönünde kararlar vermektedir<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> ÖZGENÇ; (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...*), s.174 vd.

<sup>113</sup> BAKICI; s.185, ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (*12. Baskı...*), s.841.

<sup>114</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (*Özel Hükümler – 4. Baskı...*), s.963-964, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (*2009...*), s.753.

<sup>115</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (*2009...*), s.753, ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (*12. Baskı...*), s.843, ÜZÜLMEZ; (*İrtikâp...*), s.292; SOYASLAN; s.661, ÖZGENÇ; (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...*), s.175, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (*Özel Hükümler – 4. Baskı...*), s.964, ERMAN / ÖZEK; s.82, TURABİ Selami; *İrtikâp Suçları*, Ankara–2009, s.113. Öğretide, icbar suretiyle irtikâp suçunun şekli suç olmakla birlikte hareketlerin aşamalara bölünebilmesi mümkünse bu durumda teşebbüse müsait olacağı, ikna suretiyle irtikâp suçunda ise hareketin neticeden ayrılabilir olması nedeniyle teşebbüsün mümkün olacağı ileri sürülmektedir. Bu hususta bkz. ÖZEN; s.92, 110.

<sup>116</sup> Yargıtay’a göre, “*Tedaş Derik İşletme Şefliğinde görevli sanığın kasap olan müstekinin iş yerine giderek denetim yaptığı, elektrik gücünün olması gerekenden az olduğunu, bunun yükseltilmesi için 70.000.000 lira vermesi gerektiğini ve aksi takdirde elektriğinin kesileceğini belirtmek suretiyle cebri irtikâp suçunu işlediği iddia ve kabul edilmiş ise de; sanığın talebi karşısında müstekinin henüz para vermeden ve açıkça bir çıkar sağlama vaadinde bulunmadan durumdan şüphelenip konuyu C. Savcılığına intikal ettirdiği, aldığı talimat üzerine suçun tespiti amacıyla paranın verilmesinden sonra sanığın yakalandığının tüm dosya içeriğinden ve müşteki beyanlarından anlaşılmasına göre, olayda sanığın belli yoğunluğu ve icbar boyutuna varan söz ve davranışı bulunmadığından cebri irtikâp suçunun unsurlarının oluşmadığı, bilirkişi raporunda ek güç tesisi ve dolayısıyla ek tesise iştirak bedeli ve teminat ödemenin gerekmediği savunmada ileri sürüldüğü gibi bağlı gücün yükseltilmesinin gerekmesi halinde dahi Mardin Elektrik Dağıtım Müessesinin yazılarına nazaran ödenmesi gereken paranın istenenenden az olduğu, sanığın bu şekilde sabit olan vazifesini suiistimal ederek parayı isteme eyleminin menfaatin sağlanmaması veya bu yolda vaadin bulunmaması ve paranın sanığın yakalanması gayesiyle verilmesi sebeplerinden dolayı TCK’nin 209/2. ve 61. maddelerine uyan ikna suretiyle irtikâba eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde cebri irtikâptan hüküm kurulması” (Y.5.CD. 19.01.2004, E.2003/5268 – K.2004/37). Karar için bkz. MERAN; s.192.*

Bir başka kararında; “*mağdur icbar veya ikna nedeniyle değil de failin yakalanması amacıyla yarar*

Hareket unsuru olarak icrai nitelik taşıyan icbar ve ikna suretiyle irtikâp açısından kanuni tanımda neticeye yer verilmiştir. İrtikâp suçunun bu iki şeklinde fail kast ettiği icbar etme ve gerçekleştireceği hileli davranışlarla ikna etme şeklindeki hareketler ile icrai nitelikteki hareketleri sergilemeye başlamaktadır. İcbar ve ikna suretiyle irtikâp yararın sağlanması veya yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmasıyla tamamlanmaktadır. Ancak öğretide yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmasıyla suçun tamamlanacağı, ancak yararın sağlanmasıyla suçun sona ereceği şeklinde bunun aksi yönünde görüş de ileri sürülmüştür<sup>117</sup>.

*Kanaatimizce* failin gerçekleştirmeye başladığı icbar veya hileli davranışla ikna hareketlerinin failden kaynaklanmayan bir nedenden ötürü tamamlanamamaları veya söz konusu hareketlerin tamamlanmış olsalar da yararın sağlanmaması veya yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulmaması halinde teşebbüsün oluştuğu söylenebilir. Örneğin; failin karşı tarafı, iknaya yönelik sözler söylediği esnada durumun başka bir kamu görevlisi tarafından anlaşılacak failin hareketinin tamamlanmaması veya failin karşı tarafı manevi olarak zor durumda bırakacak nitelikte hareketi sergiledikten sonra karşı taraf yarar sağlama vaadinde bulunmadan veya yarar sağlamadan olayı savcılığa bildirmesi ve kamu görevlisinin yakalanması hallerinde teşebbüs ortaya çıkmaktadır.

İcbar ve ikna suretiyle irtikâp bakımından gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Örneğin, failin karşı tarafı ikna etmeye yönelik çeşitli hileli hareketleri yapmaya veya çeşitli yalanlar söylemeye başladıktan sonra karşı taraf henüz yarar sağlamadan veya yarar sağlama yönünde vaatte bulunmadan kamu görevlisi hareketlerine kendi isteğiyle son verebilir. Ancak gönüllü vazgeçme açısından, failin geldiği noktaya kadar gerçekleştirdiği fiil kanunda başka bir suçu oluşturuyorsa o suç açısından cezalandırılması söz konusu olacaktır. Örneğin, hileli davranışlar için daha önceden hazırlanmış olduğu sahte evraklar bakımından evrakta sahtecilik suçundan dolayı sorumluluğu devam edecektir.

*sağlama vaadinde bulunulması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. "Sübutu kabul edilen olayda; ayağının kırılması nedeniyle 17.05.2000 gecesi Denizli Devlet Hastanesine yatırılan müşterinin babası ertesi gün muayene edip ameliyat edilmesini gerektiğini, ancak el emeği 300-350 milyon lira alacağını söyleyen, istediği bu paranın tedarik edilmemesi nedeniyle ameliyatı 22.05.2000 gününe kadar geciktiren, bundan sonra da "para vermezsen babanı taburcu etmeyeceğim" diyerek taburcu işlemini geciktiren sanık doktorun süregelen icbarına maruz kalan müşterinin, haksız menfaat sağlamayı düşünmeyip sanığın yakalanmasını temin etmek amacıyla para vermeye rıza göstermiş gibi görünüp aynı gün durumu polise intikal ettirerek aldığı talimat üzerine 150.000.000 lirayı vererek sanığı yakalattığı, bu itibarla sanığın eyleminin cebri irtikâba eksik kalkışma (teşebbüs) derecesinde kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması" (Y.5.CD. 11.07.2001, 3098/4859). Karar için bkz. HAKERİ; (Tıp Hukuku 5. Baskı...), s.799.*

Bir diğer kararında; "Şikâyetçi A.nın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyicilik cebri irtikâp suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek" (Y.5.CD. 28.01.1997, 2452/2610) Karar için bkz. **MALKOÇ İsmail**; Zimmet-İrtikâp Rüşvet Suçları, Malkoç Yayınevi, Ankara 2010, s.1719.

<sup>117</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.753.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu ihmali nitelikte bir suç olmasına rağmen teorik olarak teşebbüse müsait olduğu öğretilde kabul edilmektedir<sup>118</sup>.

İrtikâp suçu bakımından kanun koyucu etkin pişmanlık hükmüne yer vermemiştir. Aynı bölüm altında yer alan zimmet ve rüşvet suçları açısından etkin pişmanlık hükümleri bulunmasına rağmen, irtikâp suçu bakımından kanun metninde etkin pişmanlık hükümlerinin yer almaması düşündürücüdür. Bu noktada kanun koyucunun irtikâp suçu bakımından da etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesinin yerinde olacağı söylenebilir<sup>119</sup>.

## VI. SUÇLARIN ÇOKLUĞU (SUÇLARIN İÇTİMAI)

İrtikâp suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu için irtikâp suçun gerçekleştiği hallerde ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı faile ceza verilmeyecektir. İcbar suretiyle irtikâp suçu bakımından kullanılan icbar TCK m.106'daki "sair kötülük" yoğunluğu ve niteliğinde kabul edilmesi halinde bileşik suç söz konusu olacak, kamu görevlisine tehditten dolayı ceza verilemeyecektir<sup>120</sup>.

İrtikâp suçunun zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür. Failin bir suç işleme kararı doğrultusunda, irtikâp suçunu birden fazla kez, aynı kişiye karşı, farklı zamanlarda işlenmesi halinde irtikâp suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı aynı anda işlenen irtikâp suçu için tek bir ceza verilerek TCK m.43'te belirtilen oranda ceza artırılacaktır<sup>121</sup>.

Bir suç işleme kararı doğrultusunda, farklı zamanlarda birden çok kişiye karşı işlenmiş irtikâp suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. İrtikâp suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğunu savunan görüşe göre, TCK m.43/1 son cümlesi hükmü uyarınca, söz konusu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır<sup>122</sup>. İrtikâp suçunun mağdurunun gerçek kişi olacağını savunan görüşe göre ise bu halde zincirleme suçun "aynı kişiye karşı işlenmesi" şartı gerçekleşmediğinden dolayı mağdur

<sup>118</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.753, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.964-965. Aksi yönde ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (12. Baskı...), s.842.

<sup>119</sup> YENİDÜNYA Ahmet Caner; Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, S.5, Ocak, 2005, s.125; MAHMUTOĞLU Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB, Ankara–2004, 376 vd.

<sup>120</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (12. Baskı...), s.843, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.965–966.

<sup>121</sup> ERMAN / ÖZEK; s.83, ÖZEN; s.110–111.

<sup>122</sup> ÜZÜLMEZ; (İrtikâp...), s.294; ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.966, TURABİ; 121.



sayısınca suç oluşacaktır<sup>123</sup>. 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, farklı kişilere karşı aynı zaman ve yerde işlenen irtikâp suçlarında kast ve suç işleme kararında birlikten bahsedilemeyeceğini söyleyerek, zincirleme suç kurallarını uygulanamayacağını belirtmekteydi<sup>124</sup>. Yargıtay bu gibi durumlarda bazı kararlarında tek suçun oluştuğuna<sup>125</sup> bazı kararlarında ise gerçek içtima kurallarının uygulanacağına hükmetmeydi<sup>126</sup>.

Öğretide maddenin her üç fıkrasındaki suç tipleri (*icbaren – iknaen – hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp fiilleri*) birbirinden bağımsız olduğu için, bu fıkralar arasında zincirleme suç ilişkisinin doğmayacağı ileri sürülmektedir<sup>127</sup>.

İkna suretiyle irtikâpta, mağduru iknaya yönelik sahte belge düzenlenmesi halinde, TCK m.212 hükmü gereği faile, sahte belge düzenleme ve irtikâp suçlarından dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir.

## VII. SUÇA İŞTİRAK

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından, suçun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisi olmayan diğer kişiler suçun fail ya da müşterek faili olamazlar<sup>128</sup> ancak suça azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaklardır<sup>129</sup> (TCK m.40/2).

Azmettirme, kamu görevlisinin işlemeyi düşünmediği irtikâp suçunu işlemeye yönelik karar almasını sağlanmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, mahkeme kaleminde çalışan ve irtikâp suçunu işlemeyi düşünmeyen bir mübaşirin, bir arkadaş tarafından, irtikâp suçunu çok kolay işleyebileceğini, elinde birçok imkânın

<sup>123</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.966, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2009...), s.753 vd.

<sup>124</sup> “Sanığın aynı anda, aynı amaçla birden fazla kişiden para almaktan oluşan eylemleri zor yoluyla yiyicilik suçunun maddi ögesi içinde bulunduğundan, ayrı bağımsız suçlar olmayıp zincirlenen tek suç oluşturmaz.” (Y.5.CD. 19.10.1988, 2394/6303) Karar için bkz. YKD Eylül, 1989, 1335.

Bir başka kararında; “müteselsil suçun varlığının kabulü için ortada birden fazla suç bulunması, bu suçların kanunun aynı hükmünü ihlal etmesi ve bu birden fazla suçların aynı suç işleme kararına bağlanabilmesi gerekmektedir. Sanığın çeşitli tarihlerde, değişik kişileri mağdur ederek yaptığı ikna suretiyle irtikâp eylemlerinde kast ve suç işleme kararının birliğinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla sübutu kanıtlanabilen eylemlerinden her birinin ayrı bir irtikâp suçunu oluşturacağı göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır” (YCGK. 21.12.1981, 372/441) Karar için bkz. BAKICI; 256.

<sup>125</sup> (Y.5.CD, 07.08.1987, 3713/4419), (Y.5.CD, 25.12.1986, 4837/5641). Kararlar TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.849 dipnot 429’den alınmıştır.

<sup>126</sup> (Y.5.CD, 15.06.1983, 1198/2303). Karar için bkz. YKD, Aralık-1983, s.1698. (Y.5.CD, 19.10.1988, 2394/ 6303). Karar için bkz. YKD, Eylül-1989, s.1335.

<sup>127</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.849.

<sup>128</sup> Aynı yönde, ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA; (12. Baskı...), s.843.

<sup>129</sup> ÖZEN; s.94 vd, ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.966–967, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK; (2012...), s.849.

olduğunu söylemesi üzerine suç işleme yolunda iradesi oluşarak, irtikâp suçunu işlemesi halinde mübaşirin arkadaşı azmettiren olarak sorumlu olacaktır<sup>130</sup>.

Yardım etme bakımından maddi ve manevi yardım etme şekilleri irtikâp suçunda da ortaya çıkabilir. Örneğin, kamu görevlisine ikna suretiyle irtikâp suçunda kullanması amacıyla sahte evrak hazırlayan kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır. İrtikâp suçunda yararın kamu görevlisi dışında başka birine sağlanması veya vaat edilmesi halinde yarar sağlanan kişi irtikâp suçu bakımından yardım eden olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu halde kişinin sağladığı yararın kamu görevlisinin icbar veya ikna fiili sonucu olduğunu bilmesi ile istemesi gerekli ve yeterlidir.

İrtikâp suçu bakımından müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için faillerden her birinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Birden fazla kamu görevlisinin, irtikâp suçunu işleme kararına bağlı olarak irtikâp suçunun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirip suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde irtikâp suçu bakımından müşterek faillik söz konusu olacaktır. Örneğin, *veznedarlık görevi yapan iki kamu görevlisinin kendi aralarında almış oldukları karar doğrultusunda, kendilerine ödeme yapmak için gelen vatandaşları, birbirlerini tamamlar nitelikte hileli davranışlar sergileyerek ikna etmeleri ve bunun üzerine vatandaşların ödenmemesi gereken bir parayı ödemeleri sonucu oluşan ikna suretiyle irtikâp suçunda her iki kamu görevlisi de müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.*

TCK m.251/1'de irtikâp suçu bakımından müşterek failliğin özel şekline yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre irtikâp suçunun işlenmesine, kasten göz yumman denetimle yükümlü kamu görevlisinin irtikâp suçu bakımından müşterek fail olarak sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu maddeye göre fiilin icrasına katılmayan ve hatta birlikte suç işleme kararına sahip olmayan ancak denetimle yükümlü kamu görevlisi müşterek fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Müşterek failliğin şartları oluşmamasına rağmen denetimle yükümlü kişinin kasten göz yumma şeklindeki fiilinin doğurduğu tehlike nedeniyle denetimle yükümlü kişi müşterek fail gibi sorumlu olmaktadır.

İrtikâp suçunda dolaylı faillik müessesesinin ortaya çıkması çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmelidir. Örneğin bir kişi kamu görevlisini cebir altında bırakarak veya tehdit ederek irtikâp fiillerini işlemeye zorlarsa kamu görevlisinin ne tür bir cebir altında kaldığına bakmak gerekir. Cebreden kişi kamu görevlisini hâkimiyeti alanına alamamışsa irtikâp suçu işlenmiş olmayacağından duruma göre cebir veya tehditten veya menfaat temin edilmişse yağma suçundan söz edilebilir. Ancak cebreden kişi kamu görevlisini hâkimiyeti altına almış ise duruma göre hem kamu görevlisinin işleyeceği irtikâp fiillerinden hem de kamu görevlisine yönelttiği cebir – tehdit gibi hareketlerden sorumlu olacaktır. Ancak *kanaatimizce* amirin emri niteliğinde bir dolaylı faillik ortaya çıkması mümkün değildir. Çünkü amirin hukuka

<sup>130</sup> ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN / TEPE; (Özel Hükümler – 4. Baskı...), s.967.

aykırı emrine karşı kamu görevlisinin direnmesi konusunda anayasal bir yükümlülük söz konusudur. Aynı şekilde kamu görevlisi konusu suç oluşturan emri hiçbir şekilde yerine getiremeyecek ve getirirse sorumluluktan kurtulamayacaktır.

## VIII. MUHAKEME

İrtikâp fiillerinin ortaya çıkan her şekli; (*icbar – ikna – hatadan yararlanma*) takibi şikâyete bağlı olmayıp resen takip edilen suçlardır. 3628 s. Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.17/1 hükmüne göre irtikâp suçu bakımından 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanmayacaktır<sup>131</sup>. Bu durumda suç haberini alan Cumhuriyet savcısı kamu görevlisinin bağlı olduğu yetkili makamdan izin almaksızın<sup>132</sup> doğrudan soruşturmaya başlayacak fakat durumu ilgili makama bildirecektir. Bu bildirim sadece bilgi verme amaçlı olup, izin alma anlamına gelmemektedir<sup>133</sup>. Ancak 3628 s. Kanun m.17/2 hükmü uyarınca irtikâp fiillerinin müsteşarlar, vali ve kaymakamlar tarafından işlendiği iddiası halinde doğrudan soruşturma yapılamayacak soruşturma 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Bu durumda bahse konu kişilerin irtikâp fiillerinin soruşturulması için yetkili makamlardan izin alınması gerekecektir<sup>134</sup>.

Cumhuriyet savcılığının işlenen fiili irtikâp suçu kapsamında göreyerek doğrudan soruşturma açıp bu suçtan iddianame düzenlemesi ve fakat kovuşturma evresinde suçun niteliğinin TCK m.257 kapsamında görevi kötüye kullanma suçu şeklinde değişmesi halinde mahkemenin Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/4 hükmü gereğince durma kararı vererek kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumdan 4483 hükümlerine göre izin alması ve bu iznin ardından yargılamaya devam etmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>135</sup>.

TCK m.250/1–2 çerçevesinde öngörülen ikna ve icbar suretiyle irtikâp suçlarında görevli ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesidir. TCK m.250/3'te düzenlenen hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçunda ise görevli ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemesidir.

<sup>131</sup> Bkz. **ÇİÇEK İbrahim**; Görevi Kötüye Kullanma – Görevi İhmal – Görevi Nedeniyle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul–Ocak–2008, s.24.

<sup>132</sup> Bir ceza muhakemesi şartı olarak izin müessesesi hakkında bkz. **KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe**; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ondördüncü Bası, İstanbul-2006, 5. 13, **CENTEL Nur / ZAFER Hamide**; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul-Ekim-2012, s.579, **ŞAHİN Cumhur**; Ceza Muhakemesi Hukuku –I– 3.Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara-Eylül-2012, s.61-62.

<sup>133</sup> **GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa**; Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2. Bası, Ankara–2008, s.555.

<sup>134</sup> **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**; (12. Baskı...), s.845.

<sup>135</sup> **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**; (12. Baskı...), s.845.

## IX. YAPTIRIM

İrtikâp suçunun karşılığı olan yaptırım her bir fıkra hükmü bakımından farklılık arz etmektedir. TCK m.250/1'de düzenlenmiş olan icbar suretiyle irtikâp suçunun yaptırımı beş yıldan on yıla kadar hapis cezası iken, TCK m.250/2'de düzenlenmiş olan ikna suretiyle irtikâp suçunun yaptırımı üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Unsurları bakımından ikna suretiyle irtikâp suçuna atıf yaparak düzenleme getirilen ve TCK m.250/3'te düzenlenmiş olan hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçunun yaptırımı ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

Bahse konu suç, 1982 Anayasası m.76 hükmünde bir yüz kızartıcı suç olarak değerlendirilmekte ve TCK m.53 hükmüne paralel olarak bir hak yoksunluğu olan milletvekili seçilme hakkının ortadan kalkmasına neden olduğu düzenlenmektedir<sup>136</sup>.

6352 sayılı kanun değişikliği ile 250. madde'ye eklenen dördüncü fıkra hükmüne göre; *"İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir."* Görüldüğü üzere eklenen fıkra hükmü ile irtikâbın konusu olan yararın miktarı ve değeri failin sorumlu olacağı ceza miktarını indirebilmektedir. Ancak bu indirim zorunlu olmayıp hâkimin takdiri ile hükmedilebilecek bir husustur.

## KAYNAKÇA

- AKÇİN İhsan;** Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara–2007.
- ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner;** 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara–2007. (8. Baskı...).
- ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner;** 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara–Ekim–2012.
- BAKICI Sedat;** Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara, 1988.
- CENDEL Nur / ZAFER Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul-Ekim–2012.
- CENDEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul-Mart–2011.
- ÇETİN Erol;** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara–2003.

<sup>136</sup> **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA;** (12. Baskı...), s.845.

- ÇİÇEK İbrahim;** Görevi Kötüye Kullanma – Görevi İhmal – Görevi Nedeniyle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul–Ocak–2008.
- DEMİRBAŞ Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara–Ekim–2012.
- EREM Faruk;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt:2, Ankara–1993.
- EREM Faruk;** İrtikâp, Adalet Dergisi, 1958.
- EREM Faruk / TOROSLU Nevzat;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara–2003.
- EREM Faruk / DANIŞMAN Ahmet / ARTUK Mehmet Emin;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara–1997.
- ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin;** Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yayıncılık, İstanbul–1992.
- EVİK Vesile Sonay;** İrtikâp Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2
- GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa;** Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2. Bası, Ankara–2008.
- GÖKCAN Hasan Tahsin;** Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara–2008.
- GÜRELLİ Nevzat;** İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul–1954.
- HAKERİ Hakan;** Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara–Mayıs–2012.
- HAKERİ Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara–2012.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara–Ekim–2012.
- KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe;** Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ondördüncü Bası, İstanbul–2006.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami;** TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB, Ankara–2004.
- MALKOÇ İsmail / GÜLER Mahmut;** Memurlar ve Suçlar, Ankara, 1998.
- MALKOÇ İsmail;** Zimmet–İrtikâp–Rüşvet Suçları, Malkoç Yayınevi, Ankara 2010.
- MERAN Necati;** Yeni Türk Ceza Hukukunda Zimmet–Rüşvet İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara–2008.
- NUHOĞLU Ayşe;** Yeni Türk Ceza Kanunu ile Kamu İdaresi Aleyhinde Cürümlerde getirilen Değişiklikler, in. Mehmet Somer’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt.12, Sayı 1-3, 2004-2006, İstanbul–Haziran–2006.

- ÖNDER Ayhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul–1994.
- ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / DOĞAN Koray / TEPE İlker;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara–Ekim-2012.
- ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / DOĞAN Koray / TEPE İlker;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara–Eylül –2012.
- ÖZEN Mustafa;** İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Temmuz–2010.
- ÖZGENÇ İzzet;** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara–2002. (*Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar...*).
- ÖZGENÇ İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Ankara–2010.
- ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ekim–2012.
- SELÇUK Sami;** Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara–1986.
- SOYASLAN Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara–2010.
- SOYASLAN Doğan;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Ankara, 2006.
- SOYASLAN Doğan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara–2012. (*Genel Hükümler...*).
- ŞAHİN Cumhuri;** Ceza Muhakemesi Hukuku –I– 3.Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara–Eylül–2012
- ŞAHİN Cumhuri;** Rüşvet Suçu, in. Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından düzenlenen Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan – 1 Mayıs 2005, TOBB Yayın No:2005–25, Ankara–Ekim–2005.
- ŞEN Ersan;** Yeni Düzenlemede İrtikâp ve Rüşvet Suçları, in. Yorumluyorum -2-, Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış, 2.Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara–Ağustos–2012.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Baskı, Seçkin – Hukuk, Ankara–2012.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Rıfat Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara–2009.
- TOROSLU Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara–Ekim–2005.
- TOROSLU Nevzat;** Ceza Hukuku, Ankara–2009.
- TURABİ Selami;** İrtikâp Suçları, Ankara–2009.
- ÜNVER Yener;** Ceza hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara–2003.

**ÜZÜLMEZ İlhan;** Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:14. Sayı:2.

**YAŞAR Hakkı;** Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki, Adalet Dergisi, Aralık-1966, Sayı:12.

**YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa;** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara-2010, Cilt:5.

**YENİDÜNYA Ahmet Caner;** Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, S.5, Ocak, 2005.

**ZAFER Hamide;** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75 Ders Kitabı, 2.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.İstanbul-Ekim-2011.





**TÜRK HUKUKU'NDA VE KKTC HUKUKU'NDA  
KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİ**  
*(Child Adoption (Comprehension with Turkish Law and  
TRNC Law))*

**Şölen KÜLAHÇI\***

**ÖZET**

Evlat edinme, Türk Hukuku'nda MK m. 305 ve m. 320 arasında düzenlenmiştir. KKTC Hukuku'nda ise Çocukların Evlat Edinilmesi İle İlgili Konuları Düzenleyen Yasa'da (Fasıl 274) hüküm altına alınmıştır. Evlat edinme, Türk Hukuku'nda küçüklerin evlat edinilmesi ile kısıtlıların ve erginlerin evlat edinilmesi olarak iki şekilde düzenlenmiştir. KKTC Hukuku'nda ise sadece küçükler açısından düzenlenmiştir. Fasil 274, İngiliz Dönemi'nden beri hem Türkler hem de Rumlar tarafından uygulanan bir yasa olduğundan Güney Kıbrıs Rum Yönetimi mahkeme kararları da dikkate alınmaktadır.

Evlat edinmenin esas itibariyle iki amacı olduğu kabul edilmektedir. Evlat edinme ilk olarak çocuk sahibi olmayan kişilerin çocuk sahibi olmasını sağlama ve soylarını devam ettirerek mirasçı bırakmalarına da olanak vermeyi amaçlamaktadır. Evlat edinme ayrıca, evlat edinilen çocukların aile ilişkisi içinde bakım ve yetiştirilmesini sağlanmasına da hizmet etmektedir.

Evlat edinme ile evlat edinen ve evlatlık arasında mahkeme kararına dayanan yapay bir soybağı ilişkisi doğmaktadır. Bu durum, hem KKTC Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda kabul edilmektedir. Böylece, Türk Hukuku'nda evlat edinmenin bir "Aile Hukuku Sözleşmesi" olduğuna dair görüşün de terk edildiği ortaya çıkmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Evlat edinme, Evlatlık, Soybağı, Türk Hukuku, KKTC Hukuku.

***Abstract***

In Turkish Law, adoption is regulated in articles between 305 - 320 of the Turkish Civil Code. On the other hand, in the TRNC Law, it is regulated in Chapter 274 of the Statute Regulating the Issues of Adoption of the Children.

\* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Under Turkish Law, adoption is handled in two separate context; one is the adoption of minors and the other one is the adoption of interdicted persons and the adults. However, under TRNC Law, adoption is only regulated in terms of adoption of the minors. Since the British period, Chapter 274 have been applied both by the Turks and the Greeks; thus, the Courts of the TRNC takes into account of the decisions of the Southern Cyprus Courts in this issue.

It has been considered that adoption serves two main purposes. First, it is designed to provide children to the people who do not have child and also to maintain the right to give their family name and inheritance to the adopted child. Second, adoption ensures raising and caring the adopted children in a family environment.

By the adoption, an unnatural lineage based on court decision is established between parent and the child. Both the Turkish Law and the TRNC Law accepts this statute. Thus, it appears that the definition of the adoption as a concept of “contractual agreement” in the Turkish Family law has been abandoned.

**Keywords:** Adoption, Adopted child, Lineage, Turkish Law, TRNC Law

## I. Genel Olarak

Evlat edinme ile evlatlık arasında kurulan bir soybağı ilişkisi olan evlat edinme, Türk Hukuku'nda MK m. 305 ve m. 320 arasında düzenlenmiştir. KKTC Hukuku'nda ise Çocukların Evlat Edinilmesi İle İlgili Konuları Düzenleyen Yasa'da (Fasıl 274<sup>1</sup>) hüküm altına alınmıştır. Türk Hukuku'nda evlat edinme küçüklerin evlat edinilmesi ile kısıtlıların ve erginlerin evlat edinilmesi olarak iki şekilde düzenlenmiştir. KKTC Hukuku'nda ise sadece küçükler açısından düzenlenmiştir.

Her iki hukuk düzeni de evlat edinme ile evlatlık arasında yapay bir soybağı kurulduğunu kabul etmektedir<sup>2</sup>. Zira, evlat edinme sonucunda kurulan soybağı doğum gibi kendiliğinden oluşan ve kan bağına dayanan bir soybağı değildir<sup>3</sup>. Burada, soybağı, evlat edinme ilişkisini kuran mahkeme kararına dayanmaktadır. Hem Türk Hukuku hem de KKTC Hukuku bakımından geçerli olan bu durum

<sup>1</sup> KKTC Hukuku'nda İngiliz Döneminden kalan yasaların büyük bir kısmı halen uygulanmaya devam etmektedir. Bunlar, 6 cilt halinde düzenlenmiş olup KKTC Hukuk Düzeni'nde Fasıl numaraları ile anılmaktadırlar. Bu nedenle, söz konusu yasalar açık adı verildikten sonra Fasıl numaraları ile anılacaktır.

<sup>2</sup> Belen, Herdem, Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, İstanbul, 2005, s. 2; Baygın, Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, DEÜHFD, C. VII, S.3-4, s.591; Demir, Mehmet, Bazı Ülke Yasaları İle Karşılaştırılmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları, AÜHFD, C.52, S. 3, Y. 2003, s. 253; Neocleous, Andreas, Introduction of Cyprus Law, Limassol, 2000, s. 649; O'Halloran, Kerry, The Politics of Adoption, 2009, Avusturalya, s. 7.

<sup>3</sup> Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş: Aile Hukuku, İstanbul, 2012, s. 369; Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku – Aile Hukuku C. III, İstanbul, 2011, s. 287; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 367; Kaya, Cengiz, Türk Hukuku'nda Evlat Edinme, İstanbul, 2009, s. 3.

Önceki Medeni Kanun'dan (ÖMK) farklı sonuçlar ortaya koymaktadır. Nitekim, ÖMK'da evlat edinmenin bir "Aile Hukuku Sözleşmesi" olduğu kabul edilmekteydi<sup>4</sup>. Yargıtay'ın yerleşik görüşleri de bu doğrultuydu<sup>5</sup>. Ancak, 4721 sayılı Medeni Kanun evlat edinmenin mahkeme kararına dayalı bir hukuki işlem olduğunu kabul etmektedir<sup>6</sup>.

KKTC Hukuku'nda da evlat edinme ile mahkeme kararına dayanan soybağı ilişkisi kurulmaktadır<sup>7</sup>. Bu durum, Yasanın kaynağı olan İngiliz Hukuku ve Yasanın halen uygulandığı Güney Kıbrıs Rum Kesiminden farklı sonuçlar ortaya koymaktadır. Zira, her iki hukuk sisteminde evlat edinmenin hukuki niteliğinin bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Evlat edinme sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme, kanunun belirlediği şekil ve amaç çerçevesinde herhangi bir bedel almaksızın yapılabilir<sup>9</sup>. Sözleşme mahkemenin gerekli incelemeyi yapıp, onayı vermesinden sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır<sup>10</sup>.

Türk Hukuku'nda evlat edinmenin esas itibarıyla iki amacı olduğu kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Evlat edinme kurumu ile ilk olarak çocuk sahibi olmayan kişilerin çocuk sahibi olmasına ve soylarını devam ettirerek mirasçı bırakmalarına olanak sağlanması amaçlanmaktadır<sup>12</sup>. Evlat edinme ayrıca, evlat edinilen çocukların aile ilişkisi içinde bakım ve yetiştirilmesini sağlanmasına da hizmet etmektedir<sup>13</sup>. Bu açıdan, Medeni Kanun evlat edinmede çocuğun yararının öncelikli olduğunu hükme bağlamaktadır<sup>14</sup>. Hatta, ailesinin yanında yaşayan ancak psikolojik ve sosyal açıdan sağlıklı yetişme imkanına sahip olmayan çocukların daha iyi imkanlara sahip olmaları bakımından da evlat edinme kurumunun önemli olduğu ifade edilmektedir<sup>15</sup>.

KKTC Hukuku'nda da evlat edinmenin yukarıda bahsi geçen iki temel amaçla hizmet ettiği kabul edilmektedir. Fasal 274, bu amaçlardan çocuğun yararını ön planda tutmaktadır. Nitekim, yasada mahkemenin evlat edinme kararı verirken

<sup>4</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 287; Kaleli, Şakir, Evlat Edinmenin Koşulları, Yargıtay Dergisi, C. 5, S. 1, Y.1979, s.68; Belen, s. 5; Akyüz, Emine, Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara, 1995, s. 153; Dural / Ögüz / Gümüş s. 166; Demir, s.255; Akıntürk / Karaman, s. 370; Aydoğdu, Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Ankara, 2010, s. 3.

<sup>5</sup> 10.11.1954 tarihli ve 17/24 sayılı YİBK için bkz. www.hukukturk.com

<sup>6</sup> Akıntürk / Karaman, s. 370.

<sup>7</sup> Neocleous, s. 649.

<sup>8</sup> O'Halloran, s. 27; Neocleous, s. 649.

<sup>9</sup> O'Halloran, s. 27.

<sup>10</sup> O'Halloran, s. 27 vd.

<sup>11</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 287.

<sup>12</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 287; Şıpka, s. 304; Baygın, s. 591; Doğanay, İsmail, Evlat Edinme ve Bir Kimse Kardeşini Evlat Edinebilir mi?, Adalet Dergisi, Y. 39, S. 6, s. 713; Akıntürk / Karaman, s. 369; Aydoğdu, s. 60.

<sup>13</sup> Akyüz, s. 287, Şıpka, s.304; Baygın, s. 591.

<sup>14</sup> Baygın, s. 592; Demir, s.255.

<sup>15</sup> Baygın, s. 591; Akyüz, s. 153; Demir, 255.

küçüğün mutluluk ve esenliğini dikkate alması gerektiği düzenlenmektedir (m. 5 / 4). Öte yandan, KKTC Yargıtay'ı verdiği bir kararda “evlât edinmenin gayelerinin başında çocuk sevgisi ve arzusunun tatmini”nin geldiğini kabul etmiştir<sup>16</sup>. Ancak, KKTC Yargıtay'ının bu görüşü, modern hukuktan uzaktır. Zira, günümüzde evlat edinmede evlatlığın yararının ön planda tutulması gerekmektedir<sup>17</sup>. Nitekim, çocuk hukuku alanında evlat edinmenin, çocuğun yüksek yararı ve güvenliğini esas alacak şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir<sup>18</sup>. Bu kapsamda, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 21'de evlat edinmenin “çocuğun yüksek yararına” olacak şekilde, konunun uzmanı yetkililerin izniyle ve çocuk için gerekli güvenceler sağlandıktan sonra...” gerçekleştirilebileceğinden bahsedilmektedir. Buna paralel olarak, aynı Yasa'nın uygulandığı Güney Kıbrıs Rum Yönetimi Yüksek Mahkemesi evlat edinmeyle ilgili olarak “çocuğun yararı”nın ön planda tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>19</sup>. KKTC Yargıtay'ının bu görüşü İngiliz Hukukunun klasik evlat edinme anlayışından kaynaklanmaktadır. Nitekim, İngiliz Hukuku klasik anlayışta çocuğun yararından çok, evlat edinen ailenin mutluluğunu önplanda tutmaktaydı<sup>20</sup>. Ancak, bu görüş modern hukuk anlayışıyla birlikte değişmiş ve yerini çocuğun üstün yararına bırakmıştır<sup>21</sup>.

Evlât edinme kurumunun evlat edinen ve bunların mirasçuları ile evlat edinilen kişiler açısından sakıncaları da bulunmaktadır. Örneğin, evlat edinen kişilerin yaşlı ve bakıma muhtaç kişiler olması halinde evlat edinme kurumu bu kişileri istismar etme amacıyla kullanılmaktadır<sup>22</sup>. Öte yandan, evlat edinmenin mirasçılardan miras kaçırma aracı olarak kullanılması halinde mirasçılar açısından da olumsuz sonuçlar doğmaktadır<sup>23</sup>. Bunun yanında, evlatlığın istismar edilmesi veya evlat edinilen küçüğün kendi ailesinden koparılarak evlatlık verilmesi sonucunda çocuğun yaşadığı olumsuzluklar ise evlat edinilen bakımından doğabilecek sakıncalar arasında yer almaktadır<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> 4/85 sayılı KKTC Yargıtay/Aile Hukuku kararı için bkz. www.mahkemeler.net.

<sup>17</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 286; Ansay, s. 90.

<sup>18</sup> Şıpka, Şükran, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'un “Evlât Edinme”ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İHFM, C. LVII, S. 1-2, s.302; Kaleli, s.66.

<sup>19</sup> Civil Appeal No:7480/1988; Civil Appeal No:6556 / 1984; Civil Appeal No:5799/1982 sayılı karar için bkz. www.cylawreports.com; Neocleous, s. 650; Kouloumou, Toula, Children's Welfare and Everyday Life in Cyprus: A Family Affair With Intergenerational Implications, <http://www.svt.ntnu.no/noseb/costa19/nytt/welfare/Vol%20II/cyprus.pdf>, s. 616; Emilianides, Achilles, Welfare of the child and Beliefs of the Parents, Cyprus, 2010, s.189.

<sup>20</sup> O'Halloran, s. 39; Rhys, Ruth Gaffney vd. , Family Law, Great Britain, s. 2007, s.91.

<sup>21</sup> O'Halloran, s. 44 vd; Rhys, Ruth, s.93.

<sup>22</sup> Kaya, s.7; Akıntürk / Karaman, s. 369.

<sup>23</sup> Kaya, s.7; Şıpka, s. 305; Akıntürk / Karaman, s. 369; Aydoğdu, s. 61-62.

<sup>24</sup> Kaya, s. 7; Şıpka, s. 305; Aydoğdu, s. 61.

## II- Evlat Edinmenin Maddi Şartları

Bu başlık altında, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin olarak, Türk Hukuku ve KKTC Hukuku'nda yapılan düzenlemeler, ortak özellikleri ve uygulamadaki farklılıklar dikkate alınarak incelenecektir.

### 1. Küçüğün Bakılmış ve Eğitilmiş Olması

Küçüğün evlat edinilebilmesi için evlat edinen tarafından bir süre bakılmış ve eğitilmiş olması gerekmektedir<sup>25</sup>. Bakım ve gözetim şartı, “koruyucu aile sisteminin” evlat edinmeye yönelmiş şeklidir<sup>26</sup>. Bu nedenle, koşulun uygulanması sırasında koruyucu aile sisteminden yardım alınması söz konusu olabilir<sup>27</sup>. Söz konusu koşul aynı zamanda, bir çeşit deneme süresi niteliğinde olup tarafların birbirlerini tanımları sağlanmaya çalışılmıştır<sup>28</sup>. Nitekim, m. 305 f.1'in gerekçesinde yer alan “bir kimsenin bakmadığı ve eğitimine hiçbir katkısı olmadığı herhangi bir küçüğü evlat edinmesi engellenmekte ve bir çeşit deneme süresiyle, tarafların birbirlerini tanımlarına da olanak sağlanmaktadır” ifadesiyle bu duruma dikkat çekilmektedir.

Küçüğe bakma ve eğitme şartı, Türk Hukuku'nda ve KKTC Hukuku'nda farklı şekillerde hüküm altına alınmış olmasına rağmen temelde aynı başlık altında toplanabilecek nitelikte düzenlenmiştir. Nitekim, MK m 305/ 1 “Bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır” ifadesiyle bu durumu açıkça düzenlemektedir.

KKTC Hukuku'nda konunun düzenlendiği Fasil 274 m. 4/6 “Küçük, emir tarihinden hemen önce gelen ve birbirini izleyen en az üç ay için, başvuru sahibinin devamlı gözetiminde ve sorumluluğu altında bulunmadıkça... bir evlât edinme emri verilmez” şeklindeki ifadenin yorumlanması gerekmektedir. Fasil 274'e göre, küçüğün evlat edinilebilmesi için küçüğün evlat edinen kişinin devamlı bakım ve gözetiminde olması gerekmektedir. Kanaatimizce devamlı bakım ve gözetimden kasıt, küçüğün bakım ve yetiştirilmesidir. Bu sürenin, mahkemeye başvurmadan önce tamamlanmış olması ve en az üç ay sürmesi gerekmektedir. Ayrıca, üç aylık sürenin kesintisiz olarak devam etmiş olması da aranmaktadır.

Küçüğün bakım ve yetiştirilmesi için aranan süre, Türk Hukuku'nda 1 yıl iken KKTC Hukuku'nda 3 aydır. Bu sürenin, evlat edinen ve evlatlık açısından bir “deneme süresi” niteliğinde olduğu düşünüldüğünde Türk Hukuku'na nazaran KKTC Hukuku'nda Yasanın aradığı 3 aylık sürenin çok kısa olduğu ortaya çıkmaktadır.

<sup>25</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 288; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Akıntürk / Karaman, s. 371.

<sup>26</sup> Şıpka, s. 307; Baygın, s. 595; Demir, s. 257.

<sup>27</sup> Şıpka, s. 307.

<sup>28</sup> Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Baygın, s. 593; Akyüz, s. 157; Akıntürk / Karaman, s. 371.

Kanaatimizce her iki hukuk düzeninde de “küçüğün bakılmış ve eğitilmiş” olması şartının gerçekleşmiş olması için küçük ile evlat edinen arasında sürekli bir ilişkinin kurulmuş olması gerekmektedir. Bu kapsamda, sürekli nitelikte olmayan küçükle kurulan geçici süreli ilişkilerin Kanunun aradığı şartları taşıdığı söylene-  
mez<sup>29</sup>.

## 2. Evlat Edinmenin Küçüğün Yararına Olması

Evlat edinme kurumunun temel amaçlarından biri de evlat edinmenin kü-  
çüğün yararına olmasıdır. Bu hükmün, evlat edinmenin zorunlu koşulu olduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Dolayısıyla, diğer tüm koşullar oluşsa bile bu şartın gerçekleş-  
memesi evlat edinmeyi engellemektedir<sup>31</sup>. Türk Hukuku’nda konunun düzenlen-  
diği MK m. 305 f. 2, “Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması...” gerektiğini hükme bağlamaktadır. KKTC Hukuku’nda ise Fasil 274’ün bir çok hükmünde evlat edinmede küçüğün yararının ön planda tutulması gerektiğinden bahsedilmektedir (Fasil 274 m. 3/ m.8 ).

Her iki hukuk sisteminde de, evlat edinmenin küçüğün yararına olup olmadı-  
ğının tespiti mahkeme tarafından yapılmaktadır. Mahkeme, evlat edinmek isteyen-  
lerin küçüğün akrabası olup olmadığına bakmaksızın durumu değerlendirmelidir<sup>32</sup>.  
Bu kapsamda, küçüğün evlat edinilmeden önceki yaşam standartı ile evlat edinil-  
dikten sonraki yaşam standartını gözönünde tutması ve bu karşılaştırma sonucun-  
da, evlat edinilmenin küçüğün yararına olacağı sonucuna varılması gerekmektedir<sup>33</sup>.  
Bu açıdan, çocuğun yararının ön planda tutulması bir çok açıdan belirleyici rol  
oynamaktadır<sup>34</sup>. Zira, evlat edinme ilişkisi doğal ana baba ilişkisine benzetilmek  
istendiğinden çocukla evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki yaş farkının büyük  
olması tercih edilmemektedir<sup>35</sup>. Bu açıdan, evlat edinmenin “tabiatı taklit ettiği”  
ve çocuk sahibi olamayacak derecede yaşlı olan kimselerin evlat edinmesinin çocu-  
ğun güvenliği ile gelişimi yönünden sakıncalı olabileceği kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Bu  
nedenle, evlat edinmek isteyen kişiler açısından asgari yaş yanında azami yaşın da  
belirlenmesi gerektiği düşüncesinden hareketle 1967 tarihli Avrupa Sözleşmesi’nde  
evlat edinmek isteyen kişinin 21 yaşından küçük 35 yaşından büyük olamayacağı  
öngörülmüştür<sup>37</sup>. Bu durum, Türk Hukuku’nda Evlat Edinme Yönergesi’nde hük-  
me bağlanmıştır. Hükme göre, evlat edinilecek çocuk ile evlat edinecek kişi arasında

<sup>29</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 289.

<sup>30</sup> Baygın, s. 598; Akıntürk, s. 371; Demir, s. 259; Aydoğdu, s. 137.

<sup>31</sup> Baygın, s. 598.

<sup>32</sup> Kaya, s. 24; Neocleous, s. 650.

<sup>33</sup> Kaya, s. 24; Şıpka, s. 308; Kaleli, s. 77; Baygın, s. 599; Demir, s. 259.

<sup>34</sup> Baygın, s. 600.

<sup>35</sup> Öztan, s. 438; Akyüz, s. 157.

<sup>36</sup> Akyüz, s. 158.

<sup>37</sup> Akyüz, s. 158.

en fazla 40 yaş fark olabilir (m.13 c bendi). KKTC Hukuku ise evlat edinme açısından sadece asgari yaş belirlemiş ancak azami yaş belirleme yoluna gitmemiştir. Kanaatimizce, KKTC Hukuku'nda mahkeme “çocuğun üstün yararını” gözönünde bulundurarak yaşı çok ileri olan kişilerin evlat edinmesine izin verip vermeme konusunda takdir hakkına sahip olmalıdır.

Mahkeme, yaşam standartı dışında evlat edinme başvurusunda bulunan kişilerin küçüğü olumsuz etkileyebilecek kişiler olup olmadığını da dikkate almalıdır<sup>38</sup>. Nitekim, ekonomik bakımdan refah içinde olan bir kişinin, kumar veya alkol gibi sorunlarının olduğunun tespit edilmesi halinde Mahkemenin evlat edinme izni vermemesi gerekmektedir (m.316 f.2). Aynı şekilde, çocuğun istismarı tehlikesinin bulunması halinde de evlat edinme kararı verilemez<sup>39</sup>. İstismardan kasıt, sadece cinsel istismar değildir. Zira, çocuğun beceri ve kazanımlarını sömürme ihtimali olan her durumun bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 3. Rıza Şartı

Evlat edinmenin kişilik haklarıyla doğrudan ilişkisinin bulunması nedeniyle, evlat edinmeye hem küçüğün hem de ana babanın rızası aranmaktadır<sup>40</sup>. Bu durum, her iki hukuk düzeninde de aranan bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### a. Küçüğün Rızası

Medeni Kanun m. 308 f. 2'ye göre “Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlât edinilemez.” Küçüğün ayırt etme gücünün olup olmadığına tespitinde kesin bir yaş sınırı verilmesi mümkün olmadığından bu durum her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir<sup>41</sup>. Burada, esas olan küçüğün evlât edinmenin sonuçlarını anlayabilmesidir<sup>42</sup>. Ancak bu anlayış, bir yetişkinden beklenen anlayıştan farklıdır. Küçüğün evlât edinmenin ne anlama geldiğini anlaması; kendisini evlât edinecek olan kişilerle birlikte yaşayıp yaşamak istemediğinin kendisine sorulması ve bu konudaki rızasının alınması gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası evlat edinmenin kurucu şartları arasında yer aldığından, küçüğün rızası olmaksızın evlat edinme kararı verilemez<sup>43</sup>. Böyle bir kararın verilerek kişisel durum siciline de işlenmiş olması halinde hem evlat edinilen hem de Cumhuriyet Savcısı, herhangi bir süre sınırına bağlı olmaksızın kişisel durum sicilinin düzeltilmesi için dava açabilirler<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Kaya, s. 24; Baygın, s. 599.

<sup>39</sup> Baygın, s. 600.

<sup>40</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 293- 294; Şıpka, s. 311-312; Kaleli, s. 73; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Baygın, s. 599.

<sup>41</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 294; Baygın, s. 613.

<sup>42</sup> Baygın, s. 613.

<sup>43</sup> Bu konuda bkz. Y. 2HD, 19/06/2006, E. 2006/3188, K. 2006/9718 sayılı karar için bkz. [www.legalbank.com.tr](http://www.legalbank.com.tr)

<sup>44</sup> Baygın, s. 613.

KKTC Hukuku'nda ise "...küçüğün rızası ile olması dışında, evlât edinme emri verilmez (m. 4 f. 4)" şeklindeki düzenleme ile evlat edinmede küçüğün rızasının alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Fasil 274, küçüğün rızası alınırken, küçüğün yaşı ile anlama ve kavrama yeteneğinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekmektedir (m. 7 f. 2b). Böylece, Fasil 274'e göre aynen Türk Hukuku'ndaki gibi rızası alınacak olan küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Her iki hukuk düzeni bakımından, küçüğün rızası alınmadan evlat edinmenin anlamıyla ilgili olarak yeterince bilgilendirilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. Ayrıca, evlat edinmeye rıza veren küçüğün rızasını geri alma olanağının olduğu kabul edilmeli ve buna imkan tanınmalıdır<sup>46</sup>.

MK m. 308 f. 3 vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlât edinilebileceğini hükme bağlamıştır. Vesayet altındaki küçük hakkında, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izni ve onayının alınması gerekmektedir. Bu durumda vesayet altındaki küçük, ana babasının velayeti altında değil ve ayırt etme gücüne sahipse, vesayet dairelerinin izni yanında, kendisi de rıza vermek durumundadır<sup>47</sup>. Zira, velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlat edinmeye rızası aranırken, sırf vesayet altında diye ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının alınmayacağını kabul etmek hükmün amacına aykırıdır. Yargıtay da ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası alınmaksızın evlat edinmeye karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu kanaatinde<sup>48</sup>.

### **b. Küçüğün Ana Babasının Rızası**

Evlât edinilecek küçük dışında, küçüğün ana babasının da evlât edinmeye rıza göstermesi gerekmektedir<sup>49</sup>. Bu durum, MK m. 309 f.1'de "Evlât edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir" ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. Küçüğün ana babasının rızasının alınması için küçüğün velayet altında olup olmaması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş yer almaktadır. Baskın görüşe göre, velayet hakkı bulunmasa bile ana babanın rızasının alınması gerekmektedir<sup>50</sup>. Zira, ana babalık velayet hakkının önünde ondan bağımsız kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak karşımıza çıkar ve velayet hakkı bulunmasa bile evlat edinmeye rızalarının aranması gerekir. Yargıtay da bir kararında, evlat edinmeyle ilgili olarak, velayet hakkına sahibi olup olmadı-

<sup>45</sup> Baygın, s. 613; Neocleous, 650.

<sup>46</sup> Baygın, s. 613.

<sup>47</sup> Kaya, s. 27; Aydoğdu, s. 277; Belen, s. 48..

<sup>48</sup> Bu konuda bkz. Y. 2HD, 19/06/2006, E. 2006/3188, K. 2006/9718 sayılı karar için bkz. www.legalbank.com.tr.

<sup>49</sup> Kaleli, s. 73; Baygın, s. 615; Demir, s. 267; Akıntürk / Karaman, s. 376; Aydoğdu, s. 192.

<sup>50</sup> Dural / Ögüz / Gümüş, s. 294; Şıpka, s. 312; Aydos; [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Belen, s. 39; Akyüz, s. 159; Aydoğdu, s.194.



ğına bakılmaksızın ana babanın rızasının alınması gerektiğine değinmiştir<sup>51</sup>. Buna karşılık, bizim de katıldığımız ikinci görüş ise velayet hakkına sahip olmayan ana babanın rızasının alınmasına gerek olmadığını kabul etmektedir. Buna göre, velayet hakkından mahrum olan ya da çocukla arasında soybağı kurulmamış ana babanın rızasının da alınmasına gerek yoktur<sup>52</sup>. Nitekim, çocuğuyla ilgilenmeyen bir kişinin sırf doğal ana baba olması nedeniyle çocuğun geleceğinde de etkili karar alabileceğini kabul etmek hakkaniyete de aykırıdır. Medeni Kanun'un küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmeyen ana babanın evlat edinmeye rızasının aranmayacağını düzenleyen m. 311/2 hükmü bu düşüncemizi desteklemektedir. Yargıtay da bir kararın da çocuğunu doğumdan sonra sokağa bırakan daha da sonra da çocuğuyla kişisel ilişki kurmak için mahkemeye başvuran bir annenin çocuğuna karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediği bu nedenle evlat edinmeye rızasının aranmayacağını karara bağlamıştır<sup>53</sup>. Öte yandan, ana babanın evlat edinmeye rıza göstermemeleri, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça evlat edinme ilişkisinin kurulmasına da engel olmaktadır<sup>54</sup>.

KKTC Hukuku'nda da evlat edinmede ana babanın rızasının alınması için çocuğun velayet altında olmasının gerekip gerekmediği konusunda açık bir düzenleme yoktur. Fasil 274 m. 4 f. 4'deki "Küçüğün ana babası veya vasisi olan veya herhangi bir emir veya sözleşme gereğince küçüğün bakımına ve iâşe ve ibatesine katkıda bulunmakla yükümlü olan herkesin veya her bireyin rızası"ndan, küçüğe bakmakla yükümlü olan kişiden kimin kastedildiği açık değildir. Nitekim, küçüğe bakmakla yükümlü olan kişi küçüğün velisi olabileceği gibi velayet hakkına sahip olmayan ancak nafaka verme borcu altında olan ana veya babası da olabilir. Bu durum, İngiliz Hukuku'nda daha açık olarak ifade edilmektedir. İngiliz Hukuku'nda, kullanılan "*birth parents*" ifadesiyle ana veya babanın velayet hakkına sahip olmasa bile evlat edinmeye rıza vermeleri gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>55</sup>. Kanaatimizce, velayet hakkına sahip olmayan; çocuğuyla ilgilenmeyen; çocuğun ihtiyaçlarını karşılamayan kişilere sırf doğal ana baba olmalarından dolayı böyle bir hak verilmesi hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle, evlat edinmeye rızanın velayet hakkıyla sınırlı olarak düşünülmesi ve velayet hakkına sahip olmayan kişilere bu hakkın verilmesi gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda ana babanın evlat edinmeye rızası herhangi bir şekilde bağlanmamıştır. MK m. 309 f. 2, rızanın, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirileceğini hükme bağlamaktadır. Ancak rızanın, hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak kadar açık

<sup>51</sup> Y.2HD. T. 22.05.2000 E.5301 K. 6710 sayılı karar için bkz. www.legalbank.com.tr

<sup>52</sup> Kaleli, s. 75; Baygın, s. 616.

<sup>53</sup> YHGK. T. 11.04.2012, E. 2-302, K. 287 sayılı karar için bkz. www.legalbank.com.tr

<sup>54</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 295; Akyüz, s. 159.

<sup>55</sup> O'Halloran, s. 37.

olması ve hiçbir şarta bağlanmaması gerekmektedir<sup>56</sup>. Zira, herhangi bir geciktirici veya bozucu şarta bağlanmış rıza, geçerli değildir<sup>57</sup>. Aynı hükmün devamında, “verilen rıza, evlât edinenlerin adları belirtilmemiş veya evlât edinenler henüz belirlenmemiş olsa dahi geçerlidir” ifadesiyle de ana babanın evlat edinmeye rızasının yeterli olup ayrıca evlat edinecek kişilerin adlarıyla belirlenmesi gerekmediğinden bahsedilmektedir. Zira, ana babanın evlat edinmeye ilişkin olarak verdiklerine ilişkin beyan doğrudan yetkili mahkemeye yönelmiş bir beyan olarak kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Mahkeme, hem beyanda bulunanların küçüğün ana babası oldukları hem de ana babanın verdikleri rızanın hüküm ve sonuçları anlayabilecek durumda olup olmadıklarını da araştırmakla yükümlüdür<sup>59</sup>.

Ana babanın rızası KKTC Hukuku’nda da herhangi bir şekilde bağlanmamıştır<sup>60</sup>. Öte yandan, Türk Hukuku’nda olduğu gibi açık bir rızanın KKTC Hukuku’nda da mümkün olabileceği dolaylı olarak belirtilmiştir. Buna göre, “ herhangi bir kişinin, bir başvuru uyarınca evlât edinme emri verilmesine ilişkin rızası (küçüğün rızası olmamalıdır), emir için başvuran kişinin kimliğini bilmeksizin (gerek kayıtsız ve koşulsuz, gerekse küçüğün yetiştirileceği dini inançlarla ilgili koşullara bağlı olmak suretiyle) verilebilir ve herhangi bir kişi tarafından bu şekilde verilen rıza, sadece başvuru sahibinin kimliğini bilmemesi gerekçesiyle müteakiben geri çekilirse, bu madde amaçları bakımından, makul olmayan şekilde elde tutulmuş ve verilmemiş sayılır ( Fasil 274 m. 5 f. 6).” Dolayısıyla, evlat edinmeye rıza belli bir kişi için olabileceği gibi belli bir kişi hedef almaksızın “açık rıza” şeklinde de olabilir<sup>61</sup>. Açık rızanın, sadece başvuran kişinin kimliğinin bilinmemesi nedeniyle geri çekilmesine izin verilmemektedir (Fasil 274 m. 5 f. 6).

Hem Türk Hukuku’nda hem de KKTC Hukuku’nda rıza, küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden önce verilemez (MK m. 310 f. 1 – Fasil 274 m. 6 f. 3). Türk Hukuku’nda verilen rızanın, tutanağa geçirilme tarihinden başlayarak altı hafta içinde aynı usulle geri alınabileceği ancak, geri almadan sonra yeniden verilen rızanın kesin olacağı hükme bağlanmıştır (MK m. 310 f. 2-3)<sup>62</sup>. Bu hükümler kanun koyucu, evlat edinme işlemlerinin sürüncemede kalmasını engellemek istemektedir. Zira, rızanın geri alınması tehditinin ilelebet sürmesi evlat edinme ilişkisinin sağlıklı olarak kurulmasını da engellemektedir.

Evlat edinmede ana babanın rızası her zaman aranmamaktadır. Kanun koyu-

<sup>56</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 296; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401).

<sup>57</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 296; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401).

<sup>58</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 295.

<sup>59</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, s. 295.

<sup>60</sup> Neocleous, s. 650

<sup>61</sup> O’Halloran, s. 38.

<sup>62</sup> Şıpka, s. 313.

cu, bazı durumlarda ana babanın rızasının aranmayacağını hükme bağlamıştır. MK m. 311'e göre ana babanın kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa; ana baba ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa yahut küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa evlat edinmeye rızası aranmaz.

KKTC Hukuku'nda ana babanın rızasının aranmadığı haller Türk Hukuku'na paralel olarak düzenlenmiştir. Ancak, Türk Hukuku'nda farklı olarak Yasada öngörülen hallerin gerçekleşmesi halinde ana baba dışında, vasi ile küçüğün bakımına, iâşe ve ibatesine katkıda bulunmakla yükümlü olan kişilerin de rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır ( Fasil 274 m. 5). Rızanın aranmayacağı haller “küçüğü terk veya ihmal; kötü muamele; rızası gereken kişinin, bulunamaması yahut rızasını vermektен aciz olması; rızası gereken kişinin rızasını makul olmayan şekilde vermemesi” şeklinde düzenlenmiştir (Fasil 274 m. 5). Buna göre, rızanın aranmayacağı haller genellikle küçüğe karşı özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile rızanın, aciz ya da kişinin bulunamaması gibi sebeplere alınamamasına bağlıdır. Yasa, bunlara ek olarak “rızası gereken kişinin makul olmayan şekilde rızasını vermemesi” ni de hükme ekleyerek rızası gereken kişinin kötü niyetle hareket etmesini de engellemek istemiştir. Ancak bu durumun tespiti diğerlerine göre daha zordur. Nitekim, evlat edinmeye gerçekten rıza vermek istemeyen kişi ile rızasını kötü niyetle elinde bulunduran kişinin ayırt edilmesi güçlük yaratabilir. Bu durumda, Türk Hukuku'nda olduğu gibi rıza geri alındıktan sonra yeniden verilen rızanın kesin olacağı kabul edilebilir<sup>63</sup>.

### **III. Evlat Edinenin Kanunda Belirlenen Yaşta Olması ve Ehliyetli Olması**

Evlat edinmek isteyen kişinin kanunun belirlediği yaşı doldurmuş olması gerekmektedir. Bu durum, hem Türk Hukuku hem de KKTC Hukuku açısından aranan bir özelliktir. Kanun böyle bir yaş koşuluyla, evlat edinmek isteyen kimsenin belli bir olgunluğa gelmesini aramıştır<sup>64</sup>. Böylece, evlat edinmenin her iki hukuk düzeninde de sadece gerçek kişiler bakımından düzenlendiği ortaya çıkmaktadır<sup>65</sup>.

Türk Hukuku'nda evlat edinme yaşı otuzdur (m. 307 f. 1). Bu durum, evli kişilerin birlikte evlat edinmesinde hem de tek başına evlat edinmede aranan bir koşuldur. Ancak, evli kişilerin evlat edinmesi bakımından “otuz yaşını doldurmuş olmak veya beş yıldan beri evli olmak” ifadesi kullanılarak yaş koşulu hafifletilmiştir. Nitekim, en az beş yıllık evli olan kişiler bakımından otuz yaşını doldurmuş olmak koşulu aranmamaktadır<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Bu konuda bkz. yukarıda s. 13.

<sup>64</sup> Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401).

<sup>65</sup> Baygın, s. 603.

<sup>66</sup> Kaya, s. 300; Baygın, s. 608.

KKTC Hukuku'nda "yaş koşulu" birlikte evlat edinilip edinilmediğine bakılmaksızın farklı şekillerde düzenlenmiştir. Fasil 274 m. 4'e göre "başvuru sahibi veya birlikte başvuru halinde, başvuru sahiplerinden biri yirmi beş yaşını doldurmadıkça ve küçükten en az on sekiz yaş daha büyük olmadıkça veya yirmi bir yaşını doldurmadıkça ve küçüğün hısmı olmadıkça veya küçüğün anası veya babası olmadıkça, bir küçük ile ilgili olarak evlat edinme emri verilmez". Böylece, evlat edinebilmek için yaş koşulunun "yirmi beş yaşını doldurmuş olmak" olarak düzenlenmesine rağmen hükümdede öngörülen farklı olasılıklarda yaş koşulunun değişiklik gösterebileceği de belirlenmektedir. Buna göre, başvuru sahibinin veya eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde eşlerden birinin, yirmi beş yaşını doldurmuş olması ve küçükle arasında en az on sekiz yaş olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde yaş koşulu sadece eşlerden biri için aranmaktadır. Öte yandan, evlat edinilmek istenen küçükle evlat edinmek isteyen kişi arasında hısımlık ilişkisinin olması halinde yirmibeş yaşını doldurmuş olma koşulu yerine yirmi bir yaşını doldurmuş olma koşulu aranmaktadır. Yasa hısımlığı şu şekilde açıklamaktadır: "Hısm, bir küçükle ilgili olarak tam veya yarım kan hısımlığından veya sihri hısımlıktan olsun veya olmasın dede veya nineyi, erkek veya kız kardeşi, amca veya dayıyı, hala veya teyzeyi anlatır ve küçük evlilik dışı doğmuş olduğunda, küçüğün babasını ve küçük, ana ve babasının evlilik içinde doğan çocuğu olsa idi, bu tanım kapsamında küçüğün hısmı olacak herhangi bir kişiyi de içerir" (m. 2 f. 8) Evlat edinmek isteyen kişinin küçüğün doğal annesi ya da babası olması durumunda ise yaş koşulu aranmamaktadır. Bu durumda, evlilik dışında doğan çocuğunu evlat edinmek isteyen anne ya da baba evlat edinmeyi herhangi bir yaş koşulu aranmaksızın her zaman yapabilecektir.

Türk Hukuku'na göre, evlat edinmek isteyen kişinin tam ehliyetli olması gerekmektedir<sup>67</sup>. Tam ehliyetsizler ise evlat edinemezler<sup>68</sup>. Zira, evlat edinme, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan ayırt etme gücünden yoksun kişiler evlat edinemezler<sup>69</sup>. Sınırlı ehliyetlilerin evlat edinebildikleri kabul edilmektedir<sup>70</sup>. Buna göre, evlat edinme işlemi MK m. 429'daki sınırlı ehliyetliler bakımından yasal danışmanın iznine tabi olan işlemler arasında sayılmadığından sınırlı ehliyetlilerin de evlat edinebilmeleri mümkündür<sup>71</sup>. Ancak, biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira, kısıtlanmaları içi yeterli sebep bulunmamakla beraber korunmaları bakımından MK

<sup>67</sup> Kaleli, s. 68; Baygın, s. 603.

<sup>68</sup> Bu kouda bkz. Y2.HD. T. 15/06/1994, E. 5182, K. 5982 sayılı karar bkz. www.legalbak.com; Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009, s. 316; Baygın, s. 155.

<sup>69</sup> Kaya, s. 25, Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Ataay, AYTEKİN, Eşinin Evlat Edinmesine Onamını Bildirmesi Gereken Öteki Eşin Ayırt Etme Gücünden (Temyiz Kudretinden) Yoksunluğu, İÜHFİM, C. XXXVIII, S.1-4, Y. 1973, s.442.

<sup>70</sup> Kaya, s. 35.

<sup>71</sup> Baygın, s. 603.

m. 429 çerçevesinde kendilerine yasal danışman atanan kişilerin evlat edinmeleri “çocuğun üstün yararı” göz önünde tutulduğunda pek isabetli olmayacaktır. Her ne kadar yasal danışman atanma sebepleri evlat edinmeyle doğrudan ilişkili olmasa da evlat edinen kişinin daha çok ekonomik varlığını korumaya yönelik olan bu tedbirler aile hayatını yakından etkileyebilir. Bu nedenle, evlat edinmede, çocuğun geleceği ve güvenliğinin<sup>72</sup> ön plana alınması gerektiği düşünüldüğünde sınırlı ehliyetlilerin evlat edinemeyeceklerini kabul etmek gerekmektedir. Evlat edinme, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan bu duruma yasal temsilcinin izin vermesi de mümkün değildir. Ayrıt etme gücüne sahip küçükler, kanunun aradığı yaş koşulunu yerine getiremediklerinden evlat edinemezler<sup>73</sup>. Sınırlı ehliyetsizlerden kısıtlılar ise yasal temsilci aracılığıyla dahi evlat edinemezler<sup>74</sup>.

KKTC Hukuku'nda ise kişinin ehliyetleri ile ilgili olarak kategorik bir düzenleme yapılmadığından evlat edinebilecek olan kişileri ehliyet bakımından bir derecelendirmeye tabi tutmak mümkün değildir. Ancak, Yasa'nın genel düzenleniş şekli ve evlat edinme kurumunun yapısı dikkate alındığında ayırt etme gücüne sahip ve erginlerin evlat edinebileceği ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, “kısıtlılık” halinin düzenlendiği Fasl 277 Küçüklerin ve Mahcurların Vesayeti Yasası'nda bir kimsenin elinin açık olması veya savurganlığı nedeniyle kısıtlanabileceğini düzenlemektedir (m.2). Kısıtlanma sebeplerinin evlat edinmeyle doğrudan doğruya bağlantısı olmasına rağmen, kısıtlanan kişinin ekonomik anlamda ailesini tehlikeye düşürecek alışkanlıklarının olması evlat edinme açısından da sakıncalı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, Türk Hukuku bakımından savunduğumuz gibi evlat edinen kişinin daha çok ekonomik varlığını korumaya yönelik olarak bu tür tedbirler aile hayatını etkileyebileceğinden ve kısıtlanan kişilerin evlat edinemeyeceği kabul edilmelidir. Evlat edinme, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan bu duruma yasal temsilcinin rıza göstererek evlat edinme mümkün değildir. Nitekim, Fasl 277 Küçüklerin ve Mahcurların Vesayeti Yasası da vasinin görevlerinin kısıtlınının mallarıyla ilgili olduğunu belirtmektedir (m. 5 – m.9). Bu nedenle, vasinin kısıtlınının şahsına ilişkin hakların kullanımında herhangi bir izin verme yetkisinin olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

### **a. Birlikte Evlat Edinmede Evli Olma Koşulu**

Evli kişilerin, birlikte evlât edinmesi gerekmektedir. Bu durum, hem Türk Hukuku'nda hem de KKTC Hukuku'nda aranan bir koşuldur. Medeni Kanun m. 306 / f. 1'e göre “Eşler, ancak birlikte evlât edinebilirler.” Aynı hükmün devamında evli olmayan çiftlerin birlikte evlât edinemeyeceklerinden bahsedilmektedir. Böylece, fiilî birliktelik yaşayan çiftlerin birlikte evlât edinmeleri yasaklanmıştır<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Akyüz, s. 160.

<sup>73</sup> Kaya, s. 25.

<sup>74</sup> Y2HD., T. 28.09.2010, E. 6062, K. 15569 sayılı karar için bkz. www.legalbank.com.tr .

<sup>75</sup> Şıpka, s. 309; Baygın, 607; Akıntürk / Karaman, s. 373.

Türk Hukuku'nda eşlerin birlikte evlât edinmesi gerektiği kuralının istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan ilki, eşlerden birinin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi bakımındandır. Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlât edinebilir (MK m.306 f. 3). Kanun koyucu bu hükümle eşlerden birinin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesinin sağlanmasıyla aile birliğinin tam olarak kurulmasını amaçladığı kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Buna göre, eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesiyle hem üvey evlat – öz evlat ayırımı kalkacak hem de üvey çocuklar gerçek bir yuva sıcaklığına kavuşturulacaktır<sup>77</sup>.

Kanaatimizce bu düşünce şekli doğru değildir. Zira, evlat edinme kurumu tek başına yukarıda belirtilen amaca hizmet etmeye yeterli değildir. Eş, diğer eşin çocuğunu böyle bir amaçla değil de baskı ya da eşine daha iyi görünmek amacıyla da evlat edinmeyi isteyebilir. Bu nedenle, evlat edinme konusunda ani karar vermeleri engellemek ve kişilerin sağlıklı düşünmesini sağlamak amacıyla kanun koyucunun daha hassas davranması gerektiği kabul edilmektedir<sup>78</sup>. Böylece, diğer eşin çocuğunun evlat edinilebilmesi için otuz yaşını doldurmuş olmanın iki yıldan beri evli olma koşuluyla beraber değerlendirilmesinin kanun koyucunun amacına daha uygun düşecektir<sup>79</sup>. Dolayısıyla, eşlerin düşünmeden hareket etmesi engellenerek daha sağlıklı karar vermelerin sağlanacaktır. Yaş koşulu ile iki yıldan beri evli olma olasılıklarının birlikte uygulanması ayrıca MK m 305 f. 1'de “küçüğün, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşulu”nun da kendiliğinden yerine getirilmiş olmasını sağlamaktadır<sup>80</sup>.

Eşlerin birlikte evlat edinmesinin diğer istisnası ise MK m. 307 f. 2'de düzenlenmiştir: “Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlât edinebilir”. Diğer eşin ayırt etme gücünden yoksunluğunun sağlık kurulu raporu ile ispatlanması gerekmektedir<sup>81</sup>. İki yılı aşkın bir süreden nerede olduğunun bilinmemesi halinde ise eş hakkında gaiplik kararı verilmiş olması aranmaktadır. Öte yandan, eşlerin iki yıldan beri ayrı yaşamaları halinde de diğer eşin evlat edinmeye rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için eşlerin bir mahkeme kararına istinaden ya da MK m. 197 f. 1'de belirtilen ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşmesi nedeniyle eşlerin ayrı yaşıyor olması gerekmektedir<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> Akıntürk / Karaman, s. 374; Baygın, s. 609.

<sup>77</sup> Akıntürk / Karaman, s. 374; Baygın, s. 609.

<sup>78</sup> Baygın, s. 609.

<sup>79</sup> Baygın, s. 609.

<sup>80</sup> Aydoğdu, s. 304.

<sup>81</sup> Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, s. 115.

<sup>82</sup> Baygın, s. 611.

KKTC Hukukunda da eşler birlikte evlât edinmelidir. Bu durum, Yasaya göre, “Mahkeme, rızasından sarfı nazar edilecek olan kişinin, bulunamadığından veya rızasını vermekten aciz olduğundan veya eşler ayrıldıklarından ve ayrı yaşadıklarından ve ayrılığın daimi olacağı görüldüğünden tatmin olursa, evlât edinme emri verilmesi ile ilgili bir başvuru sahibinin eşinin rızasından sarfı nazar edebilir ( Fasıllık 274 m. 5 f. 2)”. Görüldüğü gibi, yukarıda sayılan haller hariç olmak üzere eşler birlikte evlât edinmek zorundadırlar<sup>83</sup>. Evlât edinmede diğer eşin rızasının aranmayacağı haller diğer eşin bulunamaması, rızasını vermekten aciz olması, ayrı yaşama olarak sıralanmaktadır. Diğer eşin bulunamamasından kasdın eşten uzun süreden beri haber alamama ile fiilî terk hallerinin olduğu kanaatindeyiz. Aynı hükümde yer alan, “mahkeme... eşlerin ayrıldıklarından ve ayrı yaşadıklarından ve ayrılığın daimi olacağı görüldüğünden tatmin olursa...” ifadesinden ise eşlerin boşanmış ya da mahkeme kararıyla ayrı yaşamaları ile fiilî ayrılık halleri anlatılmak istenmektedir. Diğer taraftan, “rızasını vermekten aciz olma” ise fiil ehliyetinden yoksun olmak şeklinde anlaşılmalıdır.

### III. Evlat Edinmenin Şekli Koşulları

#### 1. Başvuru

Evlat edinecek olan kişi ya da birlikte evlat edinme halinde eşlerin bu iradeyle bir başvuruda bulunması gerekmektedir. Türk Hukuku'nda başvuru, evlat edinmeye aracılık yapan kurumlara ya da mahkemeye yapılabilir. Evlat edinmeye aracılık yapan kurumlar, Bakanlar Kurulunca yetki verilen devlet kurum ve kuruluşlardır (MK m. 320 f. 1)<sup>84</sup>. Bu faaliyetler, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu uyarınca Başbakanlık, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yürütülmektedir. Ancak, evlat edinmek isteyenler bu kurumlara başvurmadan doğrudan mahkemeye başvurabilir. Burada, görevli mahkeme aile mahkemesidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4). Yetkili mahkeme ise oturma yerine göre tespit edilmektedir. Yetkili mahkemenin belirlenmesinde Kanun Koyucu oturma yerini tercih ederek yerleşim yeri kriterini aramamıştır<sup>85</sup>. Tek başına evlat edinmede evlat edinenin oturma yeri; birlikte evlat edinmede ise eşlerden birinin oturma yeridir (TMK m. 315 f. 1).

KKTC Hukuku'nda da evlat edinmek isteyen kişiler, Sosyal Hizmetler Dairesine bağlı kimsesiz ve bakıma muhtaç çocukların bakım ve yetiştirilmesiyle ilgilenen resmi kurumlara ya da mahkemeye başvurabilirler (Fasıllık 274 m. 4 – 8). Görevli ve yetkili mahkeme, başvuru dilekçesinin verildiği zamanda evlât edinenin ikâmet etmekte olduğu ilçenin Aile Mahkemesidir<sup>86</sup> (Fasıllık 274 m.2).

<sup>83</sup> Neocleous, s. 650.

<sup>84</sup> Şıpka, s. 318.

<sup>85</sup> Kaya, s. 54.

<sup>86</sup> KKTC'de Lefkoşa, Magosa, Girne, Güzelyurt ve Lefke Kaza Mahkemeleri olmak üzere beş Kaza

Her iki hukuk düzeninde de evlat edinme işleminin gerçekleşebilmesi için mahkeme kararı gerekmektedir. Bu nedenle, evlat edinmek isteyen kişi mutlaka bu amaçla bir dava açmak zorundadır. Açılan dava, çekişmesiz dava şeklinde görülmektedir<sup>87</sup>.

Evlât edinme başvurusunun yapıldığı mahkeme, evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmakla yükümlüdür<sup>88</sup>. Mahkemenin evlat edinmeye izin verebilmesi için, evlat edinene ve evlat edinilene ilişkin olarak tüm şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartların, hangi aşamada gerçekleşmiş sayılacağına dair her iki hukuk düzeninde de ikili bir ayırım yapılmıştır. Türk Hukuku'nda, evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken evlat edinme kararının verileceği an dikkate alınmaktadır<sup>89</sup>. Evlât edinme başvurusundan sonra evlât edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlât edinmeye engel olmaz (MK m. 315 f. 2). Kanaatimizce, bu gibi hallerde mahkemenin çocuğun yararını gözönünde tutarak evlat edinmeye izin vermemesi gerekmektedir. Öte yandan, başvurudan sonra küçük ergin olursa, koşulları daha önceden yerine getirilmek kaydıyla küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır (MK m. 315 f. 3). Başvurunun yapılmasından sonra rızanın geri alınması gibi evlat edinme şartlarının ortadan kalkmasına yol açan diğer değişiklikler evlat edinme kararının verilmesine engel teşkil eder<sup>90</sup>.

Evlât edinme kararının verilebilmesi için kanundaki şartların gerçekleşmesi yanında hakimın ayrıca ayrıntılı bir araştırma da yapması gerekmektedir<sup>91</sup>. MK m. 316 f. 1'e göre "evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir." Hakim yaptığı araştırmada, çocuğun gelişimi ve güvenliğini önplanda tutmak zorundadır. Bu nedenle, kanunun aradığı tüm şartların yerine getirilmiş olmasına rağmen çocuğun güvenliğinden şüphe edilen durumlarda evlat edinme kararı verilemez<sup>92</sup>.

Bu hükme paralel bir düzenleme KKTC Hukuku'nda da bulunmaktadır. Fasıl 274 m. 7'ye göre mahkemenin evlat edinme karar verebilmesi için iki hususda tat-

---

Mahkemesi bulunmaktadır. Bunlardan, Lefkoşa, Magosa, Girne ve Güzelyurt Kaza Mahkemeleri adlarını taşıdıkları Kazalarda bulunmaktadırlar. Lefke Kaza Mahkemesi ise Güzelyurt Kaza Mahkemesi bünyesinde yer almaktadır. Güzelyurt Kaza Mahkemesi, haftanın iki günü Lefke Kaza Mahkemesi olarak toplanmaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. [www.mahkemeler.net](http://www.mahkemeler.net); [www.edevlet.eu](http://www.edevlet.eu).

<sup>87</sup> Şıpka, s. 316; Kaleli, s. 76; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401).

<sup>88</sup> Dural / Oğuz / Gümüş, s. 498; Şıpka, s. 316; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Akıntürk / Karaman, s. 380.

<sup>89</sup> Dural / Oğuz / Gümüş, s. 499.

<sup>90</sup> Dural / Oğuz / Gümüş, s. 499.

<sup>91</sup> Akyüz, s. 163.

<sup>92</sup> Akyüz, s. 163.



min edilmiş olması gerekmektedir. İlk olarak mahkeme, evlat edinmeye rıza gösteren ana babanın evlat edinmenin hüküm ve sonuçlarını anlamış olduğu konusunda tatmin olmuş olmalıdır ( Fasil 274 m.7 f. 4). Mahkeme ikinci olarak, evlat edinmenin küçüğün yararına olacağına ikna olmuş olmalıdır (Fasil 274 m. 7 f. 2). Mahkeme, bu konuda gerekli araştırmayı yapabilir (Fasil 274 m. 1). Araştırmanın amacı, mahkeme kararıyla kurulacak olan soybağının yaratacağı aile ilişkisinin taraflar için meydana getirmesi muhtemel olumsuz etkileri belirleyebilmektir<sup>93</sup>.

Evlat edinenin kişiliği, eğitimi, mesleği, gelir durumu gibi konular yanında evlat edinilenin eğitim, sağlık gibi ihtiyaçlarının karşılanıp karşılanamayacağı ile ilgili olarak yapılan araştırmada ayrıca evlat edinenin alt soyunun evlat edinmeye ilişkin tavırları da dikkate alınmaktadır<sup>94</sup> ( MK m. 316 f. 2- 3 – Fasil 274 m. 6b). KKTC Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklı olarak, Mahkemenin evlat edinme işlemiyle ilgili olarak tarafların herhangi bir ücret almadığı konusunda da tatmin olması gerekmektedir. Fasil 274 m. 7 f. 1c, “(1) Mahkeme, bir evlât edinme emri vermeden önce, aşağıdaki konularda tatmin olmalıdır... (c) mahkemenin onay verdiği durumlar dışında başvuru sahibinin, evlât edinmeye karşılık hiç bir ödeme veya başka ücret almış olmadığı ve almayı kabul etmiş olmadığı ve kimsenin, başvuru sahibine herhangi bir ödeme yapmış olmadığı veya yapmayı kabul etmiş olmadığı veya ücret vermiş olmadığı veya vermeyi kabul etmiş olmadığı konularında” ifadesiyle bu duruma değinmektedir. Yasa böylece, evlat edinme adı altında çocuk ticaretini önlemek istemiştir.

## 2. Mahkeme Kararı

Hem KKTC Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda evlat edinme işlemi, mahkemenin verdiği kararla tamamlanmaktadır (Fasil 274 m. 3- MK m.315/I). Bu açıdan Yeni Medeni Kanun, Önceki Medeni Kanununun sisteminden ayrılmıştır. Nitekim, Önceki Medeni Kanun evlat edinmeyi bir aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmekteydi<sup>95</sup>.

Evlat edinmek isteyen kişinin bu hususta bir dava açması gerekmektedir. Dava, çekişmesiz yargıya tabidir<sup>96</sup>. Dava konusu aile hukukundan kaynaklanan bir dava olduğundan görevli mahkeme, Aile Mahkemesidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4). Ancak, Aile Mahkemesi bulunmayan yerlerde Asliye Hukuk Mahkemesi davaya bakmakla görevlidir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7). Yetkili

<sup>93</sup> Dural / Oğuz / Gümüş, s. 500.

<sup>94</sup> Dural / Oğuz / Gümüş, s. 501.

<sup>95</sup> Akıntürk / Karaman, s. 382.

<sup>96</sup> Bu konuda bkz. Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011, s. 79; Aydoğdu, s. 445; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Kaleli; s. 76.

mahkeme ise evlat edinmenin oturma yeri mahkemesidir (MK m. 315/I). Buna göre, tek başına evlat edinmede yetkili mahkeme evlat edinmenin oturma yeri iken birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesidir<sup>97</sup>.

MK m. 316 / I, “evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir” hükmüyle evlat edinmeyle ilgili davanın üç aşamadan oluştuğunu belirtmektedir. Bu aşamalar dava, araştırma, dinleme ve görüş alma olarak adlandırılmaktadır<sup>98</sup>.

Dava sonucunda, evlat edinme aracılığıyla yeni bir hısımlık ilişkisi kurulduğundan davanın kurucu yenilik doğuran bir dava ve mahkeme kararının da kurucu nitelikte bir karar olduğu kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Nitekim, Yargıtay da mahkeme kararından sonra yapılan nüfusa tescil işleminin bildirici nitelikte olduğunu aslonanın mahkeme kararı olduğunu hükme bağlamakla mahkeme kararının kurucu nitelikte olduğunu dolaylı olarak belirtmektedir<sup>100</sup>.

KKTC Hukuku'nda da evlat edinmeyle mahkeme kararına dayalı soybağı ilişkisi kurulduğundan davanın kurucu yenilik doğuran bir dava olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda, mahkemenin verdiği karar da kurucu nitelikte olmaktadır. Dava, evlat edinmek isteyen kişinin oturma yerinde açılır (Fasıl 274 m. 2). Bu davada, görevli mahkeme ise Aile Mahkemesidir<sup>101</sup> (9/1976 Mahkemeler Yasası m. 35). Evlat edinmeye ilişkin hususlar çekişmesiz yargı işine girmesine karşılık, KKTC Hukuku'nda çekişmesiz yargı işleri düzenlenmemiştir. Bu nedenle, evlat edinmeyle ilgili davada davalı gösterme zorunluluğu vardır. Evlat edinmeyle ilgili işlerde yetkili makam, Sosyal Hizmetler Dairesi olduğundan dava, bu daireye karşı açılmaktadır (8/1988 tarihli Sosyal Hizmetler Dairesi Yasası m. 5 f. 6).

#### IV. Değerlendirme

Evlat edinmeyle ilgili olarak Türk Hukuku'nda ve KKTC Hukuku'nda da paralel düzenlemeler olduğu görülmektedir. Her iki hukuk düzeninde de evlat edinme ile, evlatlık arasında mahkeme kararına dayanan yapay bir soybağı kurulmaktadır. Bu soybağının kurulmasında, ilk olarak “çocuğun üstün yararı”nın gözetileceği de her iki hukuk düzenince kabul edilmiştir.

<sup>97</sup> Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401).

<sup>98</sup> Aydoğdu, s. 445; Aydos, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401); Kaleli, s. 77.

<sup>99</sup> Bu konuda bkz. Ercan, İsmail, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2011, s. 169; Pekcanitez, s. 309; Akıntürk / Karaman, s. 382; Aydoğdu, s. 447; Belen, s. 7; Dural / Oğuz / Gümüş, s. 500.

<sup>100</sup> Bu konuda bkz. YHGK., T. 29/05/2002, E.2002/2-441,K. 2002/433.

<sup>101</sup> Sampson, Martha Hayes, *Enforcement of Family Law Judgements in the European Union*, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family\\_rights/cyprus\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/cyprus_en.pdf), s. 4.

Öte yandan, evlat edinmeye ilişkin olarak iki hukuk düzeni arasında bazı belirgin farklılıklar olduğu da gözden kaçmamaktadır. İlk olarak, evlat edinilmek istenen çocuğun evlat edinmek isteyen kişiler tarafından belli bir süre bakılması ve eğitilmesine ilişkin süre koşulu Türk Hukuku'nda ve KKTC Hukuku'nda farklı düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda bu süre bir yıl iken, KKTC Hukuku'nda üç aydır. İkinci olarak, evlat edinmek isteyen kişinin yaşı ile ilgili olarak da farklı düzenlemeler mevcuttur. Öncelikle, Türk Hukuku'nda evlat edinme yaşı otuzdur. Ancak, en az beş yıldan beri evli olan kişiler bakımından otuz yaşını doldurmuş olmak koşulu aranmamaktadır. KKTC Hukuku'nda ise evlat edinme yaşı "yirmi beş yaşını doldurmuş olmak" olarak düzenlenmiştir. Fakat, Fasil 274'e göre, farklı olasılıklarda yaş koşulu değişiklik göstermektedir. Buna göre, başvuru sahibinin veya eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde eşlerden birinin, yirmi beş yaşını doldurmuş olması ve küçükle arasında en az on sekiz yaş olması gerekmektedir. Eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde yaş koşulu sadece eşlerden biri için aranmaktadır. Öte yandan, evlat edinilmek istenen küçükle evlat edinmek isteyen kişi arasında hısımlık ilişkisinin olması halinde yirmi beş yaşını doldurmuş olma koşulu yerine yirmi bir yaşını doldurmuş olma koşulu aranmaktadır. Evlat edinmek isteyen kişinin küçüğün doğal annesi ya da babası olması durumunda ise yaş koşulu aranmamaktadır. Son olarak, Türk Hukuku'nda evlat edinmek isteyen kişiler için asgari yaş koşulu yanında azami yaş koşulu da belirlenmiştir. Buna göre, evlat edinilecek çocuk ile evlat edinecek kişi arasında en fazla 40 yaş fark olabilir. KKTC Hukuku'nda ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hem Türk Hukuku'nda hem de KKTC Hukuku'nda evlat edinmenin aynı amaca hizmet ettiği ortaya çıkmaktadır. Bu amaç, "çocuğun üstün yararı"ndan hareket ederek çocuk sahibi olmayan kişilerin çocuk sahibi olmasını sağlama ve soylarını devam ettirerek mirasçı bırakmalarına; evlat edinilen çocukların aile ilişkisi içinde bakım ve yetiştirilmesini sağlanmasına da hizmet etmektedir.

### **KAYNAKÇA**

- Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş: Aile Hukuku, İstanbul, 2012.
- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009.
- Akyüz, Emine, Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara, 1995, s. 153 - 169.
- Ansay, Tuğrul, Türk Hukuku'nda Evlatlık İlişkisinin Kurulması ve Bunun Sınır Ötesine Yansıması, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, s. 85-102.
- Ataay, Aytekin, Eşinin Evlad Edinmesine Onamını Bildirmesi Gereken Öteki Eşin Ayırt Etme Gücünden (Temyiz Kudretinden) Yoksunluğu, İÜHFİM, C. XXXVIII, S.1-4, Y. 1973, s. 439 - 443.

- Aydos, Oğuz Sadık, Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme, [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2000\)-17401](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-4,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2000)-17401).
- Baygın, Cem, Evlat Edinmenin Koşulları, DEÜHFD, C. VII, S.3-4, s. 591 – 650.
- Belen, Herdem, Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, İstanbul, 2005
- Demir, Mehmet, Bazı Ülke Yasaları İle Karşılaştırılmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları, AÜHFD, C.52, S. 3, Y. 2003, s. 253 - 273.
- Doğanay, İsmail, Evlat Edinme ve Bir Kimse Kardeşini Evlat Edinebilir mi?, Adalet Dergisi, Y. 39, S. 6, s. 713 - 740.
- Aydoğdu, Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Ankara, 2010.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku – Aile Hukuku C. III, İstanbul, 2011.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004.
- Emilianides, Achilles, Welfare of the Child and Beliefs of the Parents, Cyprus, 2010.
- Ercan, İsmail, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2011.
- Kaleli, Şakir, Evlat Edinmenin Koşulları, Yargıtay Dergisi, C. 5, S. 1, Y.1979, s. 65- 79.
- Kaya, Cengiz, Türk Hukuku'nda Evlat Edinme, İstanbul, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003.
- Kouloumou, Toula, Children's Welfare and Everyday Life in Cyprus: A Family Affair With Intergenerational Implications, <http://www.svt.ntnu.no>.
- Neocleous, Andreas, Introduction of Cyprus Law, Limassol, 2000.
- O'Halloran, Kerry, The Politics of Adoption, 2009, Avusturalya.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011.
- Rhys, Ruth Gaffney vd., Family Law, Great Britain, s. 2007.
- Sampson, Martha Hayes, Enforcement of Family Law Judgements in the European Union, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family\\_rights/cyprus\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/cyprus_en.pdf),
- Şıpka, Şükran, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'un "Evlat Edinme"ye İlişkin Hükümlerin İncelenmesi, İHFM, C. LVII, S. 1-2, s. 301 - 321.

**AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ IŞIĞINDA  
SİBER SUÇLARLA MÜCADELEDE  
ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ**  
( *International Co-operation in the Fight against Cybercrimes in  
the Light of the Council of Europe Convention on Cybercrime* )

**Murat ÖNOK\***

**ÖZET**

Bu çalışmada, öncelikle siber suç kavramı ele alınmış ve bu yeni suçluluk türüyle mücadele etmekte yaşanan hukuki ve fiili sorunlar açıklanmıştır. Ardından, uluslararası alanda siber suçlarla mücadele bakımından kabul edilen bazı enstrüman veya organlara kısaca değinilmiştir. Çalışmanın esasını ise, Avrupa Konseyi bünyesinde 2001 yılında Budapeşte’de kabul edilen Siber Suç Sözleşmesi’nde yer alan adli yardımlaşmaya dair hükümler teşkil etmektedir. Önce Sözleşme, sonra Türkiye uygulamasında adli yardımlaşma hakkında genel nitelikli bilgiler verildikten sonra, Sözleşme’nin 3. Kısımında yer alan, uluslararası yardımlaşmaya ilişkin ilkeler ve hükümler incelenmiştir. Sonuç kısmında ise, siber suçlarla mücadelede varılan nokta değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Siber suç, Siber Suç Sözleşmesi, Budapeşte Sözleşmesi, Siber suçlarla mücadele, Uluslararası adli yardımlaşma

***Abstract***

In this study, the concept of “cybercrime” has been studied first, and the legal and factual problems encountered in the fight against this new type of criminality have been then explained. Certain instruments or organs adopted in the international arena in the fight against cybercrimes have been mentioned shortly. The provisions concerning legal cooperation embodied in the 2001 ‘Convention on Cybercrime’ adopted in Budapest within the framework of the Council of Europe constitute the essential part of the study. After providing general information about the Convention first, and legal cooperation in Turkish practice after, the principles and provisions concerning international cooperation embodied in Chapter III of the Convention have been analyzed. In conclusion, the current situation as to where we stand in the fight against cybercrimes has been evaluated.

**Keywords:** Cybercrime, Convention on Cybercrime, Budapest Convention, Fighting cybercrimes, International cooperation

\* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## Giriş

Her teknolojik gelişmede olduğu gibi, bilişim teknolojilerinin ve bu arada internetin gelişimi bir çok yeni hukukla beraber hem yeni suç tiplerini hem de geleneksel suçların farklı işleniş biçimlerini ortaya çıkarmıştır<sup>1</sup>. Böylece, günlük ve mesleki hayatımızı önemli ölçüde kolaylaştıran teknoloji ve internet, bir yandan da, yeni hukuki düzenlemeleri zorunlu kılan bir sorun hâline gelmiştir<sup>2</sup>. Bu çalışmada, gelişen teknolojinin doğurduğu hukuki sorunlardan sadece siber suçlar üzerinde durulacak; bu kapsamda, yine siber suç olgusunun ortaya çıkardığı sorunlardan birisi olan, uluslararası işbirliği meselesi, esas olarak incelenecektir.

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan 2001 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin başlığına uygun olarak, "siber suç" (*cybercrime*) terimini makalemizde esas almaktayız<sup>3</sup>. Buna karşılık, Türk literatüründe "bilişim suçu" teriminin yaygın olarak kullanıldığını ifade etmek gerekir<sup>4</sup>. Her halükârda, gerek doğru terimin tespiti gerekse

<sup>1</sup> Füsün Sokullu-Akıncı, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s. 11; Yee Fen Lim, *Cyberspace Law, Commentaries and Materials*, Oxford University Press, 2002, s. 247; Mahmut Koca, *Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, 2003, s. 785.

<sup>2</sup> Berrin Bozdoğan Akbulut, *Bilişim Suçları*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s. 547-548. Hukuksal değerlerin yeni ihlal modellerinin ortaya çıkması durumunda, devletin bu ihlalleri engellemek, konuya dair gerekli düzenlemeleri yapmak ve ihlalin varlığı durumunda ilgili kimseleri kovuşturarak cezalandırmak yükümlülüğü vardır (Yener Ünver, *Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s. 62.; bkz. benzer anlamda R. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları – Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutlarıyla*, İstanbul, 1997, s. 292. Kıyaslayınız Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008, s. 41).

<sup>3</sup> Uluslararası platformda da genelde "siber suç" kavramı kullanılmaktadır (İsmail Ergün, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum*, Ankara, 2008, s. 14; B. Zakir Avcı/Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku*, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2010, s. 47). Türk hukukunda da bu kavramı tercih edenler mevcuttur (Hasan Sınar, *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul, 2001, s. 69; Yazıcıoğlu, *Sempozyum*, s. 452). Buna karşılık, "bilişim suçları"nın "siber suçlar"ı içeren bir üst kavram olduğu da savunulmaktadır (A. Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2003, s. 33). Öte yandan, ulusal doktrinimizde siber suçları tasnif girişimleri için bkz. Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 143 vd.; Hatice Akıncı/A. Emre Alıç/Cüneyd Er, *Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 174 vd.; Mehmet Özcan, *Siber Terörizm ve Ulusal Güvenlik*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 305-307; Ergün, s. 27 vd.; Avcı/Öngören, s. 123 vd.; Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, 3. Baskı, Ankara, 2011, s. 56 vd.; Muharrem Özen/İhsan Baştürk, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2011, s. 90. Yine çeşitli suç tipi örnekleri ve kovuşturulmalarında yaşanan sorunlar için bkz. Lim, s. 281 vd. Türkiye'de bu suçların işleniş biçimleri hk. bkz. Feridun Yenisey, *İnternet Suçlarının Yeni İşleniş Biçimleri*, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002, s. 447-450.

<sup>4</sup> Akbulut, s. 549 vd.; Yenidünya/Değirmenci, s. 31; Akıncı/ Alıç/ Er, s. 195 vd.; Murat Volkan

bilişim suçu kavramı üzerinde Türk doktrininde bir uzlaşma olmadığını belirtmek gerekir<sup>5</sup>. Hatta uluslararası alanda da “siber suç” kavramının içeriği konusunda muhtabakat bulunmamaktadır<sup>6</sup>. Yine de, basitçe, siber suçları, bilişim sistemleri aleyhine veya bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar, olarak tanımlayabiliriz<sup>7</sup>. Bilindiği üzere, “bilişim alanında suçlar”, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 243.-245. maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>8</sup>. Bununla birlikte, yukarıda anladığımız şekilde siber suç kavramı, hakaret, cinsel taciz, dolandırıcılık gibi klasik bir çok suç tipinin bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesini de kapsamaktadır.

Dülger, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2004, s. 66; Avşar/ Öngören, s. 46; Cevat Özel, *Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 341 vd.; Cankat, s. 12; Karagülmez, s. 41 vd.; Ketizmen, s. 32 vd. (fakat yazar, belirli bir tanımı esas almaktan çok, bilişim suçu adı altında incelenen suçların sosyo-ekonomik dönüşümle bağlantısının daha rahat kurulabilmesine olanak sağladığı gerekçesiyle bu kavramı tercih ettiğini açıklamıştır, age, s. 39). Kıyaslayınız Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 125 vd. (yazar, eserinin başlığında “bilgisayar suçları” kavramını kullanmaktadır; ancak bunun temel nedenini, bilişim araçlarının en yaygın olanı bilgisayar olması ve “bilgisayar suçları” kavramının alışkanlık teşkil etmesi ile açıklamaktadır (s. 131). Gerçekten, bu eserin yazıldığı dönemde yurt dışında (ve özellikle ABD’de daha sonraki yıllarda bile, bkz. Dülger, s. 63) “computer crimes” kavramının genellikle kullanıldığını belirtmek gerekir. Hatta, yazar, Türk kanunkoyucusunun ceza kanununda “bilişim” terimini seçmesini “yerinde” bulmakta (s. 129-130), bilişim suçları kavramının, aslında bilgisayar suçlarını da kapsayan bir üst kavram olduğunu da ifade etmektedir (s. 131. Nitekim, daha sonraki tarihli bir eserinde, yazar, “siber suçlar” kavramını tercih etmektedir, bkz. Yazıcıoğlu, *Sempozyum*, s. 452); Veli Özer Özbek, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2002, s. 106-107 – yazar “internet suçları” ifadesini tercih etmektedir; Ünver, İÜHFİM, s. 79 (yazar, siberuzay ortamında siberuzay aracılığıyla işlenen suç veya bilişim sistemi aracılığıyla işlenen suç, terimlerini önermektedir); Özen/Baştürk, s. 12 (yazarlar, bilgisayar suçları ile bilişim suçları kavramlarının doktrinde eşanlamlı olarak kullanıldığını belirttikten sonra, ilk kavramın bugün için tercih edildiğini ifade etmektedirler). Öte yandan, siber suç kavramı ile bilgisayar suçu kavramının aynı olduğu da savunulmaktadır (Koca, Tekinalp’e Armağan, s. 788), fakat “siber suç”u “bilişim suçu” ile eşdeğer anlayacak olsak, her iki kavramın, “bilgisayar suçu” kavramını da içeren bir üst kavram olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>5</sup> Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 129; Akbulut, s. 549; Özel, s. 342; Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, İstanbul, 2008, s. 12; Ergün, s. 12; Avşar/Öngören, s. 46. Çeşitli tanımlar için bkz. Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 136-143; Karagülmez 42 vd.; Avşar/Öngören, s. 46 vd. Kullanılan çeşitli terimler için bkz. Dülger, s. 64-65.

<sup>6</sup> Uluslararası literatürde tanım ve tipoloji tasnifleri denemeleri için bkz. Marco Gercke, *Understanding Cybercrime. A Guide for Developing Countries*, 2nd ed. (Draft March 2011), s. 25 vd.; Susan W. Brenner, “S.Light Speed”: Attribution and Response to Cybercrime/Terrorism/Warfare, 97 The Journal of Criminal Law & Criminology 379 (2007) s.382 vd.; Richard W. Downing, *Shoring Up the Weakest Link: What Lawmakers Around the World Need to Consider in Developing Comprehensive Laws to Combat Cybercrime*, 43 Colum. J. Transnat’l L. 705 (2004-2005), s.711 vd.

<sup>7</sup> Karagülmez, s. 44; Taşkın, s. 10 (gerçi, yazar, bilişim suçlarının işleniş şekli olarak bunu belirtmektedir). Benzer bir tanım için bkz. Akbulut, s. 551; Yazıcıoğlu, *Sempozyum*, s. 459. Kıyaslayınız Koca, Tekinalp’e Armağan, s. 788 ve Avşar/Öngören, s. 47 (“bilgisayar” kavramı üzerinden aynı tanım verilmektedir). Kıyaslayınız Dülger, s. 67: “verilere karşı ve/veya veri işlemle bağlantılı olan sistemlere karşı, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar”.

<sup>8</sup> Bununla birlikte, diğer klasik bir çok suç tipinin (hakaret, cinsel taciz, dolandırıcılık gibi) de bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebildiği hatırd tutulmalıdır.

Siber suç olgusuyla mücadele etmek bakımından en önemli husus, aşağıda detaylı olarak izah edileceği üzere, uluslararası adli yardımlaşmadır. Bunun bilincinde olan devletler, uluslararası örgütler ve sivil toplum kuruluşları, yeknesak bir mücadeleyi mümkün kılmayı amaçlayan sayısız girişimlerde bulunmuşlardır. Bu sayede ortaya çıkan hukuki enstrümanlardan en önemlisi, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen 2001 tarihli Siber Suç Budapeşte Sözleşmesi'dir.

Çalışmamızın ilk kısmında, siber suçlarla mücadelenin arz ettiği güçlükler izah edilecektir. İkinci kısımda, özetle, yukarıda bahsettiğimiz uluslararası girişimlerden bazılarına, ana hatlarıyla, değinilecektir. Üçüncü kısımda, çalışmamızın üzerinde yoğunlaştığı Budapeşte Sözleşmesi hakkında genel bilgi verilecektir. Çalışmanın ana kısmı ise, uluslararası adli yardımlaşmanın ele alındığı dördüncü kısımdır. Burada, adli yardımlaşma konusunda Türk uygulamasına dair temel bazı bilgilere yer verildikten sonra, Budapeşte Sözleşmesi ile getirilen uluslararası işbirliği rejimi, iki alt başlık altında, izah edilecektir.

### § 1. Siber Suçlarla Mücadelenin Zorluğu

Siber suçlarla baş etmenin ne denli zor olduğu, son yıllarda tecrübe ile sabit olmuş, herkesçe malum bir husustur. Bu mücadelenin hukuk sistemini bu kadar zorlaması ise şu faktörlere bağlanabilir<sup>9</sup>:

1) Siber suçluluk oldukça yeni bir fenomen olduğundan, suçun işleniş biçimleri hakkında şablonlar çıkarmak mümkün olmamaktadır<sup>10</sup>; bu da, bu olguyla mücadelede kaynakların ne şekilde dağıtılması gerektiğini gösteren “suç haritaları” geliştirilmesine engeldir<sup>11</sup>. Sorunun gerçek boyutu hakkında elimizdeki bilgiler sınırlı olmakla birlikte<sup>12</sup>, hızla artan bir suçluluk türü olduğu kesindir<sup>13</sup>.

2) Yeni bir suçluluk türü söz konusu olduğundan, ceza adaleti sisteminin bir çok aktörü konuya henüz aşına değildir<sup>14</sup>. Polisin daha hızlı adapte olduğu söylenebilir de, savcı ve hakimlerin bilişim suçları meselelerinde henüz yeterli teknik bilgi-

<sup>9</sup> Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 123 vd.

<sup>10</sup> Benzer yönde Akbulut, s. 555. Bununla birlikte, bilişim sistemlerinden istifade eden organize suç gruplarının tasnifi hk. bir çalışma için bkz. Kim-Kwang Raymond Choo, *Organised crime groups in cyberspace: a typology*, 11 Trends Organ Crim 270 (2008).

<sup>11</sup> Susan W. Brenner, *Toward a Criminal Law for Cyberspace: A New Model of Law Enforcement?*, 30 Rutgers Computer & Tech. L.J. 1 (2004), s. 33.

<sup>12</sup> Karagülmez, s. 33. “Siyah rakamlar”ın bu suçlarda son derece yüksek olduğuna dair bkz. Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 83. Bu konuda önemli bir kaynak için bkz. Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 35 vd.

<sup>13</sup> R.E. Bell, *The Prosecution of Computer Crime*, 9 Journal of Financial Crime 308 (2002), s. 308; Laviero Buono, *Investigating and prosecuting crimes in cyberspace: European training schemes for judges and prosecutors*, 11 ERA Forum 207 (2010), s. 209; Karagülmez, s. 47.

<sup>14</sup> Soumyo D. Moitra, *Developing Policies for Cybercrime*, 13 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 435 (2005), s. 446; Francesco Calderoni, *The European legal framework on cybercrime: striving for an effective implementation*, 54 Crime Law Soc Change 339 (2010), s. 341.



ye sahip olduklarını söylemek güçtür; bu konuda ciddi bir eğitime ihtiyaç vardır<sup>15</sup>. Kaldı ki, büyük hızla yeni suç işleme yöntemleri ortaya çıktığından, bu yetkililerin bilgilerini sürekli güncellemeleri de şarttır<sup>16</sup>. Ayrıca, bu çalışmada ele alacağımız uluslararası işbirliği yanında, bilişim suçları bakımından, her suçta olduğundan daha fazla, ulusal düzeydeki işbirliği çok önemlidir<sup>17</sup>.

3) Siber suçların mukayeseli hukuktaki tanımını yeknesak olmadığı gibi, mevcut tanımlar da her zaman çok net değildir<sup>18</sup>. Oysa, maddi ceza hukuku bakımından gözlemlenen farklılıklar, etkili bir adli yardımlaşmayı da engellemektedir. Bu nedenle, siber suçlara dair maddi ceza kurallarının yeknesaklaştırılması önemlidir<sup>19</sup>. Mevzuat güncellenmeyip, klasik suç tipleri, bilişim teknolojisinin ortaya çıkardığı suçluluk türlerine uygulanmak istendiğinde, faili cezalandırmak her zaman mümkün olmamaktadır<sup>20</sup>. Kaldı ki, hızla gelişen teknoloji, siber suçların yeni görünüm şekillerini ortaya çıkarmakta, bu da, yeni düzenlemeler yapan devletler açısından dâhi, mevcut yasal çerçevenin aynı hızla değiştirilmesini ve geliştirilmesini gerektirmektedir<sup>21</sup>.

4) Siber suçluluğun karakteristik bir özelliği, fail ile mağdur arasında mekansal mesafe bulunmasıdır<sup>22</sup>. Ayrıca, bilişim teknolojisinin işleyiş tarzı sebebiyle, suç çoğu zaman bir çok ülkeyi ilgilendirebilmektedir<sup>23</sup>; gerçekten, siber suçların temel özelliği, sınır tanımamalarıdır<sup>24</sup>. Her iki husus da, adli işbirliğini zorunlu kılmak-

<sup>15</sup> Calderoni s. 341. Yine bkz. Özcan, s. 337; Dülger, s. 322-323; Taşkın, s. 178. Hakim ve savcıların eğitimi hk. bkz. Buono s. 215 vd.

<sup>16</sup> Özgür Uçkan/Yasin Beceni, *Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 423; Taşkın, s. 179.

<sup>17</sup> İşbirliğinin türleri için bkz. Karagülmez, s. 366 vd.

<sup>18</sup> Moitra s.446.

<sup>19</sup> Hasan Sınar, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Üzerine Bir Deneme*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 766; Dülger, s. 103.

<sup>20</sup> Gregor Urbas, *Criminalising Computer Misconduct: Some Legal and Philosophical Problems*, 14 Asia Pac. L. Rev. 95 (2006), s. 99.

<sup>21</sup> Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku, s. 48; Yenidünya/Değirmenci, s.111; Marco Gercke, *Europe's Legal Approaches to Cybercrime*, 10 ERA Forum 409 (2009), s.410; Özcan, s. 330-331.

<sup>22</sup> Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J. s.23; Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.134; Karagülmez, s. 380.

<sup>23</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.133; Özcan, s. 326-327.

<sup>24</sup> Sokullu-Akıncı, İÜHFM, s. 12; Fatih S. Mahmutoğlu, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Sijyelerinin Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s. 39; Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J., s.25; Ergün, s. 44; Raluca Simion, *Cybercrime and its challenges between reality and fiction. Where do we actually stand?*, Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, Vol. III- N. 3, Vol. IV, N. 1- Settembre 2009-Aprile 2010, s. 310; Karagülmez, s. 67.

tadır<sup>25</sup>. Ayrıca, suçun nerede işlenmiş sayılacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır<sup>26</sup>. Suçun çoğu zaman birden çok ülkeyi kapsamaması, devletlerin egemen eşitliği ilkesi karşısında zorluklar çıkarmaktadır. Zira, ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan klasik anlayış, devletlerin ulusal yargı yetkisinin coğrafi sınırlarla belirlenmesidir<sup>27</sup>. Bu da, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan, ulusal düzenlemeleri uygulama yetkisinin (*jurisdiction to enforce*), ilgili devletin açık izni olmadıkça, ülke dışında yerine getirilemeyeceği şeklindeki kural ile bağlantılıdır<sup>28</sup>. Bunun sonucunda, ilgili devletin rızası olmadıkça, diğer bir devlet onun ülkesi üzerinde soruşturma işlemleri sürdüremez. Bu ise, siber suçlulukla mücadele konusundaki temel engellerden birini doğurmaktadır: devletlerin yetkileri kendi sınırları dışına uzanamadığından, sınır tanımayan siber suçlulukla mücadelede klasik yargı yetkisi anlayışı yetersiz kalmaktadır<sup>29</sup>. Zira, siber suçluluk tüm suçlar arasında en sınıraşan nitelikte olanı ise de, devletlerin uygulama yetkisi ülkesel olmak zorundadır<sup>30</sup>. Klasik egemenlik fikrine dayalı bu yetki anlayışı, teknolojinin söz konusu olmadığı, gerçek, yani fiziksel dünyada işlenen suçlar açısından tasarlanmıştır<sup>31</sup>. Oysa, siber suçlarda, fail belirli bir devletin yargı yetkisi dahilinde bulunmakta, eylemleri ise, diğer bir çok ülkedeki bilişim sistemlerini ve mağdurları etkileyebilmektedir. Her ne kadar başka suçluluk türlerinde de bu özelliğe rastlanabilse de, bu mekansal uzaklık ve sınır aşan boyut, siber suçluluğun yapısında mündemiç bir özelliktir<sup>32</sup>. Neticede, bu suçlarla mücadelede, uluslararası adli yardımlaşma elzem hale gelmekte; bunun

<sup>25</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.173; Sınar, *İnternet ve Ceza Hukuku*, s. 49; Uçkan/Beceni, s. 380-381; Özcan, s. 328; Dülger, s. 327; Karagülmez, s. 68.

<sup>26</sup> Fikret İlkiz, *İnternet Ortamında Yayınlar, İnternet ve Hukuk* (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 457; Taşkın, s. 176. Siber suçlarda suçun işlendiği yer sorunu hk. bkz. Özbek, DEÜHFD, s. 113 vd.; Sınar, *İnternet ve Ceza Hukuku*, s. 127 vd.; Karagülmez, s. 464 vd.

<sup>27</sup> Peter Csonka, *The Council of Europe's Convention on Cyber-Crime and Other European Initiatives*, *Revue internationale de droit pénal*, 2006/3 Vol. 77, p. 473-501. DOI : 10.3917/ridp.773.0473, s. 477; Gregor Allan, *Responding to Cybercrime: A Delicate Blend of the Orthodox and the Alternative*, 2005 N.Z. L. Rev. 149 (2005), s.153.

<sup>28</sup> James Crawford. *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012), s.479; Malcolm N. Shaw. *International Law* (6th ed., New York: Cambridge University Press, 2008) s.645-6; Martin Dixon. *Textbook on International Law* (6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2007), s.113; Ray August, *International Cyber-Jurisdiction: A Comparative Analysis*, 39 American Business Law Journal 531 (2002), s.561.

<sup>29</sup> Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J. s.3; David R. Johnson & David G. Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN.L.REV. 1367 (1996). Ayrıca bkz. Simion s.296.

<sup>30</sup> Yılmaz Yazıcıoğlu, *TCK 2000 Tasarısında Bilişim Şebekeleri Vasıtasıyla İşlenen Suçlar*, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, DEÜ Yayını, İzmir, 2002, s. 456; Pedro Verdelho, *The effectiveness of international co-operation against cybercrime: examples of good practice*, Discussion paper (draft) prepared within the framework of the Project on Cybercrime of the Council of Europe, 2008, s. 4.

<sup>31</sup> Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J., s.3.

<sup>32</sup> Pedro Verdelho, Discussion paper (draft), s. 4.

etkin olarak işleyebilmesi ise, ilgili devletlerin siber suçluluk mevzuatları arasında uyum bulunmasına bağlı olmaktadır<sup>33</sup>.

5) Siber suçları tespit etme ihtimali geleneksel suçlara göre çok daha düşüktür<sup>34</sup>. Gerçekten, bu suçların işlendiği araç ve sistem çok teknik ve sürekli değişkendir; interneti anonim olarak kullanma fırsatı nedeniyle faileri tespit etme olanağı bazen çok sınırlıdır<sup>35</sup>. Ayrıca, mağdurlar, özellikle de prestij kaybından çekinen ticari şirketler, bu suçları ihbar konusunda isteksiz olabildikleri gibi<sup>36</sup>, özellikle bilişim sistemleri hakkındaki bilgisi iyi olmayan kişiler, bir çok kez durumun farkına bile varamamış olabilirler<sup>37</sup>.

6) Siber suççu ortaya çıkarmaya yarayacak delillerin türü ve formatı<sup>38</sup>, bir de bunları elde etme yöntemleri geleneksel suçlara nazaran farklıdır<sup>39</sup>. Delilleri elde etmek zor olduğu gibi<sup>40</sup>, bunları mahkemeler nezdinde kabul görecektir şekilde, mevcut usuli kurallara uygun olarak toplamak ayrıca bir meseledir<sup>41</sup>. Bu da, “adli bilişim” adı verilen, “potansiyel yasal delillerin elde edilmesi amacıyla bilgisayar inceleme ve analiz teknikleri kullanılarak yapılan” uygulamaları<sup>42</sup> ele alan disiplinin önemini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, bu suçları soruşturacak personelin çok ciddi bir uzmanlığa sahip olması şarttır<sup>43</sup>. Öte yandan, dijital delillerin her an kaybolabilme ihtimali karşısında<sup>44</sup>, yardımlaşma sürecinin hızlı işlemesi de şarttır; bu ise, hele ikiden fazla ülke aracılığıyla suçun işlendiği durumlarda, klasik adli yardımlaşmada

<sup>33</sup> Csonka, s.477; Mike Keyser, *The Council of Europe Convention on Cybercrime*, 12 J. Transnational Law & Policy 287 (2003), s.326.

<sup>34</sup> Moitra, s.446; Karagülmez, s. 51.

<sup>35</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.142; Allan, s.151-2; Ergün, s. 43. Yine bkz. Özcan, s. 326-327.

<sup>36</sup> Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 110; Özcan, s. 335; Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J., s.48-9; Lorenzo Picotti & İvan Salvadori, *National legislation implementing the Convention on Cybercrime – Comparative Analysis and good practices*, Discussion paper, Version 28 August 2008, s.78; Taşkın, s. 177; Bell, s.321; Karagülmez, s. 51.

<sup>37</sup> Roderic Broadhurst, *Developments in the global law enforcement of cyber-crime*, 29 Policing: An International Journal of Police Strategies & Management (2006), s. 410; Karagülmez, s. 63.

<sup>38</sup> Bu konuda bkz. Peter Grabosky, *Requirements of Prosecution Services to Deal with Cyber Crime*, 47 Crime Law Soc Change 201 (2007), s.213.

<sup>39</sup> Aynı yönde Özen/Baştürk, s. 91.

<sup>40</sup> Bunun net bir örneği, internet üzerinden, Voice over Internet Protocols (VoIP) teknolojisi ile yapılan canlı sesli görüşmelerin denetlenmesidir (Buono, s.211).

<sup>41</sup> Bell, s.311. Bu konuda bkz. Choo, s.286 vd.

<sup>42</sup> Bu tanım için bkz. Leyla Keser Berber, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, Ankara, 2004, s. 39. Konu hk. bilgi için bkz. söz konusu eser, s. 1 vd.; Karagülmez, s. 373 vd.

<sup>43</sup> Bell s.313; Uçkan/Beceni, s. 423. Bu bakımdan, “ya bir polisi alıp bilgisayar uzmanı yapacaksınız, ya da bir bilgisayar uzmanını polis yapacaksınız” lafının haklılığı vardır (Yenidünya/Değirmenci, s. 111).

<sup>44</sup> Serap Keskin, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s. 155.

mümkün değildir. Bu nedenle, yeni ve hızlı adli yardımlaşma yöntemleri de gerekli olmaktadır<sup>45</sup>. O hâlde, meşakkatli resmi prosedürlere bağlı olduğu için yavaş işleyebilen klasik adli işbirliği opsiyonları<sup>46</sup>, siber suçlulukla mücadele bakımından etkisiz kalabilmektedir<sup>47</sup>.

7) Siber suçlarda, çok az masraf ve gayretle, çok büyük zarar vermek mümkün olabilmektedir<sup>48</sup>. Oysa, bu suçla mücadele ve de adli işbirliği, büyük zahmet ve masraf gerektirebilmektedir.

8) Siber suçlulukla ceza hukuku yoluyla mücadelede en büyük sorun, bu alanda, çok az sayıda ülkenin bile mevzuatında gerekli düzenlemeleri yapmamasının, “kurtarılmış bölge/sığınak” arayan siber suçlular için yeterli olmasıdır. Gerçekten de, daha önce belirtildiği gibi, siber fail, herhangi bir ülkeden faaliyet göstererek, istediği ülke veya ülkelerdeki kişileri hedef alma imkanına sahiptir<sup>49</sup>. Bu bakımdan, doktrinde belirtildiği gibi, “siber suçlara karşı mücadele ya global olacaktır ya da hiç anlamı yoktur”<sup>50</sup>. Zira, bir kaç devlet dâhi bu mücadeleye katılmazsa, ‘jurisdiction shopping’ denilen olgu gerçekleşecek ve siber suçlular, bu suçlar için mevzuatında en az cezayı öngören veya diğer devletlerle adli yardımlaşma antlaşması mevcut bulunmayan devletleri tespit ederek, faaliyetlerini oradan sürdürecektir<sup>51</sup>. Hele, iade antlaşmalarında yer alan “çifte cezalandırılabilirlik” (*double criminality*) koşulu, yani, iadenin gerçekleşebilmesi için, fiilin hem kendisinden iade talep edilen hem de iadeyi talep eden devlette suç teşkil etmesi gerekliliği, devletlerin mevzuatları arasındaki uyumu daha da önemli kılmaktadır<sup>52</sup>.

Bütün bu tehlikeler ve zorluklar, siber suçlulukla mücadelede yasakoyucunun devreye girmesini zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, siber suçlarla mücadele amacıyla birtakım düzenlemeleri - özellikle kamu hukuku alanında - yaparken, doğası gereği açık ve özgür olması gereken internet üzerinde temel hak ve özgürlükleri sınırlamada titiz ve hassas olunması gerektiği de unutulmamalıdır<sup>53</sup>. Keza, siber suçlar konusundaki düzenlemelerin suç politikasının evrensel nitelikteki temel ilkelerine uygun olması gereği de, haklı olarak, vurgulanmaktadır<sup>54</sup>. Özellikle ceza

<sup>45</sup> Csonka s.480.

<sup>46</sup> Bunlar için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, 2009, s. 173 vd.

<sup>47</sup> Grabosky s.215; Bell s.316.

<sup>48</sup> Broadhurst s.410, Özcan, s. 329. Geleneksel suçluluğa nazaran bu özelliğin yarattığı neticeler açısından bkz. Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J., s. 27 vd.

<sup>49</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.238.

<sup>50</sup> Esposito, G. (2004), “The Council of Europe Convention on cyber-crime: a revolutionary instrument?”, in Broadhurst, R. (Ed.), *Proceedings of the 2nd Asia Cyber Crime Summit*, Centre for Criminology: University of Hong Kong, Hong Kong, s. 54’ten naklen Broadhurst s.412.

<sup>51</sup> Choo s.290; Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.134.

<sup>52</sup> Allan s.154. Yine bkz. Karagülmez, s. 373; Sınar, Özek Armağanı, s. 784.

<sup>53</sup> Sınar, *İnternet ve Ceza Hukuku*, s. 46; Yenidünya/Değirmenci, s.111; Taşkın, s. 184; Özen/Baştürk, s. 94. Yine bkz. Ünver, İÜHFİM, s. 83-84; Akıncı/Alıç/Er, s. 275; Uçkan/Beceni, s. 365-366.

<sup>54</sup> Kayıhan İçel, *Aurupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s. 3.

hukuku müdahalesi bakımından; “özgürlükçü demokratik yaşamın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş olan internet”in düzenlenmesinde bu yola başvurulmasının son çare olduğunun akılda tutulması gerektiği yönündeki görüşe<sup>55</sup> katılıyorruz<sup>56</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım/ Türkiye kararında, oybirliğiyle, ifade özgürlüğüne ilişkin AİHS m. 10’un ihlal edildiğinin tespiti, Türk yasakoyucusunun interneti kullanma hakkını sınırlama konusunda gerekli özeni göstermediğini ortaya koymaktadır<sup>57</sup>. AİHM’in bu içtihadı,

<sup>55</sup> Özбек, s. 105. Yine bkz. Koca, Tekinalp’e Armağan, s. 786-787.

<sup>56</sup> İnternet sülerinin karşılaştırmalı hukukta sorumluluğu için bkz. Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku, s. 86 vd.; Mahmutoğlu, İÜHFİM, s. 41 vd.; Ünver, İÜHFİM, s. 67 vd.; Özen/Baştürk, s. 256 vd. İnternetin yönetimi ve düzenlenmesi konusunda özellikle bkz. Yaman Akdeniz/Clive Walker/David Wall (ed.), *The Internet, Law and Society*, Longman, Dorchester, 2000, s. 27 vd. ve 47. vd.’nda yer alan iki makale. Bilişim suçlarının düzenlenme yöntemleri için bkz. Dülger, s. 83 vd.

<sup>57</sup> Zaten TİB’e tanınan bazı yetkilerin “olağan dışı ve hukuka aykırı” olduğu doktrinde ifade edilmekteydi (Özen/Baştürk, s. 318).

Önemi ve güncelliği itibarıyla, çalışma konumuzla doğrudan ilgili olmamasına rağmen, söz konusu kararı özetlemek isteriz. Karar, Atatürk’ün hatırasına hakareten ötürü sahibi yargılanan bir internet sitesine yer sağlayan (“host” eden) Google Sites’a erişimin mahkeme kararıyla kısıtlanmasına ilişkindir. AİHM, yasağın kapsamını düzenleyip olası kötüye kullanmaları önlemeye dönük adli denetim güvencesi sağlayan, katı bir yasal çerçeve olmaksızın internet erişiminin kısıtlanmasını, Sözleşme’ye aykırı bulmuştur. Mahkeme’ye göre, ifade özgürlüğüne yönelik bir kısıtlama kanunda öngörülmüş olmalıdır; bunun içinse kısıtlamaya olanak sağlayan kural “öngörülebilir” olmalıdır. 5651 sayılı Kanun m. 8’e göre, internet ortamında yapılan ve içeriği bu maddede sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir. Karara konu olayda, yerel mahkeme, Atatürk’e hakaret içerdiği düşünülen siteye erişimi engelleme kararı vermişti. Ancak bunu gerçekleştirmenin tek yolu, Google Sites’a erişimi bütünüyle engellemek olduğu için, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, buna yönelik olarak tedbir alınmasını istemiş, mahkeme de, bu sefer, Google Sites’a erişimi tümüyle engelleme kararı almıştı. Her iki kararın alınmasında da, ne Google Sites ne de başvuruçunun sitesi, mahkeme nezdindeki yargılamanın süjesi değildi. Yerel mahkeme kararında, Google Sites, yer sağladığı site bakımından sorumlu görülse de, 5651 sayılı Kanunda, mahkemenin öngördüğü şekilde bütüncül bir erişim yasaklama tedbiri öngörülmüş değildir. Kanun, Google Sites gibi bir internet alanına bir bütün olarak erişimin engellenmesine de izin vermemektedir. Ayrıca, Google Sites’ın gayrimeşru olarak görülen içeriğe yer sağladığına dair bilgilendirildiğine ya da devam etmekte olan ceza yargılamasının öznesi olan bir siteye ilişkin ihtiyadi tedbir kararına uymayı reddettiğine dair bir delil de yoktur.

AİHM, Kanunun, idari bir organ olan TİB’e, belirli bir siteye ilişkin olarak verilen bir erişim engelleme kararının uygulanmasına dair geniş kapsamlı yetkiler verdiğini gözlemlemiştir. Davadaki vakıalara bakıldığında, TİB, başta sınırlı kapsamlı olan bir erişim engelleme emrinin genişletilmesini rahatlıkla talep edebilmiştir.

AİHM, bir bilgi kaynağına erişimin sınırlandırılmasının, ancak, yasağın kapsamını düzenleyen ve olası kötüye kullanmaları önlemeye dönük adli denetim güvencesi sağlayan, katı bir yasal çerçeve olması durumunda Sözleşme’ye uygun olduğunu teyit etmiştir. Ne var ki, yerel mahkeme, Google Sites’a tüm erişimi kısıtlamaya karar verirken, salt Atatürk’e hakaret içeren spesifik siteye erişimi engelleyen daha dar kapsamlı bir tedbirin alınıp alınamayacağını belirlemeksizin, TİB’in belirttiği görüşü zikretmekle yetinmiştir. AİHM, ayrıca, yerel ceza mahkemesinin, özellikle Google Sites’a bütün erişimin engellenmesinin gerekli olup olmadığını değerlendirmek suretiyle, olayda söz konusu olan çeşitli yararları tartmak açısından herhangi bir teşebbüste bulunduğu dair bir belirtir

Türk yasakoyucusunun 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da değişiklik yapması gerektiğini ortaya koymaktadır.

## § 2. Siber Suçlarla Mücadele Konusundaki Bazı Girişimler

Aslında, bilgisayar ve bilişim sistemleri aracılığıyla ya da bunlara karşı işlenen suçlar bakımından devletlerin hassasiyeti konusunda büyük farklılıklar vardır: bu, her bir ülkenin ekonomi ve altyapısının ne ölçüde dijitalleştiğiyle doğrudan alakalı, teknik bir meseledir<sup>58</sup>. Keza, suç faaliyetlerinin hedefi olmak bakımından da her bir devletin maruz kaldığı tehdit derecesi farklıdır. Bu bakımdan, her iki faktör, devletlerin siber suçluluğa gösterdikleri tepki düzeylerini önemli ölçüde etkiler<sup>59</sup>. Bununla birlikte, siber suçluluk sadece gelişmiş Batılı Devletlerin bir sorunu değildir ve diğer devletleri de etkilemektedir<sup>60</sup>.

Bu sorunlu tablo karşısında, siber suçluluk, daha önce hiç olmadığı kadar uluslararası işbirliğini gerektirmekte ve aynı zamanda etkin bir adli yardımlaşmanın önüne emsalsiz engeller çıkarmaktadır<sup>61</sup>. Bu bakımdan, yukarıda açıklandığı üzere, klasik adli yardımlaşma yöntemlerinin siber suçlarla mücadelede yetersiz kaldığında şüphe yoktur<sup>62</sup>.

İşte, Avrupa Konseyi bünyesindeki dört yıllık yoğun bir çalışmanın ürünü olan<sup>63</sup> ve çalışmamızda bazı hükümlerini ele alacağımız, 2001 tarihli Siber Suç Söz-

---

de olmadığını gözlemlemiştir. AİHM'e göre, bu eksiklik, Google Sites'a erişimin bir bütün olarak engellenmesinin haklı olup olmadığını incelenmesine dair herhangi bir yükümlülük öngörmeyen ulusal mevzuatın neticesidir. Mahkemeler, böyle bir tedbirin büyük miktarda bilgileri erişilemez kılarak, internet kullanıcılarının haklarını doğrudan etkilediği ve kayda değer bir yan etki doğurduğunu dikkate almış olmalıydılar.

Bu çerçevede, 5651 sayılı Kanununun 8. maddesinin uygulanmasından doğan müdahalenin, Sözleşme'ye göre öngörülebilirlik kistasını karşılamadığı ve başvuruca, demokratik bir toplumda hukuk devleti ilkesi gereği sahip olması gereken korunma derecesini sağlamadığı, AİHM tarafından tespit edilmiştir. Mahkeme, ayrıca, AİHS m. 10/1'e göre, ifade özgürlüğünün "ülke sınırları gözetilmeksizin" mevcut olduğuna işaret etmiştir. Söz konusu engelleme tedbirinin etkileri keyfi olmuş, erişime engelleme kararının adli denetimi de, kötüye kullanmaları önlemek açısından yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, oybirliğiyle, AİHS m. 10'ün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

<sup>58</sup> Tonya L. Putnam & David D. Elliott, "International Responses to Cyber Crime", in Abraham Sofaer and Seymour Goodman (eds.), *Transnational Dimension of Cyber Crime and Terrorism*, 2001, s. 50.

<sup>59</sup> Putnam & Elliott, s. 50-51.

<sup>60</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.124.

<sup>61</sup> Broadhurst, s. 422.

<sup>62</sup> Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Brenner in Rutgers Computer & Tech. L.J., s. 3 vd.

<sup>63</sup> 1997-2000 yılları arasında çalışan "Committee of Experts on Crime in Cyberspace (Committee "PC-CY")" bu Sözleşme'yi hazırlamıştır (Csonka s.482, dn. 14). Öte yandan, ABD'nin de Sözleşme'nin içeriğinin belirlenmesinde önemli bir rolü olduğu vurgulanmalıdır (Michael A. Vatis, *The Council of Europe Convention on Cybercrime*, Proceedings of a Workshop on Detering Cyber-Attacks: Informing Strategies and Developing Options for U.S. Policy, s. 207 (<http://cs.brown>).

leşmesi, işbirliği yoluyla devletlerin müdahale edebileceği alanı genişletmeye çalışmaktadır<sup>64</sup>.

Siber suçlulukla mücadele konusunda, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü), Amerikan Devletleri Örgütü (OAS)<sup>65</sup> gibi uluslararası örgüt ve kuruluşlar nezdinde ya da onların desteği veya katılımıyla sürdürülen sayısız girişim olduğu gibi<sup>66</sup>, hükümet-dışı uluslararası örgütlerin<sup>67</sup>, yani STK'ların yürüttüğü çok sayıda teşebbüs de mevcuttur<sup>68</sup>.

Birleşmiş Milletler Örgütü bağlamında; daha 1980'li yılların ortalarından itibaren Birleşmiş Milletler'in Suçların Önlenmesi ve Suçluların Tretmanı Kongrelerinde siber suçla mücadelede çözüm arayışları gündeme gelmiştir<sup>69</sup>. BM Genel Kurulu'nun 45/121 (1990) sayılı Kararı<sup>70</sup>, bilgisayar suçları mevzuatına ilişkindir. Bu Karara dayanarak BM tarafından 1994 yılında bilgisayarlarla alakalı suçların önlenmesi ve denetimine dair bir elkitabı hazıranmıştır<sup>71</sup>. 2000 yılında, BM Genel Kurulu'nun 55/63 (2000) sayılı Kararı<sup>72</sup> ile, bilişim teknolojilerinin suç işlemek amacıyla kötüye kullanılmasına karşı mücadele konusu ele alınmıştır. 2002 yılında da aynı konuda bir Genel Kurul kararı (56/121 (2002)) alınmıştır<sup>73</sup>. Sonraki iki yılda da, siber güvenlikle ilgili birer karar daha çıkmış (57/239 (2003) ve 58/199 (2004 sayılı) ve uluslararası işbirliğinin önemi vurgulanmıştır. Daha sonraki yıllarda da, çeşitli Genel Kurul kararları siber suçlar meselesine değinmiştir (60/177 (2006) sayılı Karar, 64/211 (2010) sayılı Karar).<sup>74</sup> Ayrıca, BM nezdinde, Siber suçlara dair Hükümetlerarası Uzmanlar Grubu da kurulmuş ve ilk toplantısını 2011'de yapmıştır<sup>75</sup>.

Avrupa Birliği içinde, Konsey'in 2005 tarihli "Bilişim sistemleri aleyhinde

edu/courses/csci1950-p/sources/lec16/Vatis.pdf) [son erişim 02.12.2012]. Bunun nedenleri için bkz. Sınar, Özek Armağanı, s. 774-775.

<sup>64</sup> Amalie M. Weber, *The Council of Europe's Convention on Cybercrime*, 18 Berkeley Technology Law Journal 425 (2003), s. 425.

<sup>65</sup> Çalışmaları için bkz. Marco Gercke, *Understanding cybercrime: phenomena, challenges and legal response*, September 2012, ITU 2012, s. 141 vd. (www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html) [son erişim 30.12.2012].

<sup>66</sup> Avrupa çapındaki çabaların genel görünümü için bkz. Gercke, ERA Forum, s.411 vd.

<sup>67</sup> Örneğin, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği'nin çalışmaları için bkz. Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 121 vd.

<sup>68</sup> Bölgesel ve evrensel uluslararası kuruluşların girişimleri hk. geniş bilgi için bkz. Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 175 vd.

<sup>69</sup> Sınar, Özek Armağanı, s. 767.

<sup>70</sup> A/RES/45/121 (14.12.1990).

<sup>71</sup> Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 116.

<sup>72</sup> A/RES/55/63.

<sup>73</sup> A/RES/56/121. Detayı için bkz. Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 117.

<sup>74</sup> Detayı için bkz. Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 118 vd.

<sup>75</sup> Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 120. BM bünyesindeki, siber suçlarla bağlantılı diğer girişimler için bkz. age, s. 120-121.

saldırlara dair Avrupa Birliği Çerçeve Kararı” önem taşımaktadır<sup>76</sup>. Ayrıca, 2007 yılında, AB'nin siber suçlulukla mücadele politikasını ortaya koyduğu bir belge daha kabul edilmiştir<sup>77</sup>. Aralık 2009'da Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi önemli bir değişiklik yaratmıştır. Antlaşma'nın m. 82-86 hükümleriyle AB'ye, üye devletlerin maddi ve usuli ceza hukuku hükümlerini uyumlulaştırma görevi açıkça verilmiştir; m. 83 hükmüyle, aralarında bilgisayar suçlarının da açıkça sayıldığı, sınıraşan unsur taşıyan ciddi suçlar bakımından suç tanımlarının ve yaptırımlarının belirlenmesi bakımından asgari standartları tespit eden kurallar öngörme yetkisi tanınmıştır<sup>78</sup>. Bu bakımdan, artık bilgisayar suçlarına ilişkin mevzuatın geliştirilmesi AB ile üye Devletler arasında “paylaşılmış yetki” kapsamına girmekte ve AB'nin konuya ilişkin hukuken bağlayıcı tasarruflarda bulunma yetkisi doğmaktadır<sup>79</sup>. 30 Eylül 2010 tarihli “Bilişim sistemleri aleyhinde saldırılara dair Direktif” Tasarısı ise, 1 Aralık 2012 itibarıyla henüz kabul edilmemiştir.

Avrupa Konseyi bünyesinde, Budapeşte Sözleşmesi'nin kabulü öncesinde, 1985'te bilgisayar suçlarının hukuki yönlerini tartışmak üzere bir Uzman Komitesi atanmış; 1989'da Suç Sorunlarına dair Avrupa Komitesi “Bilgisayarlarla İlişkili Suçlara dair Uzman Raporu” kabul etmiş; Bakanlar Komitesi tarafından bu suçlara dair 1989 tarihinde bir Tavsiye Kararı kabul edilmiş, 1995'te ise sınıraşan bilgisayar suçlarından kaynaklanan sorunlara dair başka bir Tavsiye Kararı kabul edilmiştir<sup>80</sup>.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) bünyesinde, önceki tarihteki çeşitli çalışmalar da bulunmakla birlikte<sup>81</sup>, 2002 yılında OECD Konseyi tarafından kabul edilen “Bilgi Sistemleri ve Ağlarının Güvenliği İçin OECD Rehber İlkeleri: Güvenlik Kültürüne Doğru” adlı belgeyi zikretmek gerekir<sup>82</sup>.

Dünya ölçeğinde sanayileşmiş 8 büyük devletten (ABD, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, Japonya, Kanada ve Rusya'dan) oluşan G-8<sup>83</sup>, 1997 yılında (o zaman G-7 idi) “Yüksek Teknolojili Suçlara Dair Alt Komite” kurarak siber suçlarla mücadele konusuna eğilmiştir. Daha sonra, bu Devletlerin İçişleri ve Adalet Bakanları, yüksek teknolojili suçlarla mücadele etmek için birtakım ilkeleri ve on husustan oluşan bir eylem planını kabul etmişlerdir<sup>84</sup>. Belki özellikle vurgulanması gereken bir husus, G8 bünyesinde yaratılan ve uluslararası işbirliği açısından temel bir referans oluşturup, Budapeşte Sözleşmesi'nin 35.maddesinde de yansımaları bulan

<sup>76</sup> Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems, OJ L 69 of 16 March 2005, p. 67.

<sup>77</sup> Bu konuda bkz. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the Committee of the Regions—Towards a general policy on the fight against cyber crime (COM(2007) 267 final).

<sup>78</sup> Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 128-129.

<sup>79</sup> Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 129.

<sup>80</sup> Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 123-124.

<sup>81</sup> Sınar, Özek Armağanı, s. 769-770.

<sup>82</sup> Burada kabul edilen ilkeler için bkz. Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 136.

<sup>83</sup> Sınar, Özek Armağanı, s. 767.

<sup>84</sup> Detayı ve bunun devamında yapılanlar için bkz. Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 114-115.



‘Contact Points Network’ anlayışıdır<sup>85</sup>. Bunu ileride detaylı olarak ele alacağız. Yine, G-8 bünyesinde yapılan çeşitli çalışmalarda, dijital “suç sığınaklarının” önlenmesinin önemi (2000), siber suçlarla mücadelede kullanılabilecek usuli araçlar (2001), internetin suç amacıyla kullanılmasını önlemek için global bir kapasitenin yaratılması gereği (2004), siber suçlarla mücadelede etkili karşı-önlemlerin geliştirilmesi gereği (2006), internetin terör amacıyla kullanılması meselesi (2007), gibi konular üzerinde durulmuştur<sup>86</sup>.

Siber suçlarla mücadelede INTERPOL, EUROPOL ve EUROJUST’un çalışmaları önemlidir. Bu konudaki önemli bir çaba, EUROPOL tarafından “High Tech Crime Centre”ın (Yüksek Teknolojili Suçlar Merkezi) kurulması olup, bu merkezin amacı, Avrupa çapındaki sınıraşan siber suçların soruşturulmasında eşgüdümü sağlamaktır. Keza, 2010 yılında EUROPOL içinde, Avrupa Komisyonu, EUROJUST ve AB ülkelerinin siber suçlulukla mücadele birimlerinin başındaki kişilerden müteşekkil, “European Cybercrime Task Force (EUCTF)” (Avrupa Siber Suç Timi) adlı bir platform kurulmuştur. Buradaki amaç, siber suçlulukla mücadelede, AB içinde uyumlu bir yaklaşımın geliştirilmesinde ve teşvikinde yardımcı olmak ve suç işlemekte siber teknolojinin kullanımından kaynaklanan sorunlara cevap bulmaktır<sup>87</sup>.

Çalışmanın kapsamını sınırlı tutabilmek için, bu girişimlerin detayına girmeyeceğiz.

### § 3. 2001 tarihli Siber Suç Sözleşmesi Hakkında Genel Bilgiler

Sözleşme’nin temeli, Suç Sorunlarına dair Avrupa Komitesi’nin (SSAK- European Committee on Crime Problems) 1996’da, Avrupa Konseyi’ne siber suçlara ilişkin bir uzman komitesi kurmasını tavsiye etmesine dayanır<sup>88</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bu öneriyi uygun olarak, Şubat 1997’de “Siber-uzay Suçları Uzman Komitesi”ni (Committee of Experts on Crime in Cyber-space) kurmuştur<sup>89</sup>. Komite’nin görevi, belirli konular<sup>90</sup> üzerinde incelemede bulunarak “bağlayıcı bir hukuki enstrüman” tasarısını hazırlamaktı. Dört yıl boyunca çalışan Komite, Sözleşme tasarısını hazırlamış ve nihai tasarı Haziran 2001’de SSAK tarafından onaylanmış ve daha sonra da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 8 Kasım 2001’de kabul edilmiştir<sup>91</sup>. Devletlerin imzasına 23 Kasım 2001’de Budapeşte’de açılan Siber Suç Sözleşmesi, 1 Temmuz 2004’te yürürlüğe girmiş olup bu alandaki ilk uluslararası antlaşmadır.

<sup>85</sup> Pedro Verdelho, Discussion paper (draft), s. 5.

<sup>86</sup> Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 115.

<sup>87</sup> Europol Review - General Report on Europol Activities, European Police Office (2011), s. 48.

<sup>88</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 7. Bu kararın gerekçesi için bkz. İçel, İÜHFİM, s. 4-5.

<sup>89</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 12.

<sup>90</sup> Bunlar için bkz. Vatis, s. 208.

<sup>91</sup> Sinar, Özek Armağanı, s. 773; Vatis, s. 209.

Türkiye'nin 10/11/2010 tarihinde imzalayıp henüz onaylamadığı Sözleşme'ye, 26/12/2012 itibariyle, ABD de dahil olmak üzere, 38 devlet taraftır<sup>92</sup>. TBMM websitesinde yaptığımız araştırmaya göre, Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunmasına dair bir kanun tasarısı henüz hazırlanmış ya da görüşülmekte değildir. Türkiye'nin zorluk çektiği noktalardan biri, adli yardım taleplerine, Sözleşme'nin öngördüğü şekilde, hızlandırılmış bazda cevap vermeyi mümkün kılacak teknik altyapının ülke çapında mevcut olmamasıydı. Yakın zamanda, polis ve jandarma altyapısında gerekli güncellemeler yapılarak, bu sorun giderilmiştir. Buna bağlı olarak, Budapeşte Sözleşmesi'nin onay için TBMM'ye sevki öngörülmektedir.

Öte yandan, 28.1.2003'te Strazburg'da kabul edilen, Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol ise, bilgisayar sistemleri aracılığıyla işlenen, ırkçı ve yabancı düşmanlığı güden nitelikli eylemlerin cezalandırılmasını düzenlemektedir. Bazı devletlerin ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına dönük endişeleri sebebiyle, ırkçılık ve yabancı düşmanlığının bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesinin cezalandırılması konusunda uzlaşa sağlanamadığından, bu konuyu ayrı bir Protokol'de (Sözleşmeye Ek 1. Protokol) düzenlemek gerekmiştir<sup>93</sup>. 1 Mart 2006'da yürürlüğe giren bu Protokol, Türkiye tarafından henüz imzalanmış değildir.

Budapeşte Sözleşmesi'nin başlıca üç amacı olduğu söylenebilir<sup>94</sup>:

1) Bazı suçların ortak tanımını yapmak suretiyle, ulusal düzeyde mevzuatın uyumlaştırılmasını mümkün kılmak;

2) Siber suçların soruşturulması açısından, bilişim ortamına uygun düşen ortak yetkileri tanımlayarak, devletler arasındaki muhakeme kurallarının yeknesaklaştırılmasını mümkün kılmak<sup>95</sup>;

3) Hem geleneksel hem de yeni türden uluslararası işbirliği yöntemlerini belirleyerek, devletlerin bu hükümleri bir an önce uygulamasını mümkün kılmak. Hemen belirtmek gerekir ki, bazı yeni yetkilere yer verilse de, klasik adli yardımlaşma anlayışının tümüyle ötesine geçilmesini gerektiren bazı yetkilerin verilmesi, ulusal egemenlik ve mülk ilkesine bağlı kaygılar sebebiyle, Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında bile mutabık kalınan bir konu olamamıştır<sup>96</sup>.

Sözleşme dört kısımdan oluşmaktadır:

– İlk Kısımda, Sözleşme'de kullanılan terimler tanımlanmaktadır.

<sup>92</sup> Türkiye'nin taraf olması gerekip gerekmediğine dair bir değerlendirme için bkz. Sınar, Özek Armağanı, s. 784-786 (yazar, Sözleşme'de tespit ettiği eksikliklere rağmen, Türkiye'nin buna taraf olmasından yanadır).

<sup>93</sup> Gercke s.417. Buna karşılık, siber-terör olgusuna Sözleşme'de hiç yer verilmemiştir ki, bu husus eleştirilmiştir (Karagülmez, s. 451).

<sup>94</sup> Csonka s.483; Broadhurst s.418-9; Weber s.426; İçel, İÜHFİM, s. 6; Koca, Tekinalp'e Armağan, s. 791; Uçkan/Beceni, s. 382; Aslı Deniz Helvacıoğlu, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi – Temel Hükümlerin İncelenmesi*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 279; Lim, s. 331; Ketizmen, s. 50.

<sup>95</sup> Bu konuda bkz. Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.386 vd.

<sup>96</sup> Putnam&Elliott, s. 63.

– İkinci Kısımda, ulusal düzeyde alınacak önlemlere yer verilmektedir. Bu çerçevede, önce maddi ceza hukuku düzenlemeleri bağlamında, birtakım suç tipleri tanımlanmakta<sup>97</sup>; ardından da, ceza muhakemesi hukuku düzenlemeleri bağlamında, birtakım usuli yetkilere yer verilmekte<sup>98</sup> ve yargı yetkisi meselesine dair<sup>99</sup> bazı genel ilkeler<sup>100</sup> belirlenmektedir. Bu noktada, Sözleşme’de düzenlenen suç tiplerinin

<sup>97</sup> “Bilgisayar veri ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanıma açık bulunmasına yönelik suçlar” başlığı altında, yasadışı erişim (m. 2), yasadışı müdahale (m. 3), verilere müdahale (m. 4), sistemlere müdahale (m. 5), cihazların kötüye kullanımı (m. 6); “Bilgisayarlara ilişkin suçlar” başlığı altında, bilgisayarlarla ilişkin sahtecilik fiilleri (computer-related forgery - m. 7), bilgisayarlarla ilişkin dolandırıcılık fiilleri (computer-related fraud - m. 8); “İçerikle ilgili suçlar” başlığı altında, çocuk pornografisine ilişkin suçlar (m. 9); “Telif haklarının ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlar” başlığı altında, telif haklarının ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlar (m. 10) düzenlenmiştir. Ayrıca, bu suçlara teşebbüsün veya maddi ya da manevi yardımın cezalandırılması da m. 11’de öngörülmüştür. Tüzel kişilerin sorumluluğu m. 12’de düzenlenmiş; m. 13’te ise, m. 2-11’de sayılan fiillerin etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılması öngörülmüştür. Sözleşme’nin maddi ceza hukuku boyutu hk. bilgi için bkz. Sokullu-Akıncı, İÜHF, s. 12 vd.; Ünver, İÜHF, s. 91 vd.; Koca, Tekinalp’e Armağan, s. 793 vd.

<sup>98</sup> Usuli hükümlerin kapsamını belirleyen 14. maddenin ilk fıkrasına göre, taraf Devletler, ceza soruşturma veya kovuşturmasının yapılabilmesi için Sözleşme’nin bu kısmında öngörülen yetki ve usullerin tesisi için gerekli olabilecek yasal ve sair tedbirleri alacaklardır. 21. maddede aksi özellikle belirtilen durumlar hariç olmak üzere, söz konusu yetki ve usuller: a) m. 2-11’de öngörülen fiiller; b) bir bilgisayar sistemi aracılığıyla işlenen diğer adli suçlar; c) adli bir suçun elektronik şekildeki delillerinin toplanması, bakımından uygulanacaktır. 15. maddede ise, bu yetki ve usullerin uygulanmasında kanunen öngörülmesi gereken şart ve güvencelere yer verilmiştir. Özellikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve diğer uygulanabilir uluslararası insan hakları araçlarından doğan haklar dahil olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin uygun bir şekilde korunması ve ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gereği vurgulanmıştır. 15. maddenin ikinci fıkrasında, bu şart ve güvencelerin, yetki veya usulün niteliğine göre, adli veya diğer bağımsız bir denetim yolunu, yetki ve usullerin uygulanmasını haklı kılan koşulları, bunların kapsamını sınırları ve uygulama süresini içermesi gerektiği belirtilmiştir. Daha sonraki maddelerde ise, şu yetki ve usullere yer verilmiştir: saklanan/depolanmış bilgisayar verilerinin hızlandırılmış korunması (m. 16), trafik verilerinin hızlandırılmış korunması ve kısmi açıklanması (m. 17), ibraz/teslim etme emri (m. 18), saklanan/depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkonulması (m. 19), trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması (m. 20), içerik verilerinin tespiti (ele geçirilmesi anlamında) (m. 21). Bunlar hakkında geniş bilgi için bkz. Keskin, İÜHF, s. 157 vd.

<sup>99</sup> Bu konuda bkz. Susan W. Brenner, *Cybercrime Jurisdiction*, 46 Crime Law Soc Change 189 (2006); Ray August, *International Cyber-Jurisdiction: A Comparative Analysis*, 39 American Business Law Journal 531 (2002); Lim, s. 18 vd.; Alan Reed, ‘Jurisdiction and choice of law in a borderless electronic environment’, in: Yaman Akdeniz/Clive Walker/David Wall (ed.), *The Internet, Law and Society* (Longman: Dorchester, 2000), s. 79 vd. Siber suçlarda suçun işlendiği yer sorunu hk. bkz. Özbek, DEÜHF, s. 113 vd.; Sinar, İnternet ve Ceza Hukuku, s. 127 vd.

<sup>100</sup> Sözleşme’nin 22. maddesine göre, her taraf devlet, m. 2-11’de sayılan fiillerin, a) kendi ülkesinde, b) kendi bayrağını taşıyan bir gemide, c) kendi hukukuna göre tescil edilmiş bir uçağın içinde, d) işlendiği yerin ceza hukukuna göre suç teşkil etmesi veya suçun herhangi bir devletin ülkesel yetkisi dışında işlenmesi durumunda, suçun kendi vatandaşlarınca işlenmesi, ihtimalinde, bu suçlar üzerinde yargı yetkisini icra etmek için gerekli olabilecek yasal ve diğer tedbirleri alacaktır. Bununla birlikte, ikinci fıkraya göre, taraf devlet, b-d bentlerinde sayılan durumlarda, yargı yetkisini hiç kullanmama ya da sadece belirli durumlarda veya şartlar altında kullanma yetkisini saklı tutabilir. Üçüncü fıkraya göre, bir şüphelinin kendi ülkesinde bulunması ve iade talebini müteakiben, sadece vatandaşlık temeline dayalı olarak onu bir başka taraf devlete iade etmemesi durumunda, Sözleşme’nin 24/1. maddesinde belirtilen suçlar üzerinde yargı yetkisi tesis edebilmek için gerekli

ve bunların yapısal unsurlarına ilişkin belirlemelerin, gelecekte ortaya çıkabilecek yeni bilişim teknolojilerini de kapsayabilecek nitelikte, esnek bir üslupla formüle edildiği ifade edilmektedir<sup>101</sup>.

– Bu çalışmanın konusunu oluşturan ve 23. maddeyle başlayan 3. Kısımda ise, yukarıda anılan yetkilerin kullanımı bakımından, uluslararası adli yardımlaşmanın çerçevesi çizilmektedir. Bu bakımdan, Sözleşme'ye taraf olan devletler, 2. Kısımda yer alan usuli yetkilere mevzuatlarında yer vermek zorunda oldukları gibi, 3. Kısım sayesinde, sınıraşan siber suçların yabancı devletler tarafından kovuşturulmasında da bu yetkiler onların istifadesine sunulmuş olacaktır<sup>102</sup>. Öte yandan, farklı devletler arasında, siber suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında başvurulabilecek yöntemler arasında benzerlik olduğu ölçüde, işbirliği de kolaylaşacaktır<sup>103</sup>. Hemen belirtelim ki, Budapeşte Sözleşmesi, adli yardımlaşmaya dair mevcut diğer antlaşmaların yerini almayı amaçlamayıp onları tamamlamaktadır. Hedefi, söz konusu diğer antlaşmalarla kurulu mevcut rejim kapsamında uygulanmaktadır. Bununla birlikte, ilgili devletler arasında bir antlaşma hükmünün yokluğunda uygulanabilecek ilke ve kuralları da (m. 27) belirlemek suretiyle, önemli bir kazanım sağlamaktadır. Bu bakımdan; siber suçlulukla mücadele bakımından, uluslararası adli yardımlaşma konusunu düzenleyen tüm çok taraflı ve ikili antlaşmaların tatbik kabiliyeti, Budapeşte Sözleşmesi'ne taraf devletler açısından aynen devam etmektedir. Örneğin, Türkiye'nin de taraf olduğu, Avrupa Konseyi'nin 1959 tarihli Cezai İşlerde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi ve 1960 tarihli Suçluların İadesine Dair Sözleşme; Avrupa Birliği açısından, 2000 tarihli Karşılıklı Adli Yardım Anlaşması ve Avrupa Tutuklama Müzakeresini öngören Çerçeve Karar<sup>104</sup> gibi belgeler siber suçlulukla mücadele uygulanacaktır. Öte yandan, Sınıraşan Örgütlü Suçluluğa dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (2000 Palermo Sözleşmesi) ve Ek Protokolleri de uygulanabilecektir.

– Nihayet, 4. Kısımda ise, Sözleşme'nin uygulanmasına dair birtakım usuli ve teknik hükümlere yer verilmektedir.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Sözleşme sadece siber suç olarak tanımlanan fiilleri değil; “elektronik şekilde” delil toplanmasını gerektiren tüm suçları, yani bi-

---

olan tedbirleri almalıdır. Dördüncü fıkraya göre, taraf devletin kendi ulusal hukuku uyarınca icra edeceği cezaî yargı yetkisi saklı tutulmuştur. Nihayet, son fıkraya göre, bu Sözleşme'de öngörülen bir suçla ilişkin olarak birden fazla taraf devlet yargı yetkisine sahip olduğunu iddia ettiğinde, ilgili taraflar, uygun olduğu hallerde, kovuşturma için en uygun yargı mercinin belirlenmesi amacıyla istişare edeceklerdir. Demek ki, “kovuşturulmaların aktarılması yolunda işbirliğine dayalı bir orta yol bulunmaya çalışılmıştır” (Durmuş Tezcan, İnternet Karşısında Özel Hayatın Korunması ve Adli Yardımlaşma, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, DEÜ Yayını, İzmir, 2002, s. 539).

<sup>101</sup> Sınar, Özek Armağanı, s. 778.

<sup>102</sup> Downing, s.761.

<sup>103</sup> Ünver, İÜHFİM, s. 144; Grabosky s.214; Picotti & Salvadori s.78.

<sup>104</sup> Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, (2002/584/JHA), OJ L 190 of 18/7/2002.

lişim sistemi aracılığıya işlenmiş klasik suç tiplerini, kapsamaktadır<sup>105</sup>. Bu noktada, söz konusu yetkiler çalışmamızın kapsamına girmemekle birlikte, haksızlık içeriği itibarıyla cüz'i ihlallerde bile, Sözleşme'nin 2. Kısımında öngörülen ve özel hayatın gizliliğine ağır müdahale teşkil eden bazı soruşturma yetkilerinin kullanılabilmesine ilişkin önemli eleştiriyi vurgulamak isteriz<sup>106</sup>. Bununla birlikte, içerik verilerinin ele geçirilmesi tedbirinin, ancak ağır suçlar bakımından uygulanabileceği, ancak bu son kavramın Sözleşme'de tanımlanmadığı ifade edilmelidir<sup>107</sup>.

Bir çok yazarın belirttiği gibi, Sözleşme'nin en önemli bölümü, 3. Kısımıdır<sup>108</sup>. Zira, sınır tanımayan niteliğe sahip, bir çok devlet üzerinde aynı anda işlenebilen ve soruşturulması ile kovuşturulması çok teknik ve zorunlu bir süreç gerektiren, delillerin her an yok olabileceği bir suç türüyle mücadelede, etkin ve çok hızlı uluslararası işbirliğinin varlığı şarttır<sup>109</sup>.

Uluslararası işbirliğine dair kısma geçmeden, Sözleşme'ye yönelik bazı genel eleştirilere değinmekte fayda vardır. Birinci eleştiri, Sözleşme'nin 44. maddesinde öngörülen, antlaşmanın tadiline dair zorlu şartlar getiren düzenleme sebebiyle, siber suçluluğun hızla değişen yapısı karşısında, Sözleşme'nin kısa sürede gelişmelerin gerisinde kalma riskidir<sup>110</sup>. Belki, Protokollerle Sözleşme'yi takviye etmek yoluyla bu engel kısmen aşılabılır<sup>111</sup>. Fakat Protokol taslağının hazırlanması, görüşülmesi, kabulü ve yürürlüğe girmesi de zaman alacaktır. Kaldı ki, Ana Sözleşme'ye taraf bazı devletlerin Protokolleri onaylamama ihtimali her zaman mevcuttur.

İkinci eleştiri, çekincelere geniş ölçüde imkan veren Sözleşme rejimi (m. 42) sebebiyle, bazı taraf devletlerin ulusal maddi hukuklarını Sözleşme gerekleriyle uyumlaştırma gereği duymayabileceğidir<sup>112</sup>. Bunun da, en azından söz konusu suçlar açısından, uluslararası işbirliğini daha en baştan imkansız kılacağı ortadadır.

Diğer bir eleştiri, gelişmekte olan devletlerin Sözleşme'nin hazırlanma sürecinde yeterli şekilde temsil edilmemiş olmalarındır<sup>113</sup>. Keza, sivil toplum örgütlerinin görüşlerinin de yeterli ölçüde alınmadığı ifade edilmektedir<sup>114</sup>.

<sup>105</sup> Keskin, İÜHFİM, s. 158; Helvacıoğlu, s. 294; Uçkan/Beceni, s. 383; Koca, s. 791.

<sup>106</sup> Uçkan/Beceni, s. 383-384.

<sup>107</sup> Keskin, İÜHFİM, s. 158. Keza, trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanmasında da, taraf devletler, tedbirin uygulanmasını, bazı koşullarla, belirli suç tipleriyle sınırlama hakkına sahiptirler (age, s. 159).

<sup>108</sup> Csonka s.495; Calderoni s.346.

<sup>109</sup> Simion, s.310.

<sup>110</sup> Weber s.442. Hatta, genel olarak, siber suçluluğun hızla değişen teknolojiye dayalı olduğu, gelecekte hukuki süreçlerin ise yavaş ilerlediği, bu bakımdan, çıkarılacak kanunların ya bu değişikliklerle baş edebilecek sağlamlıkta olması ya da alternatif denetim mekanizmalarına güvenmemiz gerektiği vurgulanmaktadır, bkz. Moitra s.464.

<sup>111</sup> Sınar, Özek Armağanı, s. 786.

<sup>112</sup> Weber s.444.

<sup>113</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.202.

<sup>114</sup> Uçkan/Beceni, s. 382. Yine bkz. Sınar, Özek Armağanı, s. 783.

Önemli bir eleştiri de, Sözleşme'nin internet hizmet/servis sağlayıcılarına (Internet Service Providers – ISP)<sup>115</sup> fazla ağır bir yük getirdiğidir<sup>116</sup>. Buna göre; bir çok verinin muhafazası gerekecek, adli yardım talepleri sebebiyle servis sağlayıcıların binlerce talebi işleme koyması büyük masraf gerektirip bu da müşterilere daha yüksek hizmet ücretleri olarak yansıtılacak, söz konusu verilerin tutulması ve herhangi bir taraf devletin istemi üzerine temin edilmesi, özel hayat açısından ve şirketlerin “müşteri gizliliği” politikaları açısından sorun arz edecektir<sup>117</sup>.

Buna karşılık, özel hayatın gizliliğine dair ciddi itirazlara yol açmış olmakla birlikte<sup>118</sup>; Sözleşme'nin aşırı müdahaleci bir elektronik denetleme sistemi öngörmediği de vurgulanmalıdır. Elbette, birtakım verilere el konulmasına ya da bunların muhafazasına ya da bunların açıklanmasına yönelik hükümler mevcuttur; fakat resmi bir ceza soruşturması olmadıkça, gerek servis sağlayıcı gerekse polis tarafından, kişisel iletişimin denetlenmesine yer verilmemiştir<sup>119</sup>. Kaldı ki, 2. Kısımda öngörülen tüm yetkilerin kullanımı, 15. maddede sıkı koşullara bağlanmıştır; ulusal hukuktaki usullere ve güvencelere uyulacaktır, bu usuller de, aralarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin de açıkça sayıldığı, uygulanabilir insan hakları belgelerine ve orantılılık ilkesine uygun olacaktır<sup>120</sup>. Bu nedenle, mahremiyet kavramına veya özel hayatın gizliliğine açıkça yer verilmemesi eleştirilebilir bir husus olsa da<sup>121</sup>, bu hakların Sözleşme'de korunmadığını söylemek doğru değildir<sup>122</sup>.

Öte yandan, servis sağlayıcıların trafik verilerini düzenli olarak toplama ve belirli bir süreyle saklama zorunluluğuna dair bir hüküm, üzerinde uzlaşma sağlanamaması sebebiyle Sözleşme'ye konulmamıştır<sup>123</sup>.

<sup>115</sup> Bunlar, kullanıcıların internete “erişimini sağlayan ve/veya elektronik hizmetlerin kullanıcıların kullanımına sunulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişiler”dir (bkz. Avşar/Öngören, s. 118). Servis sağlayıcısı, “kendi bilgisayarlarını kullanıcıların internet'e ulaşabilmeleri için bir giriş kapısı (gateway) olarak hizmete sunan internet süjesi”dir (Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku, s. 41). Türk Hukuku bakımından bkz. 5651 sayılı ‘İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un m. 2/1-e hükmü. Siber Suç Sözleşmesi’nde ise, kavram, “hizmetlerinden faydalanan kullanıcılara bir bilgisayar aracılığıyla iletişim kurma imkânı sağlayan her türlü kamu ve özel sektör tüzel kişisi, ve söz konusu iletişim hizmeti veya bu hizmetin kullanıcıları adına bilgisayar verilerini işleyen ve saklayan diğer her türlü kişi ve kuruluş” olarak tanımlanmıştır (m. 1).

<sup>116</sup> Vatis, s. 218; Uçkan/Beceni, s. 382.

<sup>117</sup> Keyser s.325. Yine bkz. Sınar, Özek Armağanı, s. 780.

<sup>118</sup> Csonka s.490; Vatis, s. 218; Uçkan/Beceni, s. 382; Lim, s. 332.

<sup>119</sup> Csonka s.490; Broadhurst s.421.

<sup>120</sup> İçel, İÜHFİM, s. 6-7; Keskin, İÜHFİM, s. 160-161. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere aykırı adli yardım taleplerinin yerine getirilmek zorunda kalınacağı yönündeki eleştiriye (Uçkan/Beceni, s. 385) katılmıyoruz.

<sup>121</sup> Bu yönde Uçkan/Beceni, s. 382.

<sup>122</sup> Fakat, bu husus, belki, kamusal otorite ile bireysel hak ve özgürlükler arasındaki denge bağlamında, Sözleşme'nin ilk değer lehine tarafı davrandığı yönündeki eleştirilere (Sınar, Özek Armağanı, s. 781) haklılık kazandırabilir.

<sup>123</sup> Csonka s.491.

## § 4. Uluslararası Adli Yardımlaşma

### I. Adli Yardımlaşma Konusunda Türk Uygulamasına Dair Genel Bilgi

Sözleşme’de yer alan konuya dair hükümlere geçmeden önce, adli yardımlaşma hususundaki Türk uygulamasını kısaca belirtmek isteriz<sup>124</sup>.

Almanya, Avusturya, İsviçre gibi bazı devletlerin aksine, Türk yasakoyucusu, adli yardımlaşmanın çeşitli yönlerini düzenleyen bağımsız bir genel kanunu yürürlüğe koymayı seçmemiştir<sup>125</sup>. Yurtdışında sürdürülen muhakeme işlemlerine ilişkin olarak kendilerinden adli yardım talep edilmesi durumunda, Türk ulusal makamlarının takip etmesi gereken usule ilişkin olarak da yasal düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan, genel olarak uygulanabilir bir çerçeveye yoktur; farklı işbirliği türlerine dair kurallar, Türkiye’nin tarafı olduğu çok-taraflı ya da iki-taraflı uluslararası antlaşmalarda veya bu antlaşmalara uygun olarak yürürlüğe konulmuş ulusal düzenlemelerde yer almaktadır. Buna ilaveten, geri vermeye ilişkin kurallar, Anayasa’nın 38. maddesinde ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 18. maddesinde yer almaktadır. Genel olarak, farklı türlerde işbirliğini ele alan özel bir düzenleme yapılmasında fayda olduğu söylenebilir<sup>126</sup>.

Uygulamada, adli işbirliğine dair taleplerin hazırlanmasında ve yerine getirilmesinde, Adalet Bakanlığı merkezi role sahiptir. Talepler, genel olarak, 1959 tarihli **Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşmaya dair Avrupa Sözleşmesi** çerçevesinde yerine getirilmektedir.

1984 tarihli ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’un 13/A maddesine göre, “Hukuki ve cezai konularda uluslararası adli yardımlaşma; tebligat, istinabe, suçluların iadesi, hükümlülerin transferi, kovuşturmaların aktarılması işlemlerini yapmak”, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün (UHDİGM) görevleri arasına girer. Müdürlük, adli yardım taleplerini almakta ve gerekli mercilere yönlendirmektedir. Bu görev, Türkiye’nin konuya ilişkin taraf olduğu çok taraflı ve ikili antlaşmalar doğrultusunda yürütülmektedir. Uygulanabilir

<sup>124</sup> Bu kısım, daha önceki bir konferansta sunduğumuz metinden özetlenmiştir (R.M. Önok, ‘**International Judicial Co-operation in Criminal Matters, Fight Against Fraud and Corruption: Strengthening Cooperation Between Turkish Authorities and EU Institutions, ERA (Academy of European Law) in partnership with the Istanbul Kültür University (co-financed by the European Commission (OLAF)), İstanbul, 29-30 Nisan 2010**).

<sup>125</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza, s. 181.

<sup>126</sup> Bkz. bu yönde Feridun Yenisey, *Millîterarası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler*, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler, İstanbul, 1998, s. 52; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza, s. 181; Fatih S. Mahmutoğlu, *Suçluların Geri Verilmesi*, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler, İstanbul, 1998, s. 66; Faruk Turhan, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts*, Frankfurt am Main, 1993, s. 43, 304-305.

bir antlaşma hükmünün yokluğunda ise, uluslararası örfi hukuka ve mütekabiliyet ilkesi esaslarına göre hareket edilmektedir.

UHDİGM'in konuya dair genelgesi uygulamada önemli yere sahiptir. Bu konuda, 1.3.2008 tarihli ve 69/1 sayılı "Cezai İşlere İlişkin Uluslararası İşbirliğinde Adli Makamlarımızca Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar" a dair genelge yol göstericidir. Keza, 1.3.2008 tarihli ve 66/1 sayılı "Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Uygulanması" hakkındaki genelge de önemlidir.

Genel olarak, uygulamada, adli işbirliği konusunda Türkiye'nin pozitif bir yaklaşım sergilediği, gelen taleplerin esnek ve işbirlikçi bir şekilde yerine getirildiği belirtilmektedir<sup>127</sup>.

Cezai işlerde adli yardımlaşmaya dair Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda uluslararası antlaşma mevcuttur. Bunlardan bazıları şunlardır<sup>128</sup>:

- Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (18.4.1960, 18.4.1960)<sup>129</sup>,
- Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşmaya Dair Avrupa Sözleşmesi<sup>130</sup> (12.6.1962, 22.9.1969),
- Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (30.3.1978, 28.1.1979),
- Ceza Yargılarının Uluslararası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (26.7.1974, 28.1.1979),
- Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (4.8.1978, 20.8.1981),
- Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme (1.7.1985, 1.1.1988);
- Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (1.9.1993, 1.2.2005),
- Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku Sözleşmesi (1.7.2002, 1.7.2004),
- Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (1.6.2007, 23.3.2012, yürürlük 1.7.2012).

Nihayet, Türkiye'nin taraf olduğu, 40 civarında ikili iade antlaşması veya genel adli yardımlaşma antlaşması mevcuttur<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> CyberCrime@IPA project, Turkey Country profile (Version 25 January 2011), ([http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/documents/countryprofiles/cyber\\_cp\\_Turkey\\_2011\\_January.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/documents/countryprofiles/cyber_cp_Turkey_2011_January.pdf)) [son erişim 10.10.2011].

<sup>128</sup> Gösterilen ilk tarih, antlaşmanın uluslararası alanda yürürlüğe girme tarihi, ikincisi ise, Türkiye bakımından yürürlüğe girme tarihidir.

<sup>129</sup> Türkiye, İkinci Ek Protokolü de 1992 tarihinde onaylamıştır.

<sup>130</sup> Türkiye 1978 tarihli Ek Protokolü de onaylamıştır.

<sup>131</sup> <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikitaraffisoz/ikili.html>



## II. Siber Suç Sözleşmesi'ne göre Uluslararası Adli Yardımlaşma Konusundaki Temel İlkeler

Budapeşte Sözleşmesi'nin 23. maddesine göre, uluslararası işbirliği konusunda öngörülen temel ilkeler şunlardır<sup>132</sup>:

- Taraf Devletler mümkün olan en geniş biçimde işbirliği yapacaklardır. Bu çerçevede, bilgi ve delillerin hızlı akışı önündeki engeller asgariye indirilecektir. Elbette, burada somut bir yükümlülük öngören bir hükümden ziyade, çerçeve bir hüküm getirilmiştir. Sonraki hükümlerde bu çerçevenin içi doldurulmaya çalışılmıştır.

- Bu işbirliği yükümlülüğü, hem bilgisayar sistemleri ve verilerine ilişkin tüm suçları hem de bir bilgisayar sistemi aracılığıyla işlenmeyen, sıradan bir suçun delillerinin elektronik şekilde toplanması bakımından mevcuttur<sup>133</sup>. Bu bakımdan, Sözleşme'nin uygulama alanı oldukça geniştir. Gerçekten, Sözleşme'nin önemli bir özelliği, usuli nitelikli hükümlerinin bir çoğunun uygulama alanının siber suçlarla sınırlı olmaması, "elektronik şekilde" (*in electronic form*) delil toplanması gereken herhangi bir suçu kapsamaktadır<sup>134</sup>.

- Siber Suç Sözleşmesi'nin uluslararası işbirliğine dair 3. Kısım hükümleri, cezai işlerde adli yardımlaşma ve bu arada iadeye ilişkin olan, uluslararası çok taraflı antlaşma hükümlerine ve aynı konudaki iki taraflı antlaşmalara göre üstün değildir. Bu bakımdan, karşılıklı adli yardımlaşmaya dair mevcut çok taraflı ve ikili antlaşmalarla öngörülen rejimler aynen korunmuştur; bunların yerine yeni bir rejim yaratılmış değildir<sup>135</sup>. Bunun sebebi, söz konusu sözleşmelerin zaten cezai işlerde delil elde etmeye yönelik olarak özellikle tasarlanmış, yeni türden antlaşmalar olmasıdır<sup>136</sup>. Bununla birlikte, aksi öngörülmedikçe, mevcut antlaşma hükümlerinin uygulama önceliğine sahip olması, Siber Suç Sözleşmesi'ne taraf olmanın faydalarını azaltan bir unsur olarak değerlendirilmiştir<sup>137</sup>.

- Hatta, antlaşma hükümleri, uluslararası işbirliğine dair ulusal mevzuat hükümlerine de üstün değildir<sup>138</sup>, her bir devletin kendi kuralları da, bir kaç istisna dışında, uygulanmaya devam edecektir.

<sup>132</sup> Weber, s. 433.

<sup>133</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 243; Broadhurst s.421; Csonka s.495.

<sup>134</sup> Vatis, s. 208; Uçkan/Beceni, s. 383.

<sup>135</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s.463.

<sup>136</sup> Weber, s.442.

<sup>137</sup> Weber, s.442.

<sup>138</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 244. Kaldı ki, uluslararası hukuk bakımından önemli olan, uluslararası alanda yüklenilen yükümlülüklerin bir şekilde ifa edilmesidir. Bunun modalitesini belirlemek ise iç hukuka kalmıştır. Bu bağlamda, antlaşmaların ulusal hukuktaki yeri (ve normlar hiyerarşisindeki sıralaması) da, her bir devletin kendi iç hukuk kurallarına göre belirlenir (bkz. Antonio Cassese, *International Law* (2nd ed, Oxford: Oxford University Press, 2005), s.218; Rebecca M.M. Wallace & Olga Martin-Ortega, *International Law* (6th ed., Cornwall: Sweet & Maxwell, 2009) s.38).

### III. Siber Suç Sözleşmesi'nde Öngörülen Adli Yardımlaşma Usulleri

En temel yardımlaşma türü olan geri verme bakımından, genel kurallar, Budapeşte Sözleşmesi'nin 24. maddesinde öngörülmüştür.

– İade yükümlülüğü, sadece belirli ağırlıktaki suçlar açısından mevcuttur. Buna göre, 24. madde; Sözleşme'nin 2.-11. maddeleri arasında yer alıp, her iki taraf devletin yasalarına göre üst sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulanır (m. 24/1). Bazı suçlar bakımından<sup>139</sup>, taraf devletlerin daha kısa süreli hapis cezası öngörmesi mümkün olduğundan, bir yıllık azami sınır getirilmiştir<sup>140</sup>. Burada önemli olan, kanunda öngörülen soyut ceza olup, somut olayda hükümlenen cezaya bakılmaz<sup>141</sup>. Öte yandan, yine sair antlaşma hükümleri saklı tutulduğundan, belirli devletler arasındaki ilişkide, daha yüksek bir ceza sınırını öngören bir düzenleme mevcutsa, uygulanmaya devam edecektir. Bazı suç tiplerini de kapsayan belirli hükümler bakımından çekince koyma imkanı Sözleşme'de tanındığından, iade, çifte cezalandırılabilirlik (*double criminality*) koşuluna bağlanmıştır<sup>142</sup>.

– Maddenin ikinci fıkrasına göre, 1. fıkra da tanımlanan suçlar, taraf devletler arasında mevcut ve ileride akdedilebilecek tüm iade antlaşmalarında, iadesi mümkün suçlar olarak düzenlenecektir.

– Maddenin üçüncü fıkrasına göre, aralarında iade antlaşması olmadığı ya da mevcut antlaşma işbu Sözleşme'de öngörülen suçları kapsamadığı takdirde, diğer bir taraf devletin iade talebini yerine getiremeyen taraf bir devlet, işbu Sözleşmeyi yasal dayanak yaparak, iadeyi gerçekleştirebilir. Fakat bunu yapmak zorunda da değildir.

– Maddenin beşinci fıkrasına göre, iadenin gerçekleştirilmesi, yürürlükteki ikili antlaşmalarda ve ulusal mevzuatta yer alan hükümlerde aranan koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan, Türkiye ileride Budapeşte Sözleşmesi'ne taraf olursa, Suçların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve TCK m. 18'de yer alan sınırlamaları uygulayabilecektir.

– Maddenin altıncı fıkrasında, “aut dedere aut judicare” (ya iade et ya yargıla) ilkesine yer verilmiştir. Kendisinden iade talep edilen devletin vatandaşı olduğu için iadesi kabul edilmeyen şahsın yargılanmasını, talep eden taraf devlet isteyebilir. Bu durumda, talebi alan devlet, davayı kovuşturulmak üzere kendi yetkili mercilerine havale etmelidir. Böyle bir talep gelmezse, talep edilen devletin bu konuda bir yükümlülüğü olmaz. Hatta, böyle bir talebin varlığında bile, bu kişi hakkında kovuşturma yapma yükümlülüğü yoktur; talep edilen devlet, nihai sonucu talep eden devlete bildirecektir<sup>143</sup>. Türkiye Sözleşme'ye taraf olduğunda, her ne kadar Sözleşme

<sup>139</sup> Örneğin 2. maddedeki izinsiz erişim ve 4. maddedeki verilere müdahale gibi.

<sup>140</sup> Keyser, s.317.

<sup>141</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 245.

<sup>142</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 463.

<sup>143</sup> Vatis, s. 214.

hükümleri iç hukukumuzun parçası haline gelse de, uygulamada kolaylık ve açıklık sağlaması bakımından, TCK m. 18'de, bu fıkraya paralel bir düzenleme yapılabilir.

Karşılıklı yardımlaşmaya dair genel ilkelere 25. maddede yer verilmiştir:

- Maddenin 1. fıkrasına göre, yardımlaşma “mümkün olan en geniş ölçüde” gerçekleştirilecektir. Burada da, işbirliği yükümlülüğü, hem bilgisayar sistemleri ve verilerine ilişkin tüm suçlar hem de bir bilgisayar sistemi aracılığıyla işlenmeyen, sıradan bir suçun delillerinin elektronik şekilde toplanması bakımından mevcuttur.

- Maddenin ikinci fıkrasına göre, taraf devletler, 27.-35. maddeler arasında yer alan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesini mümkün kılacak yasal ve sair tedbirleri almakla yükümlü kılınmışlardır. Sözleşmeye dair açıklayıcı rapora göre<sup>144</sup>, devletlerin bu hükümleri doğrudan uygulanabilir olarak addederek<sup>145</sup>, adli yardımlaşmaya dair mevcut mevzuatlarında yeterli esnekliğe sahip oldukları için, Sözleşme’de öngörülen karşılıklı yardımlaşma tedbirlerini yerine getirebilmeleri beklenmektedir. Bu mümkün değilse, bunu mümkün kılacak ulusal düzenlemeler en kısa sürede yapılmalıdır<sup>146</sup>. Türk Hukuku bakımından, ileride Sözleşme’ye taraf olması durumunda, m. 18, 19, 21’de yer alan ve ulusal hukukta yer verilmesi gereken tedbirlere dair hükümler, yeterince somut ve doğrudan uygulanabilir olduklarından, Türkiye açısından gerekli yasal dayanağı sağlayacaktır. Buna karşılık, m. 16, 17 ve 20 açısından<sup>147</sup>, bunların uygulanmasını mümkün kılacak düzenlemelere (ve idari yapılandırmaya) ihtiyaç olacaktır. Bu bakımdan, hangi mercilerin bu konuda karar vermeye yetkili oldukları, izlenecek prosedür, tedbiri uygulamaya yetkili makamın belirlenmesi gibi hususların kanunla düzenlenmesi gerekecektir.

- Maddenin üçüncü fıkrasında, acil durumlarda, adli yardımlaşma taleplerinin yapılmasında ve buna ilişkin iletişimlerde, faks ve elektronik posta gibi hızlı iletişim araçlarına başvurulması mümkün kılınmaktadır. Bunun için, ilgili yöntemin güvenlik ve doğruluk açısından güvenilir olması aranmaktadır. Bu hüküm, bilgisayarda saklanan verilerin geçici olabilmesi ve kolaylıkla kaybolabilmesi açısından

<sup>144</sup> Bizdeki “Genel Gereğe”ye tekabül ettiği söylenebilir (bkz. İçel, İÜHFM, s. 6).

<sup>145</sup> Yani, taraf Devletlerin, söz konusu maddelerde yer alan yükümlülüklerin iç hukukta uygulanabilecek şekilde somut ve belirli olduğunu ve bunların uygulanabilmesi için ayrıca ulusal alanda düzenleme yapmanın gerekli olmadığını kabul etmeleri beklenmektedir (Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 4. Baskı, İstanbul, 2010, s. 52).

<sup>146</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 255. Örneğin, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkide dualizmi (ikici görüşü) kabul eden, ABD gibi bir devlet bakımından, uluslararası antlaşmaların iç hukuk sisteminin bir parçasına dönüştürülmeksizin, iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği hiç bir zaman söz konusu değildir (Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 9. Bası, Ankara, 2010, s. 19; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I*, Ankara, 2012, s. 173).

<sup>147</sup> Saklanan/depolanmış bilgisayar verilerinin hızlandırılmış korunması (m. 16), trafik verilerinin hızlandırılmış korunması ve kısmi açıklanması (m. 17), trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması (m. 20).

önemlidir<sup>148</sup>. Acil durumlarda, gerek talebin yapılmasında gerekse cevabın verilmesinde hızlı iletişim yöntemlerine başvurulabilecektir. Daha sonra, bu talebin resmi yollarla teyit edilmesi istenebilecektir. Maddede sayılan faks ve elektronik posta, örnek niteliğindedir; olayın mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, başka yöntemlere de başvurulabilir. Fakat, her koşulda, ulusal hukuk bu yöndeki talepleri yerine getirmeyi mümkün kılacak şekilde düzenleme içermelidir<sup>149</sup>. Bu bakımdan, Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olması durumunda, söz konusu yükümlülükleri yerine getirebilmemizi sağlayacak hukuki düzenlemeler mutlaka yapılmalıdır.

- Maddenin dördüncü fıkrasına göre, karşılıklı yardımlaşma, Sözleşme'nin bu kısmında aksi açıkça öngörülmedikçe, yürürlükteki ikili antlaşmalarda ve ulusal mevzuatta yer alan hükümlerde aranan koşullar çerçevesinde yürütülür. Bu düzenleme sayesinde, yardım talebinin konusu olabilecek şahısların temel haklarının korunması açısından güvence sağlanmış olacaktır<sup>150</sup>. Zira, özellikle ulusal düzenlemelerde bu konuda birtakım kısıtlamalar mevcuttur. Her ne kadar ulusal mevzuata atıf yapılmış ise de, bazı durumlarda (örneğin, m. 27), ikili bir antlaşma yoksa, ulusal hukuk yerine, doğrudan m. 25 hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, saklanan bilgisayar verilerinin korunması açısından, yardımlaşma talebi "çifte cezalandırılabilirlik" koşuluna bağlı olarak reddedilemez. Zaten bu durumda, verinin içeriği öğrenilmemektedir; ileride, buna yönelik bir istem, adli yardımlaşma talebine konu olacak ve bu noktada "çifte cezalandırılabilirlik" koşuluna bağlı olarak, talep reddedilebilecektir<sup>151</sup>. Yine, 2.-11. maddeler arasında sayılan suçlara dair yardımlaşma talepleri bakımından, talebin mali bir suça ilişkin olduğu gerekçesine dayanarak, salt bu nedenle reddedilmesi mümkün değildir.

- Maddenin 5. fıkrası ise, ulusal mevzuatta aranabilecek "çifte cezalandırılabilirlik" koşulu açısından bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, fiilin hukuki nitelendirilmesi, yani her iki ülkede aynı şekilde tavsif edilmiş olması önemli olmayıp, suçun maddi unsurunu oluşturan davranışın her iki ülke kanunlarında ceza hukuğu anlamında suç oluşturması yeterlidir. Kaldı ki, Sözleşme'ye taraf devletler, zaten 2.-11. madde arasında sayılan suçları ulusal hukuklarında düzenlemekle yükümlüdürler, bu bakımdan "çifte cezalandırılabilirlik" koşulu gerçekleşmiş olacaktır<sup>152</sup>. Birden çok ülkeyi ilgilendiren siber suçlarda, bunlardan birinde bile fiilin suç olarak düzenlenmemiş olması durumunda adli işbirliğinin olanaksız hale geldiği düşünüldüğünde<sup>153</sup>, bu hükmün önemi açıktır.

<sup>148</sup> Grabosky, s. 214; Weber, s. 434; International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 3.

<sup>149</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 256.

<sup>150</sup> International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 3; Calderoni, s. 348.

<sup>151</sup> Calderoni, s. 349.

<sup>152</sup> International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 4.

<sup>153</sup> Csonka, s. 478.

26. maddede, “anında iletilen bilgiler” (*spontaneous information*) düzenlenmiştir:

- Buna göre, bazı durumlarda, soruşturma ya da kovuşturmayı yürüten devletin varlığından bile haberdar olmadığı, başka bir devlette bulunan bilgiler mevcut olabilir. Bu durumda, haliyle, adli yardım talebi söz konusu olamayacaktır<sup>154</sup>. İşte, başka bir devletin yürüttüğü soruşturma ya da kovuşturmada yardımcı olabilecek bilgilere sahip olduğunu düşünen devlet, kendisinden talepte bulunulmaksızın ve ulusal hukukun izin verdiği ölçüler içerisinde, söz konusu bilgiyi ilgili devlete yollayabilecektir. Fakat, bu aşamada, bu konuda bir mecburiyet söz konusu değildir. Bilgiyi gönderen devlet, bilginin gizli tutulmasını isteyebilir. Bunun amacı, kendi yürüttüğü soruşturmanın zarar görmesini önlemektir<sup>155</sup>.

27. maddede, uygulanabilir uluslararası antlaşmaların yokluğunda, karşılıklı yardımlaşma talebine ilişkin usuller düzenlenmiştir:

- Avrupalı devletlerin yararlanabileceği bir çok ortak antlaşma zaten mevcuttur. Buna karşılık, Budapeşte Sözleşmesi’ne, Avrupa Konseyi’ne taraf olmayan devletler de taraf olabilecektir ve bunların söz konusu diğer adli yardımlaşma sözleşmelerine taraf olması mümkün değildir. Böyle durumlarda, aralarında uygulanabilir ortak bir antlaşma mevcut olmayan devletler açısından, adli yardımlaşmanın temel prensipleri m. 27’de düzenlenmiştir<sup>156</sup>. Yani, bu Sözleşme, aralarında özel bir antlaşma bulunmayan taraf devletler açısından, karşılıklı adli yardımlaşma antlaşması işlevini görecektir<sup>157</sup>. Demek ki, Sözleşme’nin rolü ikincildir: şayet ilgili devletler arasında bu konuda uygulanabilir çok taraflı ya da ikili antlaşma mevcutsa, kural olarak o antlaşmalar uygulanmaya devam edecektir; fakat ilgili taraflar, söz konusu antlaşma yerine işbu Sözleşmenin bu hükmünün bir kısmını ya da tümünü uygulamayı kararlaştırabilirler. Böylece, mevcut karşılıklı adli yardım antlaşmaları ile kurulan rejimin sürdürülmesi daha pratik görülmüştür<sup>158</sup>. Bu bakımdan, Türkiye ileride Sözleşme’ye taraf olsa bile, Sözleşme’nin 3. Kısımında öngörülen yardımlaşma türlerinin çoğu, yine Avrupa Konseyi’nin Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi’ne göre gerçekleştirilmeye devam edecektir<sup>159</sup>. Öte yandan, siber suçların giderek artan sıklıkla organize olarak işlendiği düşünülecek olursa<sup>160</sup>,

<sup>154</sup> Keyser, s. 318.

<sup>155</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 466.

<sup>156</sup> International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 5; Keyser, s. 318.

<sup>157</sup> Downing, s. 761.

<sup>158</sup> Calderoni, s. 348.

<sup>159</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 262.

<sup>160</sup> Palermo Sözleşmesi’nde tanımlanan “örgütlü suç grubu”, “ciddi suç” gibi terimlerde yer alan unsurların siber suçluluğun arz ettiği görünüme uygun olduğu hk. bkz. Simion s. 308. Yine bkz. Broadhurst, s.417-418 (siber suçluluğun bir çok olağan görünüm şekli, “ciddi suç” tanımının unsurlarını taşımaktadır).

Türkiye'nin taraf olduğu 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçluluğa dair Birleşmiş Milletler Palermo Sözleşmesi de önemlidir, orada yer alan işbirliği yöntemlerine de başvurmak mümkündür. Özellikle, Türkiye ile ilgili devlet arasında ikili bir anlaşma mevcut olmadığında, diğer devletin de buna taraf olması durumunda, Palermo Sözleşmesi iyi bir dayanak olabilecektir. Keza, ikili anlaşmalar mevcutsa, bunlar uygulanacaktır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 29 vd. maddelerinde, bilişim suçları ya da bilgisayarla bağlantılı suçlar açısından öngörülen bazı özel tedbirlere ilişkin hükümler, söz konusu çok taraflı ya da ikili anlaşmalarla kurulan mevcut rejimi takviye edecektir. Demek ki, 27. madde hükümleri, uygulanabilir çok taraflı ya da ikili bir anlaşmanın yokluğunda, ulusal mevzuat hükümlerinin yerine uygulanacaktır. Bununla birlikte, bir çok devletin ulusal mevzuatında yer alan, adli yardımlaşmaya dair, örneğin, tanık ifadesinin alınması, bazı resmi belgelerin temini, müsadere konusunda yardım gibi, bazı hükümlere 27. maddede yer verilmemiştir. Bu durumlarda, m. 25/4 gereği, kendisinden talepte bulunulan devletin ulusal mevzuatına göre işlem yapılacaktır.<sup>161</sup>

- İkinci fıkraya göre, taraf devletler, yardım taleplerinde bulunmak, bu taleplere cevap vermek, bu taleplerin gereğini yerine getirmek ya da bunların gereğini yerine getirecek mercilere bu talepleri iletmekle görevli, merkezi bir merci ya da merciler belirleyecektir; söz konusu merciler birbirleriyle doğrudan haberleşeceklerdir. Buna mukabil, dokuzuncu fıkraya göre, acil durumlarda, yardım talepleri ya da bu taleplere ilişkin yazışmalar, doğrudan, talep eden tarafın adli mercileri aracılığıyla, kendisinden yardım talep edilen tarafın adli mercilerine iletilebilir. Tüm bu hükümlerin amacı, işlemlerin hızlı yürütülmesini sağlayabilmektir<sup>162</sup>. Uygulamaya bakarsak, en sıklıkla başvuru formül, Adalet Bakanlığı'nı merkezi yetkili olarak tayin etmektir. Ancak, Emniyet Teşkilatı içindeki bir birimi belirleyen ülkeler de mevcuttur, örneğin, Ermenistan ve Norveç gibi. Bunun yanı sıra, örneğin, Azerbaycan ise, Ulusal Güvenlik Bakanlığı'nı tayin etmiştir. Bazı devletler ise, ceza muhakemesinin farklı aşamalarına göre ayrımlar yapmışlardır. Örneğin, Bulgaristan, yargılama aşamasında Adalet Bakanlığı'nı, bundan önce ise, Yüksek Mahkeme<sup>163</sup> Başsavcılığı'nı; Macaristan, ceza muhakemesi başlamadan önce, polis teşkilatı içindeki bir birimi, başladıktan sonra, Macaristan Başsavcılığı'nı; Moldova, ceza kovuşturması aşamasında Başsavcılık makamını, infaz aşamasında ise Adalet Bakanlığı'nı; Romanya, soruşturma aşamasında Yüksek Mahkeme<sup>164</sup> Başsavcılık makamını, yargılama ve infaz aşamasında Adalet Bakanlığı'nı tayin etmiştir<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 264.

<sup>162</sup> Keyser, s. 318.

<sup>163</sup> Bizdeki Yargıtay'a tekabül etmektedir.

<sup>164</sup> Bizdeki Yargıtay'a tekabül etmektedir.

<sup>165</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Internationalcooperation/Res\\_internatcoop\\_authorities\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Internationalcooperation/Res_internatcoop_authorities_en.asp) (son erişim 10.10.2011).

- Üçüncü fıkraya göre, bu maddeye göre yapılacak yardımlaşma talepleri, talep edilen devletin yasalarına uygun olmaması haricinde, talep eden devletin öngördüğü prosedürlere göre yerine getirilecektir. Buradaki amaç, talep eden devletin ulusal mevzuatında öngörülen delil elde etme yöntemlerine uygun hareket edilmesi, böylece, elde edilen delillerin kendi mahkemeleri nezdinde kullanılabilmesini sağlamaktır<sup>166</sup>. Talep edilen işlem bakımından, kendisinden talepte bulunulan devletin konuya dair temel kurallarına riayet edilecektir. Fakat bazı durumlarda, talepte bulunan devlet kanununa göre delilin geçerli olması için, bazı ilave teknik şartlar aranmış olabilir, örneğin, tanıklıktan önce yemin verdirilmesi gibi. İşte, bu gibi durumlarda, talepte bulunan devletin kanunlarına göre aranan bu şarta riayet edilerek, yardımlaşma talebi yerine getirilecektir; kendisinden talepte bulunulan devlet, kendi kanununda böyle bir usule imkan veren bir hükmün yer almadığından bahisle, talep eden devletin uygulanmasını istediği usulü yerine getirmeyi reddedemeyecektir<sup>167</sup>. Bu hüküm, Anayasa m. 38'de, çok katı bir delil yasağı kuralına sahip olan Türkiye açısından özellikle önem taşımaktadır.

- Dördüncü fıkrada ise, yardımlaşma talebinin reddedilmesini mümkün kılan sebepler sayılmıştır. Bunlar iki tanedir: a) Suçun, talepte bulunulan devlet tarafından siyasi suç ya da siyasi suçla bağlantılı suç olarak kabul edilmesi; b) talebin yerine getirilmesinin, talepte bulunulan devlet tarafından, kendi egemenliğine, güvenliğine, kamu düzenine veya diğer temel yararlarına zarar verebilecek mahiyette mütaala edilmesi. "Diğer temel yararlar" kavramının dar yorumlanması gerekecektir<sup>168</sup>. Fakat kavramın içeriğini somut olarak belirlemek de mümkün değildir. Doktrinde, yardımlaşma talebinin reddedilmesini mümkün kılan nedenlerin azaltılması gerektiği; özellikle b) bendi altındaki red sebeplerinin, spesifik ve inandırıcı nedenler sunmaksızın talebi reddedebilmek bakımından fazla esneklik sağladığı, en azından red nedenlerinin yazılı olarak bildirilmesi gerektiği yönünde bir değişikliğin yapılması savunulmaktadır<sup>169</sup>.

- Beşinci fıkraya göre, kendisinden talepte bulunulan taraf, şayet yardım talebine dair işlem yapması kendi yetkili mercilerince sürdürülmekte olan bir cezai soruşturmaya ya da kovuşturmayaya zarar verebilecekse, bu talebe ilişkin işlemleri geciktirebilir. Ayrıca, 6. fıkraya göre, bu talep kısmen ya da koşullara bağlı olarak yerine getirilebilir.

28. maddeye göreyse, kendisinden talepte bulunulan devlet, temin ettiği bilgilerin kullanımı açısından, bunların sadece talepte belirtilen soruşturma ya da işlemde kullanılması yönünde sınırlama getirebilecek ve gizlilik koşuluna uyulmasını talep edebilecektir. Belirtelim ki, ancak taraflar arasında başka bir antlaşma hükmü

<sup>166</sup> Keyser, s. 319.

<sup>167</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 267.

<sup>168</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 467.

<sup>169</sup> Vatis, s. 221.

yoksa, bu madde uygulanabilecektir<sup>170</sup>. Hukukun genel ilkeleri gereği, gizlilik gerekçesiyle, sanığın lehine olan delillerin savunma makamından saklanması mümkün değildir. Ayrıca, duruşmada kullanılacak bilgiler bakımından, bunların zaten yargılamada aleni hale gelecek olması sebebiyle, bu aşamada gizlilik koşulu öne sürmek mümkün değildir<sup>171</sup>.

Sözleşmenin 29. ve devamı maddelerinde, İkinci Kısım'da yer alan bazı tedbirlerin, uluslararası işbirliği bakımından yansımaya yer verilmiştir. Zira, m. 16 vd.nda yer verilen önlemler, devletlerin egemenliği gereği, ancak devletin kendi ülkesi üzerinde uygulanabilir. Yurt dışında delil toplamak gerekiyorsa, adli yardımlaşma talep etmek gerekecektir<sup>172</sup>. İşte, m. 29 vd. hükümleri de, bu hususun pratik ve hızlı bir şekilde gerçekleşebilmesini temine yöneliktir. Çalışmanın kapsamını fazla genişletmemek amacıyla, bu konularda sadece birtakım genel bilgiler verilecek ve bazı önemli noktalara değinilecektir.

29. maddede, saklanan/depolanmış bilgisayar verilerinin korunması bakımından hızlandırılmış bir prosedür öngörülmüştür.

- Düzenlenen husus, ileride adli yardımlaşma talebine konu olacak (örneğin, elkonulması istenecek) birtakım verilerin muhafazasını sağlamak için<sup>173</sup>, taraf bir devletin, diğer bir taraf devletten acil talepte bulunmasıdır. Bu, 16. maddede yer verilen hükmün yansımasıdır<sup>174</sup>. Bu hükmün amacı, nispeten uzun sürebilecek, resmi bir adli yardımlaşma talebinin infazı süreci boyunca, her an kaybolabilecek mahiyetteki verilerin korunmasını sağlamaktır<sup>175</sup>. Gerçekten, klasik adli yardımlaşma prosedüründe, resmi talepname hazırlanıp, talep edilen devletin yetkili merciine gönderilmeli, o merci de bunu kendi ülkesindeki yetkili birime göndermeli, bu birim de talebi onaylayıp yerine getirmelidir. Bu, bazen aylarca sürebilir. Oysa, trafik verileri ve diğer önemli bilgiler çoğu *server*'da<sup>176</sup> geçici olarak saklanır ve bunlara derhal el konulmazsa, geriye dönüşü olmayan biçimde kaybolabilir. Bu nedenle, acil eylemi mümkün kılan, hızlandırılmış bir formül bulmak elzemdir<sup>177</sup>. 29. maddede buna imkan verilmiştir. Bu bağlamda, veriyi muhafaza eden kişiden verilerin içeriğinin elde edilmesi istenmeyip, sadece muhafazası (yani, silinmemesi) istenebildiğinden, bu yöntem hem çabuktur hem de ilgili kişinin özel hayatını korumak

<sup>170</sup> Picotti & Salvadori, s. 66; Keyser, s. 319.

<sup>171</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 278.

<sup>172</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 468.

<sup>173</sup> Keskin, İÜHFİM, s. 161.

<sup>174</sup> Helvacıoğlu, s. 296. Bu koruma tedbiri için bkz. Keskin, İÜHFİM, s. 161 vd.

<sup>175</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 282; Keskin, İÜHFİM, s. 161; Csonka, s. 481; Picotti & Salvadori, s. 67.

<sup>176</sup> *Server* (sunucu), diğer bilgisayarlar hizmet sağlayan bir bilgisayar veya programdır (Avşar/Öngören, s. 119).

<sup>177</sup> Putnam&Elliott, s. 62.



açısından daha güvencelidir, zira, verinin içeriği öğrenilmemektedir<sup>178</sup>. Burada, genellikle internet servis sağlayıcı düzeyinde uygulanan, verinin muhafazası söz konusu olan, geçici bir önlem düzenlenmiştir. Verinin açıklanması ise, sonraki aşama olup çoğu zaman adli yardımlaşma talebinde bulunulmasını gerektirecektir<sup>179</sup>. Bu istemlerin, aşağıda ele alınacak 24/7 ağı (7 gün, 24 saat hizmet verecek ağ) aracılığıyla yapılması beklenmelidir.

- 29. maddenin ikinci fıkrasında, böyle bir talepten önce yer alacak hususlar detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, cezai soruşturmaya ya da işleme konu olan suç ve ilgili vakıaların kısa bir özeti belirtilmelidir. Ayrıca, verilerin korunmasının neden gerekli olduğu da açıklanmalıdır.

- 29. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında, bu talebin yerine getirilmesi bakımından, çifte cezalandırılabilirlik koşulu, m. 2-11 arasında yer alan suçlar açısından<sup>180</sup> kaldırılmıştır. Bunun sebebi, hem söz konusu önlemin özel hayat bakımından ciddi bir müdahale oluşturmaması hem de çifte cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleştiği tespit edilene kadar geçecek sürede verinin kaybedilmesinin olası olmasıdır<sup>181</sup>.

- 29. maddenin beşinci fıkrasında, talebin reddedilme sebepleri belirtilmiştir: Bu hükme göre; a) Suçun, talepte bulunulan devlet tarafından siyasi suç ya da siyasi suçla bağlantılı suç olarak kabul edilmesi; b) talebin yerine getirilmesinin, talepte bulunulan devlet tarafından, kendi egemenliğine, güvenliğine, kamu düzenine veya diğer temel yararlarına zarar verebilecek mahiyette mütalaa edilmesi.

- 29. maddenin yedinci fıkrasına göre, talebe cevaben başvurulmuş muhafaza işlemi en az 60 günlük süreyi kapsmalıdır; diğer bir deyişle, veriler en az 60 gün muhafaza edilmelidir. Bunun maksadı, gerçekleştirilmesi istenen asıl işleme dair adli yardım talebinin hazırlanabilmesini sağlamaktır. Söz konusu talep alındıktan sonra da, talebe dair karar verileceye kadar veriler korunacaktır. Uygulamada, bu sürenin çok kısa olduğu, evrak üzerinden birçok işlemin yapılmasının zorunlu olması karşısında, resmi adli yardım talepten önce hazırlamanın çok daha uzun süre bildiği dile getirilmektedir<sup>182</sup>.

30. maddede, korunan trafik verilerinin açıklanması bakımından hızlandırılmış bir prosedür öngörülmüştür. 17. maddede yer alan trafik verilerinin hızlı muhafazası ve kısmi olarak açıklanmasının<sup>183</sup> bir yansıması olan 30. maddeye göre;

<sup>178</sup> Picotti & Salvadori, s. 67.

<sup>179</sup> International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 6.

<sup>180</sup> Bu suçlar için bkz. dipnot 97.

<sup>181</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 285. Eleştiri için bkz. Uçkan/Beceni, s. 384.

<sup>182</sup> Pedro Verdelho, Discussion paper (draft), s. 30.

<sup>183</sup> Bilgi için bkz. Keskin, İÜHFİM, s. 165-166.

bu konuda iletilen talebin yerine getirilmesi sırasında, kendisinden yardım talep edilen devlet, tebdir konusu iletişimin aktarılmasında başka bir ülkedeki hizmet sağlayıcının devrede olduğunu anlarsa, talepte bulunan devlete, ilgili hizmet sağlayıcısının ve verilerin aktarıldığı yolun teşhis edilmesi için gerekli olan ölçüde, trafik verisini en kısa sürede açıklamalıdır. Bu hükmün sebebi, verinin genellikle bir çok ülkeden geçmesidir; bu bakımdan, verinin muhafazası için tek bir devletten talepte bulunmak yetmez, zincirdeki tüm ülkeler veya *server*'lar bakımından harekete geçmek gerekir. Bunun mümkün olması için de, söz konusu bilgi gerekli olacaktır<sup>184</sup>.

31. maddede, saklanan bilgisayar verilerine erişime dair karşılıklı yardımlaşma düzenlenmiştir. Burada söz konusu olan, bazı verilerin aranması, bunlara erişilmesi, el konulması ya da bunların benzer şekilde güvence altına alınması ya da açıklanması amacıyla, taraf bir devletin diğer bir taraf devletten talepte bulunmasıdır. Yine, bazı durumlarda (f. 3) hızlandırılmış prosedürlere başvurulması mümkün kılınmıştır<sup>185</sup>.

32. maddede, çok tartışmalı bir konu olan, bilgisayarda saklanan verilere sınır ötesinden erişim meselesi ele alınmıştır. Kapsamlı tartışmalar sonucunda, bu konuda kısıtlı bir düzenlemeye gidilmiş ve sadece iki durumda bu yetki tanınmıştır:

1) Her bir taraf devlet, diğer taraf devletin iznini almaksızın, herkesin kullanabileceği bir kaynaktan bulunan, kullanımı herkese açık bilgisayar verilerine, bu veriler nerede yer alırsa alsın, ulaşabilecektir. Örneğin, herkese açık bir websitesindeki bilgilerin sınır ötesinden elde edilmesi durumunda, herhangi bir sakınca olmadığı ortadadır.

2) Şayet kamunun erişimine açık olmayan ve başka bir taraf Devletin sınırları dahilinde saklanan veriler söz konusu ise, bu verilerin ulusal sınırlar içinde bulunan bir bilgisayar sistemi aracılığıyla elde edilebilmesi, rıza koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, söz konusu bilgisayar sistemi üzerinden bu verileri açıklama yetkisine sahip olan kişinin yasal rızası (*lawful and voluntary consent*) aranacaktır.

Demek ki, taraf bir devletin, diğer taraf devletin izni almaksızın, tek taraflı olarak, sınır ötesinde saklanan verilere erişimi konusundaki yetkisi kısıtlıdır. Bu bakımdan, "*remote extraterritorial search*" denilen, başka bir ülkede bulunan verilerin elde edilmesine yönelik faaliyetler sınırlandırılmıştır. Bu yönüyle, Ekim 1999'da G-8 tarafından kabul edilen "Saklanan Bilgisayar Verilerine Sınırötesi Erişime Dair İlkeler"de (Principles on Transborder Access to Stored Computer Data) yer verilen kuralın ötesine geçilememiştir. Ancak Sözleşme'nin bu iki durumun dışında, başka türden tek taraflı erişim yetkisini *yasaklamadığı* da vurgulanmalıdır<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 8.

<sup>185</sup> Fakat bkz. Vatis, s. 216 (bu talebin, m. 31/2'de yapılan atıf gereği, m. 23'de öngörülen kurallar ve düzenlemeler uyarınca reddedilebilmesi ya da yerine getirilmesinin ertelenebilmesi mümkün gözükmemektedir.)

<sup>186</sup> Vatis, s. 217.

Bu hüküm yine de ciddi bir şekilde eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, bireyin rızasıyla, devletlerin egemenliği ilkesine aykırı olarak, başka bir devletin ülkesinde yargı yetkisi kullanılmaktadır<sup>187</sup>. Bununla birlikte, Sözleşme'ye taraf olmayı seçen devletlerin, kendi rızalarıyla bu işleme izin verdikleri söylenebilecektir.

33. maddede, şüphelinin kimliğini deşifre edebilmek için çok önemli olan bir önleme<sup>188</sup>, yani, trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanmasına yer verilmiştir. Gerçekten de, bir siber saldırının kaynağını belirlemek, fail henüz *online* (çevrimiçi) iken en kolay bir şekilde mümkündür<sup>189</sup>. Bunun gerçekleştirilme usulü, ulusal hukuk tarafından belirlenecektir. Ancak, ikinci fıkrada önemli bir hususa yer verilmiştir: ulusal hukukta bu tedbirin uygulanmasına izin verilen davalara benzer türden suçlar söz konusu ise, yardım talebi yerine getirilmelidir<sup>190</sup>. Yani, ulusal hukukta öngörülenden daha dar bir uygulama alanı söz konusu olmamalıdır.

34. maddede, özel hayata çok daha ağır bir müdahale teşkil eden<sup>191</sup>, içerikle ilgili verilerin bu hükme göre denetlenmesi ve kaydedilmesine yer verilmiştir. Burada, uygulanabilir antlaşmalar ve ulusal hukukun öngördüğü ölçüler çerçevesinde bu tedbire başvurulabileceği ifade edilmiştir. Bu noktada, Sözleşme'nin herhangi bir yenilik getirmediğini ve mevcut rejimlere yollama yaptığını belirtmek gerekir. Tedbir, yine her bir devletin ulusal kuralları çerçevesinde icra edilecektir. Bununla birlikte, aynı türden suçu kendisi kovuşturduğu zaman bu tedbire başvurabilen bir devletin, başka bir devletten talep geldiği zaman içeriğin denetlenmesi ve kaydedilmesi konusunda yardım sağlamak zorunda olmadığı; başka bir devletin yardım talebini yerine getirmesini engelleyen yargı yetkisine dair bazı koşulların var olabileceği, ifade edilmektedir<sup>192</sup>.

Nihayet, 35. maddeye göre, her bir taraf devlet, bilgisayar sistemleri ve verilerine dair suçların soruşturulması ya da kovuşturulmasında ya da bir suçun elektronik formattaki delillerinin toplanmasında, derhal yardım teminini mümkün kılmak amacıyla, haftada yedi gün ve yirmi dört saat müsait olacak bir irtibat noktası tayin edecektir (24/7 network).

- Bu hüküm, adli yardımlaşmanın hızlı ve etkin biçimde gerçekleştirilebilmesi yönünden çok önemlidir. Düzenleme, G-8 tarafından 1997'de yaratılan ve bugün

<sup>187</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 470; Uçkan/Beceni, s. 388. En ağır eleştiri Rusya'dan gelmektedir, bkz. Vatis, s. 218.

<sup>188</sup> Keskin, İÜHFİM, s. 159; Picotti & Salvadori, s. 68; Vatis, s. 217; Helvacıoğlu, s. 297.

<sup>189</sup> Putnam&Elliott, s. 62, dn. 49.

<sup>190</sup> Bu bakımdan, "bir ülkenin politik amaçlar doğrultusunda başka bir ülkede faaliyet gösteren muhaliflerinin faaliyetlerini bu ülkenin yetkilileri kanalıyla" denetleyebilmesine olanak sağlandığı yönündeki eleştiriye de (Uçkan/Beceni, s. 385) katılmıyoruz, zira, suç teşkil etmeyen bir faaliyet bakımından yardım talep edilmişse, m. 33/2'nin aksi yorumundan, kendisinden talep edilen devletin yardım etmek zorunda olmadığı anlaşılmaktadır.

<sup>191</sup> Broadhurst, s. 421.

<sup>192</sup> Vatis, s. 217.

50 civarında ülkeyi kapsayan, İrtibat Noktaları Ağı (Network of Contact Points) tecrübesine dayanmaktadır<sup>193</sup>. G-8'deki amaç da, yüksek teknoloji ürünün suçluluk konusunda uzman kişilerden oluşan, dünya çapında bir iletişim ağı yaratmaktır; böylece, şüphelilerin yerini tespit etmek ve onları yargılayabilmek açısından elzem olan, elektronik delillerin derhal muhafaza altına alınması mümkün olabilecektir<sup>194</sup>. Belirtelim ki, AB Konseyi'nin 2005/222/JHA sayılı, 24.2.2005 tarihli Çerçeve Kararı ile, tüm AB üyesi devletlerin "mevcut" irtibat noktası açısından yararlanmaları zorunlu hale getirilmiştir. Aslında, karara bakınca, G-8 bünyesinde mevcut ağına kast edildiği anlaşılmaktadır<sup>195</sup>. Belirtelim ki, G-8 bünyesindeki ağ ile Budapeşte Sözleşmesi gereğince tayin edilmesi gereken irtibat noktalarının örtüşmesi faydalı olacaktır<sup>196</sup>. Bu birim, diğer mevcut işbirliği kanallarının yerini almayıp onları takviye edecektir<sup>197</sup>. Buradaki amaç, geleneksel işbirliği yöntemlerinin yetersiz kaldığı için çok çabuk bir cevabı gerekli kılan siber suçlulukla mücadele konusunda elverişli bir yöntemin yaratılmasıdır<sup>198</sup>. Hem tek bir irtibat noktası belirlenerek iletişim süreci hem de irtibat noktasına bazı soruşturma işlemlerini bizzat yapabilmesi imkanı tanınarak soruşturma süreci hızlandırılacaktır<sup>199</sup>. Budapeşte Sözleşmesi ile kurulan irtibat noktaları 7 gün, 24 saat ulaşılabilir olacaktır. Böylece, derhal veri saklanması yönünde diğer bir devletten gelen acil bir talep, söz konusu devletin irtibat noktası aracılığıyla, doğrudan telefon ya da e-mail yoluyla, ilgili devlet tarafından görevlendirilen kişi ya da birime derhal iletilebilecektir<sup>200</sup>. Dünyanın farklı bir ucundan ve apayrı bir saat diliminden yardım talebi geldiğinde, kendisinden yardım talep edilen ülkede saat gecenin üçü, dördü olabilecektir; bu, siber suçlulukla mücadelede adli işbirliğinde sıklıkla rastlanabilecek, olağan bir durumdur. Bu nedenle, normal çalışma saatleri mefhumu geçersiz hale gelmekte, 24 saat hazır bulunacak birimlere ihtiyaç duyulmaktadır<sup>201</sup>.

- 35. maddenin ikinci fıkrasına göre, bu irtibat noktası, diğer tarafların irtibat noktalarıyla hızlı iletişim kuracak kapasiteye sahip olmalıdır. Diğer bir deyişle, soyut olarak bir kimsenin ya da merciin tayin edilmesi yetmez, söz konusu irtibat noktasının gerekli şekilde teçhizatlandırılması da şarttır. Zaten, üçüncü fıkraya göre, söz konusu ağı işleyişini kolaylaştırmak açısından, eğitilmiş ve donatılmış

<sup>193</sup> Project on Cybercrime - Final Report (September 2006-February 2009), Prepared by the Economic Crime Division of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, s. 32; Csonka s.496; Helvacıoğlu, s. 298.

<sup>194</sup> Pedro Verdelho, Discussion paper (draft), s. 13.

<sup>195</sup> Pedro Verdelho, Discussion paper (draft), s. 14.

<sup>196</sup> Bu konuda çalışıldığına dair bkz. Calderoni, s. 349.

<sup>197</sup> International Co-operation under the Convention on Cybercrime (Version 18 August 2009), Project on Cybercrime, s. 9; Broadhurst, s. 421; Csonka, s. 496.

<sup>198</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 298; Buono, s. 210.

<sup>199</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 473.

<sup>200</sup> Pedro Verdelho, Discussion paper (draft), s. 13.

<sup>201</sup> Csonka, s. 480.

personelin mevcut olması sağlanacaktır. Bu bakımdan, irtibat noktasının teknolojik donanımının en üst düzeyde olması ve ilgili personelin de bu konuda uzman olması gerekecektir<sup>202</sup>.

- İrtibat noktasının idari yapı dahilinde nasıl konumlandırılacağı, ilgili devlete kalmıştır<sup>203</sup>. Türkiye örneğinden düşünürsek, Adalet Bakanlığı içindeki UHDİGM olabileceği gibi, emniyet teşkilatı içerisinde bir birim de olabilir. Bu bakımdan, irtibat noktasının bizzat kendisi adli yardım talebini yerine getirmek zorunda değildir; ilgili kuruma meseleyi havale edecek bir organ da olabilir. Her durumda, irtibat noktası, hem siber saldırıları durdurmak ve izini tespit etmek açısından teknik yardım sunacak hem de bazı uluslararası adli yardımlaşma işlevlerini yerine getirecektir<sup>204</sup>. Bu bakımdan, teknik bilgi ve tecrübe önemli olduğu kadar, diğer bir çok devletlerin irtibat noktalarıyla temaslar kurulacağından, geniş bir yabancı dil yelpazesi de elzemdir. Öte yandan, irtibat noktası, şayet polis teşkilatı içinde yer alacaksa, adli yardımlaşma taleplerini yerine getirecek yetkili idari makamla hızlı ve koordine şekilde çalışmaya da muktedir olmalıdır<sup>205</sup>. Aksi takdirde, hem kendisi istenilen işlemi yerine getirme yetkisine sahip olmaz hem de yetkili mercie talebin iletilmesinde zaman kaybedilirse, artık çok geç olabilir. Uygulamaya bakıldığında<sup>206</sup>, genellikle polisin irtibat noktası olarak belirlendiği gözlemlenmekle birlikte, çok farklı mercilerin tayin edildiği göze çarpmaktadır: a) emniyet teşkilatı ya da içindeki bir birimi tayin eden (Arnavutluk, Ermenistan, Danimarka, Estonya, Almanya, Macaristan, İzlanda, Letonya, Litvanya, Slovakya), b) Adalet Bakanlığı'nı tayin eden (Kıbrıs R.K.), c) başka bir Bakanlık tayin eden (Azerbaycan: Ulusal Güvenlik Bakanlığı, Bulgaristan: İçişleri Bakanlığına bağlı özel bir birim, Moldova: İçişleri Bakanlığı'na bağlı özel bir birim, Slovenya), d) İstihbarat Birimi'ni tayin eden (Finlandiya), e) ayrı bir uzman birimi tayin eden (Fransa, Norveç, Romanya: Yüksek Mahkeme'ye bağlı özel bir birim), f) Savcılık Makamı'nı tayin eden (İtalya: Roma Başsavcısı, Hollanda, Sırbistan, Makedonya (Eski Yugoslav Cumhuriyeti) ülkeler bulunmaktadır. Öte yandan, 24/7 ağına katılmak için, Sözleşme'yi imzalamanın ya da buna taraf olmanın gerekmediği, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca kurulan Siber Suç Sözleşmesi Komitesi (T-CY) tarafından vurgulanmıştır<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> Teknolojik donanımın önemi hususunda bkz. Özcan, s. 334.

<sup>203</sup> Csonka, s. 496.

<sup>204</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 300.

<sup>205</sup> Csonka s.496.

<sup>206</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Internationalcooperation/Res\\_internatcoop\\_authorities\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Internationalcooperation/Res_internatcoop_authorities_en.asp) (son erişim 10.10.2011).

<sup>207</sup> Report of the 2nd Meeting of the Cybercrime Convention Committee, T-CY (2007) 03, page 5 (35).

## SONUÇ

Siber suçlarla mücadele konusunda, çeşitli uluslararası örgütler ve kuruluşlar nezdinde, yine dünya çapında bir çok STK'nin inisiyatifiyle, aynı anda yürütülen onlarca faaliyet olması, sorunun hem ciddiyetini hem de buna cevaben istenilen çözümün bulunulmasında ne kadar çok çaba vermek gerektiğini göstermektedir. Bugüne kadar sağlanan gelişme kayda değer olmakla birlikte, siber suçlulukla etkin bir mücadelede, yolun başında olduğumuz söylenmelidir<sup>208</sup>.

Siber suçun tanımı ve içeriği hakkında henüz bir uzlaşma sağlanmış değildir. Nitekim, 2001 Siber Suç Sözleşmesi'nde de bir tanım verilmemiştir. Bununla birlikte, birtakım suç tiplerini ulusal hukukta düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Çifte cezalandırılabilirlik koşulunun, en azından Sözleşme'de tanımlanan söz konusu suçlar açısından devre dışı bırakılması, önemli bir gelişmedir<sup>209</sup>. Buna karşılık, henüz az sayıda devletin Sözleşme'ye taraf olması ve siber suçlara dair ulusal mevzuatların da yeknesak olmaktan uzak olması karşısında, geleneksel adli işbirliği imkanları bakımından, çifte cezalandırılabilirlik koşulu önemli bir engel oluşturmaya devam edecektir. Öte yandan, talep ettiği yardımı alamayan devletlerin tazminat elde edebileceği bir zorlayıcı mekanizma da yoktur<sup>210</sup>.

Siber suçlulukla mücadelede, failerin hiç bir "sığınak" bulamamasının önemini belirtmiştik. Bu sorunun önüne geçmek için BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen 55/63 ve 56/121 sayılı kararlara dikkat çekmek gerekir (*Combating the Criminal Misuse of Information Technologies*). Ne var ki, BM Genel Kurul kararları tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı değildir. Konuya ilişkin, BM bünyesinde bağlayıcı bir sözleşme hazırlama çalışmaları ise sürmektedir<sup>211</sup>. Bunun sonuç vermesi ise, kolay gözükmemektedir; zira, dijital anlamda gelişmiş bir çok ülkenin tercihinin, Budapeşte Sözleşmesi'ni daha çok sayıda ülkeye genişletip bunun etkinliğini görmeyi beklemek yönünde olduğu söylenmektedir<sup>212</sup>. Kaldı ki, bir görüşe göre, uzun süre ve büyük çaba gerektiren ikinci bir sözleşme hazırlamaktansa, Avrupa

<sup>208</sup> Broadhurst, s. 409.

<sup>209</sup> Her ne kadar bu husus doktrinde (Uçkan/Beceni, s. 384) eleştirilmişse de, çifte cezalandırılabilirlik koşulunun genel olarak, tümüyle kaldırılmadığı ve bu konuda önemli sınırlamalar olduğu da ifade edilmelidir. Bu sınırlamaları çalışmamızda yeri geldikçe incelemiş bulunuyoruz. Kaldı ki, Sözleşme'ye taraf bir devlet, zaten m. 2-11'de yer alan fiilleri mevzuatında cezalandırmak konusunda uluslararası yükümlülük altına girmiştir.

<sup>210</sup> Vatis, s. 220.

<sup>211</sup> Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi de, yakın zamanda, siber suçlara karşı global bir sözleşmenin geliştirilmesi lehinde görüş beyan etmiştir. Bkz. Secretariat of the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Recent developments in the use of science and technology by offenders and by competent authorities in fighting crime, including the case of cybercrime*, Working Paper submitted to the Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (22 Ocak 2010), s. 15 ([http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A\\_CONF.213\\_9/V1050382e.pdf](http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_9/V1050382e.pdf)) [son erişim 15.11.2012].

<sup>212</sup> Broadhurst, s. 409.

Konseyi Sözleşmesi'ne global katılımı sağlamaya çalışmak tercih edilmelidir<sup>213</sup>. Keza, AB'nin de tercihinin bu yönde olduğu bilinmektedir<sup>214</sup>. Öte yandan, Budapeşte Sözleşmesi'nin sunduğu hazır bir çerçeve mevcutken, BM bünyesinde, ondan daha iyi bir enstrüman hazırlama gayretine girilmeyebileceği, Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin çok benzeriyle yetinilebileceği endişesi de dile getirilmektedir<sup>215</sup>.

Siber suçluların sığınabileceği güvenli limanlar bulmalarını önlemek açısından, gelişmekte olan ya da az gelişmiş ülkelerin de bu mücadeleye dahil olmaları yönünde ikna edilmeleri gerekmektedir. Oysa, teknolojik gelişme düzeyi düşük olduğu için, bu fenomenen kayda değer bir zarar görmeyen devletlerin, bu konuya enerji ve kaynak yatırımlarını beklemek, her zaman kolay değildir. Kaldı ki, buna muktedir olmayan, "iflas etmiş" devletler de mevcuttur<sup>216</sup>. Yine, adli yardımlaşma talebinden doğan masrafların, bazen talep eden devletçe karşılanmakla beraber, talebi yerine getiren devlete ait olması da, yardımlaşma konusunda bir isteksizliğe yol açabilmektedir<sup>217</sup>. Bunun da ötesinde, bazı devletlerin siyasi saiklerle ya da menfaat amacıyla, siber suçluluğa zaman zaman kasten göz yumması da gündeme gelebilir<sup>218</sup>.

Bu noktada, bazı devletlerin siber suçluluğun ortaya çıkardığı tehdide karşı gerekli refleksi göstermemeleri karşısında, bilişim teknolojilerine bağımlı ve saldırılar karşısında daha hassas olan güçlü devletlerin, siyasi taktiklere başvurması gerektiği söylenmektedir<sup>219</sup>. Bu, bölgesel ve uluslararası düzeyde siyasi baskı yapmaktan, ekonomik bakımdan güçsüz devletlere, teknolojik transfer yardımı gibi teşviklerde bulunmayı içeren bir dış politikanın izlenmesine kadar uzanabilir. Siber suçla mücadele mevzuatının oluşturulmasında, bu konuda engin tecrübesi bulunan devletlerin, henüz yolun başında olan devletlere azami surette yardım etmesi, bu anlamda gereklidir<sup>220</sup>.

Genel bir durum değerlendirmesi yapmak gerekirse, Siber Suç Sözleşmesi çok önemli bir adım olmakla birlikte, henüz sadece bir başlangıçtan ibarettir<sup>221</sup>. Kaldı ki, içeriğini globalleştirme amacıyla Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlere açık olsa da, Sözleşme bölgesel bir araç olup, kendi bölgesinde bile henüz genel kabul

<sup>213</sup> Downing, s.762.

<sup>214</sup> Buono, s. 208 (bu konuda bkz. The Stockholm Programme—An open and secure Europe serving and protecting the citizens. Presidency Conclusions—Brussels, 10–11 December 2009 (Council of the European Union, Brussels 3 March 2010, doc 5731/10, s. 79). Avrupa Konseyi de bu yönde görüş beyan etmektedir (bkz. Vatis, s. 219).

<sup>215</sup> Calderoni, s. 351.

<sup>216</sup> Broadhurst, s. 410. Genel olarak, ekonomik güçlükler sebebiyle siber suçlulukla mücadeleye yeterli kaynak ayıramayan devletlerin siber suçlular için cazibe merkezi olacağı yönünde bkz. Bell s. 317.

<sup>217</sup> Grabosky, s. 217.

<sup>218</sup> Allan, s. 155.

<sup>219</sup> Putnam&Elliott, s. 52.

<sup>220</sup> Grabosky, s. 220.

<sup>221</sup> Benzer yönde Simion, s. 310.

görmüş değildir. Uzun vadede de, global katılım beklenmemektedir<sup>222</sup>; zaten taraf olma süreci de hızlı işlememektedir<sup>223</sup>. Rusya ve Çin gibi, bir çok siber saldırının kaynağı olan ülkelerin Sözleşme'ye taraf olmaması da endişe sebebidir<sup>224</sup>. Taraf olan Devletlerin de Sözleşme gereklerini ne ölçüde iç hukuklarına aktardıkları, tartışmaya açıktır<sup>225</sup>.

Bu bakımlardan da, siber suçla mücadelenin dünya çapında sonuç verebilmesi açısından, BM'nin katkısı vazgeçilmez bir öneme sahiptir<sup>226</sup>. Gerçi, taraf olmayı seçmeyen devletler açısından bile, Budapeşte Sözleşmesi'nin katkısı büyüktür, zira, siber suçlara dair ulusal mevzuatını oluşturmak isteyen tüm devletler bakımından bu Sözleşme temel bir referans ve gösterge teşkil edecektir<sup>227</sup>. Fakat yine de, devletlerin taraf olmayı seçtikleri, bağlayıcı bir antlaşmanın önemi apayrıdır. Bu bağlamda, Amerikan Devletleri Örgütü'nün, üye devletlerine yönelik, Amerikan devletleri arasında bir Siber Suç Sözleşmesi yapılmasına dair tavsiyesinin<sup>228</sup> de devamının gelmesi ümit edilmektedir.

Son bir husus olarak; diğer suçluluk türlerinden daha fazla bir ölçüde, siber suçlar bakımından, ceza hukukuna alternatif kontrol mekanizmaları ön plana çıkarılabilir<sup>229</sup>. Bu bağlamda, suçun ortaya çıkmasından sonra bunun cezalandırılmasına yönelik klasik anlayışın yetersiz kalması kaçınılmaz olduğundan, diğer tedbirlerin dışında, devletle özel sektör arasındaki işbirliğine, bireylerle şirketlerin kendilerini koruyucu önlemlere yatırım yapmasına<sup>230</sup>, etkili bir etik eğitime dayalı, suçun önlenmesine yönelik bir modele önem verilmesi tavsiye edilmektedir<sup>231</sup>.

Netice olarak; Budapeşte Sözleşmesi'nin siber suçlarla mücadele konusunda

<sup>222</sup> Csonka, P. (2005), "The council of Europe Convention on cybercrime: a response to the challenge of the new age?", in Broadhurst, R. and Grabosky, P. (Eds), *Cyber-crime: The Challenge in Asia*, University of Hong Kong Press, Hong Kong, s. 326'dan naklen Broadhurst s.416; Calderoni, s. 350.

<sup>223</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 201. Keza, bazı taraf devletler, mevcut kanunlarıyla ya da ceza hukuku anlayışlarıyla bağdaşmadığı için, bazı hükümlerin gereğini mevzuatlarında yapmayabilirler (Allan, s.155). Buna karşılık, bir görüşe göre, diğer uluslararası enstrümanlara göre onaylama süreci daha hızlıdır (Calderoni, s. 350).

<sup>224</sup> Vatis, s. 220. Yine bkz. Helvacıoğlu, s. 299.

<sup>225</sup> Gercke, *Understanding Cybercrime*, s. 202; AB çerçevesinde, 2005 tarihli Çerçeve Karar'ın uygulanmasına dair endişeler bakımından bkz. Calderoni, s. 352. Avrupa Konseyi, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin bunun gereğini iç hukukta yerine getirip getirmediğini henüz değerlendirmemiştir (Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 125).

<sup>226</sup> Benzer yönde Simion, s. 311.

<sup>227</sup> Downing, s. 761; Calderoni, s. 351. Türkiye açısından aynı yönde bkz. Özen/Baştürk, s. 307. Bu konuda örnekler için bkz. Gercke, *Phenomena, challenges and legal response*, s. 124.

<sup>228</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/cyber.htm> [son erişim 12.10.2011].

<sup>229</sup> Bu konuda bkz. Allan 168 vd. Yine bkz. Sinar, *İnternet ve Ceza Hukuku*, s. 52-53; Elliott&Putnam, s. 67; Picotti & Salvadori, s.79.

<sup>230</sup> Dülger, s. 320-322; Özcan, s. 335-336; Taşkın, s. 177-178. Özdenetim mekanizmaları hk. bkz. Uçkan/Beceni, s. 376 vd.; yine bkz. Tezcan, *Sempozyum*, s. 535-537.

<sup>231</sup> Brenner in *Rutgers Computer & Tech. L.J.*, s.40 vd. Yine bkz. Bell, s. 321-2; Buono, s. 210.



çok önemli bir atılım teşkil ettiği tartışmadan uzaktır<sup>232</sup>. Bununla birlikte, hükümlerinin taraf devletlerce iç hukuka gerçekten ve tümüyle dahil edilip edilmediğini görmek ve Sözleşme'nin nasıl sonuç vereceğini tespit etmek zamanı gerektirmektedir<sup>233</sup>.

### KAYNAKÇA

- A. Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, İstanbul, 2003.
- Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, 3. Baskı, Ankara, 2011.
- Amalie M. Weber, "The Council of Europe's Convention on Cybercrime", 18 Berkeley Technology Law Journal 425 (2003).
- Antonio Cassese. *International Law* (2nd ed, Oxford: Oxford University Press, 2005).
- Aslı Deniz Helvacıoğlu, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi – Temel Hükümlerin İncelenmesi*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- B. Zakir Avcı/Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku*, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2010.
- Berrin Bozdoğan Akbulut, "Bilişim Suçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000.
- Cevat Özel, *Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- David R. Johnson & David G. Post, "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace", 48 STAN.L.REV. 1367 (1996).
- Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, 2009.
- Durmuş Tezcan, İnternet Karşısında Özel Hayatın Korunması ve Adli Yardımlaşma, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, DEÜ Yayını, İzmir, 2002.
- Europol Review - General Report on Europol Activities, European Police Office (2011).
- Faruk Turhan, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts*, Frankfurt am Main, 1993.

<sup>232</sup> Calderoni, s. 355.

<sup>233</sup> Ancak tesirin başlangıç itibarıyla olumlu olduğuna dair veriler için bkz. Vatis, s. 220.

- Fatih S. Mahmutoğlu, “*Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001.
- Fatih S. Mahmutoğlu, *Suçluların Geri Verilmesi*, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler, İstanbul, 1998.
- Feridun Yenisey, İnternet Suçlarının Yeni İşleniş Biçimleri, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002.
- Feridun Yenisey, *Milletlerarası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler*, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler, İstanbul, 1998.
- Fikret İlkiz, İnternet Ortamında Yayınlar, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Francesco Calderoni, “*The European legal framework on cybercrime: striving for an effective implementation*”, 54 Crime Law Soc Change 339 (2010).
- Füsün Sokullu-Akıncı, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001.
- Gregor Allan, “*Responding to Cybercrime: A Delicate Blend of the Orthodox and the Alternative*”, 2005 N.Z. L. Rev. 149 (2005).
- Gregor Urbas, “*Criminalising Computer Misconduct: Some Legal and Philosophical Problems*”, 14 Asia Pac. L. Rev. 95 (2006).
- Hasan Sınar, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Üzerine Bir Deneme*”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004.
- Hasan Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul, 2001.
- Hatice Akıncı/A. Emre Alıç/ Cüneyd Er, *Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 9. Bası, Ankara, 2010.
- İsmail Ergün, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Ankara, 2008.
- James Crawford. *Brownlie’s Principles of Public International Law* (8th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Kayıhan İçel, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001.
- Kim-Kwang Raymond Choo, “*Organised crime groups in cyberspace: a typology*”, 11 Trends Organ Crim 270 (2008).
- Laviero Buono, “*Investigating and prosecuting crimes in cyberspace: European training schemes for judges and prosecutors*”, 11 ERA Forum 207 (2010).

- Leyla Keser Berber, *Adli Bilişim (Computer Forensic)*, Ankara, 2004.
- Lorenzo Picotti & İvan Salvadori, *National legislation implementing the Convention on Cybercrime – Comparative Analysis and good practices*, Discussion paper, Version 28 August 2008.
- Mahmut Koca, “*Avrupa Siber Suç Sözleşmesi’nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku*”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt III, 2003.
- Malcolm N. Shaw. *International Law* (6th ed., New York: Cambridge University Press, 2008).
- Marco Gercke, *Understanding cybercrime: phenomena, challenges and legal response*, September 2012, ITU 2012 ([www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html](http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html)).
- Marco Gercke, *Understanding Cybercrime. A Guide for Developing Countries*, 2nd ed. (Draft March 2011).
- Marco Gercke, “*Europe’s Legal Approaches to Cybercrime*”, 10 ERA Forum 409 (2009).
- Martin Dixon. *Textbook on International Law* (6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Mehmet Özcan, *Siber Terörizm ve Ulusal Güvenlik*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004
- Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 4. Baskı, İstanbul, 2010.
- Michael A. Vatis, *The Council of Europe Convention on Cybercrime*, Proceedings of a Workshop on Deterring CyberAttacks: Informing Strategies and Developing Options for U.S. Policy (<http://cs.brown.edu/courses/csci1950-p/sources/lec16/Vatis.pdf>).
- Mike Keyser, “*The Council of Europe Convention on Cybercrime*”, 12 J. Transnational Law & Policy 287 (2003).
- Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, 2008.
- Muharrem Özen/İhsan Baştürk, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2011.
- Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları*, Ankara, 2004.
- Özgür Uçkan/Yasin Beceni, *Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku*, İnternet ve Hukuk (derleyen Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Pedro Verdelho, *The effectiveness of international co-operation against cybercrime: examples of good practice*, Discussion paper (draft) prepared within the framework of the Project on Cybercrime of the Council of Europe, 2008.

- Peter Csonka, “*The Council of Europe’s Convention on Cyber-Crime and Other European Initiatives*”, *Revue internationale de droit pénal*, 2006/3 Vol. 77, p. 473-501 (DOI : 10.3917/ridp.773.0473).
- Peter Grabosky, “*Requirements of Prosecution Services to Deal with Cyber Crime*”, 47 *Crime Law Soc Change* 201 (2007).
- Project on Cybercrime - Final Report (September 2006-February 2009), Prepared by the Economic Crime Division of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs.
- R. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları – Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukukî Boyutlarıyla*, İstanbul, 1997.
- R.E. Bell, “*The Prosecution of Computer Crime*”, 9 *Journal of Financial Crime* 308 (2002).
- Raluca Simion, “*Cybercrime and its challenges between reality and fiction. Where do we actually stand?*”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. III- N. 3, Vol. IV, N. 1- Settembre 2009-Aprile 2010.
- Ray August, “*International Cyber-Jurisdiction: A Comparative Analysis*”, 39 *American Business Law Journal* 531 (2002).
- Rebecca M.M. Wallace & Olga Martin-Ortega. *International Law* (6th ed., Cornwall: Sweet & Maxwell, 2009).
- Richard W. Downing, “*Shoring Up the Weakest Link: What Lawmakers Around the World Need to Consider in Developing Comprehensive Laws to Combat Cybercrime*”, 43 *Colum. J. Transnat’l L.* 705 (2004-2005).
- Roderic Broadhurst, “*Developments in the global law enforcement of cyber-crime*”, 29 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* (2006).
- Secretariat of the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Recent developments in the use of science and technology by offenders and by competent authorities in fighting crime, including the case of cybercrime*, Working Paper submitted to the Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (22 Ocak 2010).
- Serap Keskin, “*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001.
- Soumyo D. Moitra, “*Developing Policies for Cybercrime*”, 13 *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.* 435 (2005).
- Susan W. Brenner, “*Cybercrime Jurisdiction*”, 46 *Crime Law Soc Change* 189 (2006).
- Susan W. Brenner, “*Toward a Criminal Law for Cyberspace: A New Model of Law Enforcement?*”, 30 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 1 (2004).
- Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, İstanbul, 2008.

- The Stockholm Programme—An open and secure Europe serving and protecting the citizens. Presidency Conclusions—Brussels, 10–11 December 2009, Council of the European Union, Brussels 3 March 2010, doc 5731/10.
- Tonya L. Putnam & David D. Elliott, “International Responses to Cyber Crime”, in Abraham Sofaer and Seymour Goodman (eds.), *Transnational Dimension of Cyber Crime and Terrorism*, 2001.
- Veli Özer Özbek, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2002.
- Yee Fen Lim, *Cyberspace Law, Commentaries and Materials*, Oxford University Press, 2002.
- Yener Ünver, “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısı’nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001.
- Yılmaz Yazıcıoğlu, *TCK 2000 Tasarısında Bilişim Şebekeleri Vasıtasıyla İşlenen Suçlar*, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, DEÜ Yayını, İzmir, 2002.
- Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I*, Ankara, 2012.



# TÜRK HUKUKUNDA NEFRET SUÇLARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME ÇALIŞMALARI

*(Legislative Efforts Regarding to the Hate Crimes in  
Turkish Law in the Light of the Hate Crimes  
Legislations in Comparative Law)*

Hasan SINAR\*

## ÖZET

Bir suçun nefret saiki ile işlenmesi çok eski bir geçmişe sahip olmasına karşın; bu durumun nefret suçu olarak tanımlanması ve nefret suçunun bir kavram olarak ceza kanunlarına girmesi ise oldukça yeni bir durumdur. Karşılaştırmalı hukukta yaklaşık yarım asır önce ortaya çıkmış olan nefret suçu kavramının bugün dünyanın pek çok gelişmiş hukuk sisteminde spesifik olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu açıdan dünyadaki genel eğilim, bir suçun nefret saiki ile işlenmesini, ceza kanunlarında cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlemektir. İnsan hakları alanında çalışan ulusal üstü örgütler de, üyesi bulunan ülkeleri bu konuda spesifik bir düzenleme ihdas etmek yönünde teşvik etmekte ve bu yönde tavsiye kararları almaktadır. Türk hukukunda ise henüz nefret suçlarına ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta ve bu durum Türk ceza hukuku sisteminin eksik bir yönü olarak kabul edilmektedir. Bu eksikliğin ortadan kaldırılması amacıyla başlatılmış olan sivil toplum inisiyatifinin çalışmalarının ürünü olarak bir “Nefret Suçları Yasa Tasarısı” hazırlanmıştır. Bu çalışmada, önce karşılaştırmalı hukukta nefret suçları alanında bugüne kadar yürürlüğe konulan başlıca bazı yasal düzenleme çalışmaları incelenecek ve bu çalışmaların ışığında Türk hukukundaki nefret suçları yasa tasarısı ayrıntılı olarak irdelenecektir. Çalışmanın sonunda ayrıca nefret suçlarıyla mücadelede geleceğe ilişkin öneri ve değerlendirmelere yer verilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Nefret suçu, Nefret saiki, Cezayı ağırlaştıran nitelikli hal, Karşılaştırmalı hukuk, Türk Ceza Kanunu.

## *Abstract*

Although the commitment of an offence with a bias/hate motive is pretty old; it is ratherly new to define this act as an hate crime and to legislate it in criminal codes. The concept of hate crime which arised almost a half century ago

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

in comparative law, is now spesifically designed in many contemporary, developed legal systems. Thus, it is the general tendency to legislate the bias motive as an aggravating circumstance. Moreover, human rights related supranational organisations are also promoting and recommending their member states to make a spesific legislation on hate crime. However, there is still no legislation applied in Turkish law so far and the lack of such a legislation is considered as a missing point in turkish criminal law system. As a result of the work to fill this gap, a "Draft of Hate Crimes Act" is prepared by Turkish NGO initiatives. In this study, first some of the basic legal instruments of hat ecrime in comparative law will be observed and in the light of this observation, The Draft on Hate Crimes in turkish Law will be examined in details. Lastly, some suggestions and evaluations related to the future projections on the fight against hate crimes will be delivered.

**Keywords:** Hate crime, Bias motive, Aggravating circumstance, Comparative law, Turkish Penal Code.

## Giriş

Nefret suçları, faili suç işlemeye yönelten bir saikin etkisi altında işlenmeleri ve bu saikin ise salt mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunması nedeniyle diğer tüm suçlardan ayrılan bir niteliğe sahiptir. Nefret suçlarında fail, mağduru belirli bir gruba ait bulunduğu için hedef seçmek suretiyle, esasında o grupta kendisini tanımlayan tüm bireyler yönünden barış ve esenlik için yaşama hakkının ihlali sonucunu yaratmaktadır. Bu nedenle, toplum barışının ve kamu düzeninin korunabilmesi için, genelde hukuk düzeni özelde ise ceza adaleti sistemi tarafından nefret saiki ile işlenen suçlara, bu suçların yol açtıkları zarar ile orantılı yaptırımları kararlılıkla uygulaması, toplumsal yaşamın barış ve esenlik içinde sürdürülebilmesi yönünden ertelenemez bir zorunluluktur.

Esasında nefret saikiyle suç işlenmesi belki de insanlık tarihi kadar eskiye dayanmasına karşın, nefret saikinin varlığının kamuoyu ölçeğinde kabul görmesi ve nefret suçlarının bir kavram olarak ceza kanunlarına girmesi nispeten yeni bir olgudur. Bu çerçevede, Türk hukukuna ilişkin sağlıklı tespit ve değerlendirmeler yapabilmek için, öncelikle karşılaştırmalı hukukta nefret suçu kavramının ortaya çıkmasına ve normatif olarak benimsenmesine ilişkin süreci gerek ulusal gerekse ulusal üstü düzeyde irdelemek yararlı olacaktır.

## *Amerika Birleşik Devletleri'nde Nefret Suçları Yasaları*

Karşılaştırmalı hukukta nefret suçlarına ilişkin ilk yasal düzenlemeler Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ortaya çıkmış olup, bu durum ABD'nin sosyo-kültürel yapısı ile açıklanabilir<sup>1</sup>. Gerçekten, göçmenler tarafından inşa edilen bir ülke

<sup>1</sup> Barbara Perry, "The more things change...post-9/11 trends in hate crime scholarship", ", in: **Hate Crime – Concepts, policy, future dimensions**, Edited by Neil Chakraborti, Willan publishing, 2010, s. 27.



olan ABD'nin tarihsel yolculuğu, eski ve yeni dalga göçmenler arasında ırk, dinsel inanç, etnik köken gibi farklı saiklerden kaynaklanan sürekli bir gerilimi işaret etmektedir<sup>2</sup>. Yine köleliğin kaldırılması sürecinde ve sonrasında özellikle siyahlara yönelik linç uygulamalarına kadar varabilen bir nefret ve şiddet ortamı sürekli olarak varlığını korumuştur<sup>3</sup>. Bu açıdan II. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan liberalleşme ortamı, aksi yönde yeni bir sürecin başlangıcı sayılabilir. 1960'lı yıllardan itibaren Martin Luther King'in öncülüğünde ortaya çıkan eşitlikçi siyah hareketi, yine 1960 ve 70'li yıllarda yükselen kadın hareketleri ve daha cılız da olsa sesini duyurmaya başlayan LGTB (Lezbiyen, Eşcinsel, Transeksüel ve Biseksüel) hareketleri, tabandan yukarıya doğru bir eşitlik/özgürlük talebini içermektedir<sup>4</sup>. Bu talebin esas unsurlarından birini ise, tüm bu dezavantajlı gruplara, salt grup aidiyetlerinden kaynaklanan şiddet eylemlerinin önlenmesi ve cezalandırılması için spesifik yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi talebi oluşturmaktadır.

Toplumsal tabandan yükselen bu talep ve baskının somut yansıması olarak, bilinen ilk nefret suçları yasası 1978 yılında Kaliforniya eyaletinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, Kaliforniya Section 190/2'de yapılan değişiklik ile insan öldürme suçunun "ırk, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken" şeklindeki dört ayrı nefret saiki ile işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal, diğer bir ifadeyle bir "ağırlaştırıcı sebep" olarak düzenlenmiştir<sup>5</sup>.

Bu noktada, bir parantez açarak belirtmek gerekir ki, bir suçun nefret saiki ile işlenmesi halinde bu durumu o suç için bir "ağırlaştırıcı sebep" olarak düzenlemek şeklindeki bu ilk uygulama, ilerleyen süreçte nefret suçlarına ilişkin gerek ABD'deki diğer eyaletlerde gerekse Avrupa kıtasında nefret suçlarına ilişkin olarak hayata geçirilen spesifik yasal düzenlemelerde en fazla başvurulan yöntemdir. Bu konudaki diğer bir yöntem ise, bir suçun nefret saiki ile işlenmesi halini, bir ağırlaştırıcı sebep olarak değil ancak ayrı, bağımsız bir suç şeklinde düzenlemektedir. Ancak, bu yöntem ABD'deki az sayıdaki bazı eyaletler ve Çek Cumhuriyeti (Çek Ceza Kanunu md. 196/4) dışında pek rağbet görmemiştir.

Kaliforniya eyaletinde 1978 yılında hayata geçirilen ilk nefret suçları yasasını, yine benzer içeriğe sahip olmak üzere 1981 yılında Washington ve Oregon eyaletlerindeki yasalar izlemiştir<sup>6</sup>. 1982 yılında Alaskada yürürlüğe giren nefret suçları

<sup>2</sup> Brian Levin, "The Long Arc of Justice: Race, Violence and The Emergence of Hate Crime Law", in: **Hate Crimes V:I**, Greenwood Publishing, 2009, s. 7-8.

<sup>3</sup> Brian Levin, "From Slavery to Hate Crime Laws: The Emergence of Race and Status-Based Protection in American Criminal Law", *Journal of Social Issues*, V: 58, 2002, s. 227 vd.

<sup>4</sup> Ryken Grattet-Valerie Jenness, "The Birth and Maturation of Hate Crime Policy in the United States" in: **Hate and Bias Crime: A Reader**, London: Routledge, s. 391 vd. Çevrimiçi versiyonu için ise bkz. <http://sociology.ucdavis.edu/people/ryken/pdf/grattet-jenness-abs-2001.pdf>

<sup>5</sup> Thomas Streissguth, **Hate Crimes-Revised Edition**, 2009, s. 253; John M. Scheb, **Criminal Law**, 6th Edition, 2012, s. 158.

<sup>6</sup> Michale Shevely, **Study of Literature and Legislation on Hate Crime in America**, Prepared for

yasası öncekilere ek olarak “toplumsal cinsiyet” saiki işlenen suçları da nefret suçları kapsamına dâhil etmiştir. Eyaletler düzeyindeki bu öncü yasaların ardından, diğer eyaletlerde de nefret suçları konusunda spesifik bir düzenleme yapma eğilimi hızla benimsenmiş olup, bugün için ABD’de 47 eyalette –içerdikleri saikler niceliksel olarak farklılık göstermekle birlikte – nefret suçlarını spesifik olarak düzenleyen yasal düzenlemeler hayata geçirilmiştir<sup>7</sup>.

ABD’de nefret suçlarını federal düzeyde ele alan ilk yasal düzenleme olan Hate Crimes Statistics Act (*Nefret Suçları İstatistikleri Yasası*) 1990 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>8</sup>. Bu Kanun temel özelliği, nefret suçlarının federal düzeyde izlenmesi, kayıt altına alınması, elde edilen verilerin istatistiksel olarak işlenmesi ve elde edilen istatistik sonuçlarının raporlanarak, bu raporların her yıl düzenli olarak yayınlanması konusunda kamusal bir yükümlülük getirmesidir. Bu çerçevede, Federal Soruşturma Bürosu (*FBI*) bünyesinde oluşturulan özel bir birim, yalnızca nefret suçları alanında çalışmakta ve nefret suçlarıyla mücadelede uygulanacak stratejilerin belirlenmesine yönelik olarak bu ayrıntılı izleme ve istatistiksel raporlama faaliyetini gerçekleştirmektedir<sup>9</sup>.

Federal düzeyde ortaya çıkan diğer bir yasal düzenleme olan 1994 tarihli Hate Crimes Sentencing Enhancement Act (*Nefret Suçlarında Cezaların Ağırlaştırılması Yasası*) ile ise, eyalet ceza yasaları tarafından artarak benimsenen, nefret saikini bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenleme eğilimini kurumsallaştırma amacıyla yürürlüğe konulmuştur<sup>10</sup>. Bununla birlikte, federal düzeyde uygulama alanı bulan bu yasa, uygulamada kendisinden beklenen sonuçları tam olarak sağlayabilmiş değildir<sup>11</sup>. Bu durumun temel nedeni, nefret saikiyle işlenen suçlara ilişkin açılan ceza davalarının çok büyük oranda eyalet yasaları çerçevesinde görülmesidir. Bu itibarla, salt federal düzeyde korunan haklara karşı işlenen suçları konu alan *Nefret Suçlarında Cezaların Ağırlaştırılması Yasası*’nın eyalet yasaları çerçevesinde görülen yerel davalarda uygulanması mümkün olmadığı için, bu yasa uygulamada kendisinden bekle-

Bernie Aucter National Institute of Justice, 31 March 2005, s. 2-3. Streissguth, **Hate Crimes-Revised Edition**, s. 269-373.

<sup>7</sup> **Hate Crimes –Imagine a world without hate**, Published by AntiDefamation League, 2012, s. 13. Çevrimiçi versiyonu için bkz. <http://www.adl.org/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf>. Ayrıca bkz. **Ulusal Basında Nefret Suçları 10 Yıl 10 Örnek**, Sosyal Değişim Derneği Yayını, Nisan 2010, s. 12-13.

<sup>8</sup> James J. Nolan III-Yoshio Akiyama-Samuel Berhanu, **The Hate Crime Statistics Act of 1990-Developing a Method for Measuring the Occurrence of Hate Violence**, *American Behavioral Scientist*, V: 46, No: 1, September 2002, s. 136.

<sup>9</sup> Nolan III-Akiyama-Berhanu, “**The Hate Crime Statistics Act of 1990-Developing a Method for Measuring the Occurrence of Hate Violence**”, s. 138 vd. FBI tarafından düzenli olarak yayınlanan yıllık nefret suçları istatistik raporları için ise bkz. <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/ucr-publications#Hate>

<sup>10</sup> Shevely, “**Study of Literature and Legislation on Hate Crime in America**”, s. 3.

<sup>11</sup> “**Hate Crimes –Imagine a world without hate**”, s. 13-14.

nen yararı sağlayamamıştır<sup>12</sup>. Bu durumun bir neticesi olarak özellikle dezavantajlı grupların haklarını savunan sivil toplum örgütleri tarafından, eyaletler eksenindeki yerel nefret suçu yasaları yönünden de doğrudan uygulanabilir hükümler içeren yeni bir nefret suçları yasası için ciddi girişimler başlatılmıştır. Ancak tüm bu girişimler, bu kez bu özelliklere sahip kapsamlı bir nefret suçları yasasını kendi ifade özgürlükleri için tehdit olarak gören diğer lobilerin ve özellikle aşırı sağ ve dindar (*Protestan hristiyan*) eğilimleri temsil eden sivil toplum örgütleri tarafından güçlü bir direnç ile karşılanmıştır. Bu konuda her iki eğilim arasındaki on yılı aşkın bir mücadelenin ardından 2007 yılında uygulamada daha ziyade “Matthew Shepard Yasası”<sup>13</sup> olarak bilinen Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act (*Nefret Suçlarını Önlemede Yerel Yasaların Güçlendirilmesi Yasası*) ABD Senatosu’nda kabul edilmiştir. Senato’da kabul edildikten sonra Başkan tarafından onaylanmak için yine uzun bir süre bekleyen Yasa, nihayet 28 Ekim 2009 tarihinde Başkan Barack Obama tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

Federal düzeyde bir yasa olan Matthew Shepard Yasası, nefret suçlarıyla mücadelede eyalet yasaları ile harmonizasyonu sağlamak üzere iki önemli kural hayata geçirmesi yönünden önem taşımaktadır. Buna göre, ilk olarak bu Yasa ile nefret suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için, bu suçların federal düzeyde korunan haklara karşı işlenme koşulu ortadan kaldırılmış ve böylece nefret suçlarının üzerine eyaletler ölçeğinde daha etkili ve geniş kapsamlı bir şekilde gidilebilmesinin önü açılmıştır<sup>14</sup>. İkinci olarak ise, bu Yasa, eyaletlerin nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerini ileriye yönelik olarak uyumlaştırmayı hedeflemektedir. Şöyle ki, bugün itibarıyla ABD genelinde nefret suçlarına ilişkin olarak 47 ayrı eyalette bir biçimde spesifik yasal düzenleme ihdas edilmiş olmakla birlikte, bu düzenlemeler üzere -hemen aşağıda değineceğimiz üzere- kapsadıkları nefret Saikleri anlamında kendi içlerinde ciddi farklılıklar göstermektedir. Matthew Shepard Yasası ise, eyaletler arasındaki bu farklılıkların ileride asgariye indirilmesi için federal düzeyde bir standart belirlemeyi esas almış ve daha önce federal düzeyde nefret saikleri olarak belirlenmiş olan “ırkçılık, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken” unsurlarının yanında, federal

<sup>12</sup> Troy A. Scotting, “Hate Crimes and The Need For Stronger Federal Legislation”, *34 Akron Law Review (2000-2001)*, s. 853 vd.

<sup>13</sup> Matthew Shepard, 1998 yılının ekim ayında Wyoming’de iki saldırgan tarafından salt eşcinsel düşmanlığı (homofobik) saikle öldürülen 21 yaşında eşcinsel bir gençtir. Saldırganlar William Shepard’ı dayak ve işkence ile öldürdükten sonra cesedini diğer eşcinsellere bir uyarı olarak bir çitin üzerine asmışlardır. William Shepard olayı yarattığı infial ile bireyleri cinsel yönelimleri nedeniyle hedef alan şiddet eylemlerinin birer nefret suçu sayılması yönündeki çabaları tetiklemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bett Loffreda, “Losing Matt Shepard-Life and Politics in the Aftermath of Anti-Gay Murder”, Columbia University Press, 2000. Ayrıca bkz. Nathan Hall, *Hate Crime*, Willan Publishing, London, 2005, s. 16.

<sup>14</sup> Frederick M. Lawrence, “The Evolving Federal Role in Bias Crime Law Enforcement and the Hate Crimes Prevention Act of 2007”, *Stanford Law & Policy Review*, Vol: 19:2, 2008, s. 276-277.

düzye ilk kez olmak üzere “toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim ve engellilik” unsurlarını da nefret saikleri kapsamında düzenlemiştir<sup>15</sup>.

Federal düzeydeki bu gelişmeye karşın, nefret saiki olarak tanımlanan unsurların kapsamı konusunda eyaletler düzeyindeki farklılıklar varlığını korumaktadır. Şöyle ki, halihazırda 47 ayrı eyalette nefret suçları yasaları düzenlenmiş olmakla, birer nefret saiki olarak bu eyaletlerin tümünde belirlenmiş olan ortak unsurlar yalnızca “ırkçılık, dinsel inanç ve etnik köken”den ibaret bulunmaktadır. Bunların dışında kalan unsurları ele aldığımızda ise, nefret suçlarına ilişkin eyalet yasal düzenlemelerinde “engellilik” 32 eyalette, “toplumsal cinsiyet” 28 eyalette, “yaş” 13 eyalette, “cinsel yönelim” 11 eyalette, “siyasal aidiyet” ise 5 eyalette birer nefret saiki olarak kendilerine yer bulmaktadır<sup>16</sup>. Ancak, 2009’da federal Matthew Shepard Yasası’nın onaylanması ile, öngörülebilir bir gelecekte birçok eyaletteki yasal düzenlemede nefret Saiklerinin kapsamının -federal düzenleme ile uyumlu olarak- genişletilmesi noktasında yerel yasa koyucuları cesaretlendirildiğinin altını çizmek gerekir.

### ***Birleşik Krallık’ta Nefret Suçları Yasaları***

Birleşik Krallık’ın, -ABD ile birlikte- Anglo-Sakson hukuk kültürünü üreten ve ihraç eden diğer temel kaynak ülke olması nedeniyle, bu iki ülkenin hukuk düzenlerinin sürekli bir etkileşim içerisinde olması olağan bir durumdur. Bununla birlikte, nefret suçlarının kavramının tanımlanması/kabul görmesi ve nefret suçlarını konu alan spesifik bir yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesi noktasında, Birleşik Krallık hukuk düzeninin ABD’deki gelişmelere eş zamanlı olarak ayak uydurabildiğini söylemek güçtür<sup>17</sup>. Gerçekten, ABD’de nefret suçları alanında ilk gelişmelerin kökenleri 1960 ve 70’li yıllardaki sivil haklar hareketlerine kadar uzanmakta iken; nefret suçları kavramının Birleşik Krallık’ta gerek akademik çevreler gerekse sivil toplum hareketleri tarafından yaygın olarak kullanılması ancak 1990’lı yıllardan itibaren gerçekleşmiştir<sup>18</sup>.

Bu noktada, nefret suçlarının yasallaşması konusunda Birleşik Krallık hukuku ile –en azından 2009’da yürürlüğe giren Matthew Shepard Yasası özelinde- ABD hukuku arasındaki trajik benzerlik ise, her iki ülkede de nefret suçları yasalarının, dezavantajlı grup üyelerinin nefret saiki ile hunharca öldürüldüğü sembol vakıalara tepki olarak gelişmesidir.

<sup>15</sup> Lawrence, “**The Evolving Federal Role in Bias Crime Law Enforcement and the Hate Crimes Prevention Act of 2007**”, s. 261-266.

<sup>16</sup> **Ulusal Basında Nefret Suçları 10 Yıl 10 Örnek**, s. 14.

<sup>17</sup> Hall, “**Hate Crime**”, s. 18.

<sup>18</sup> **Jon Garland**, “The victimisation of goths and the boundaries of hate crime”, in: **Hate Crime – Concepts, policy, future dimensions**, Edited by Neil Chakraborti, Willan publishing, 2010, s. 41-42.

Birleşik Krallık'ta nefret suçlarının kamuoyu gündemine yerleşmesine ve ilk nefret yasasının çıkartılmasına yol açan temel motivasyon, 1993 yılında işlenen ve kamuoyunda büyük infial yaratan Stephen Lawrence cinayetidir<sup>19</sup>. Bir grup beyaz genç tarafından salt ırkçı Saiklerle işlenen bu cinayetin esas infial yaratan yönü, cinayetin sonrasında kolluk görevlilerinin/soruşturma ve kovuşturma organlarının cinayeti çözmek yerine, aksine adeta failleri korumak ve işlenen suçu örtbas etmek üzerine kurulu bir soruşturma faaliyeti yürütmeleridir<sup>20</sup>. Kamusal organların bu gönülsüz ve tarafı tutumunun ortaya çıkması kamuoyunda büyük tepki toplamış ve 1998 yılında Adalet Bakanlığı tarafından bu konuyu araştırmak üzere “kamu soruşturması” (*public inquiry*) açılmış ve Sir William MacPherson bu soruşturmayı yürüten komisyonun başkanlığına atanmıştır. Komisyon çalışmalarının neticesinde ulaştığı sonuçları 1999 yılında kapsamlı bir rapor (*MacPherson Raporu*) şeklinde yayınlamıştır<sup>21</sup>. Macpherson Raporunda, somut vakiada Metropolitan Polisi ve diğer soruşturma organlarının tutumları açıkça “kurumsal ırkçılık” olarak nitelenmiş ve genelde Birleşik Krallık'ta ırkçılıkla mücadele, özelde ise soruşturma organlarına işlemiş olan ırkçı zihniyetin ortadan kaldırılması amacına yönelik olarak 70 maddelik bir tavsiye metni hazırlanmıştır<sup>22</sup>.

Birleşik Krallık hükümeti kamuoyunda oluşan tepkileri dindirmek üzere bir yandan bu kamu soruşturmasını açarken; diğer yandan ırkçılıkla mücadelede daha kurumsal bir adım atmış ve Birleşik Krallık'taki ilk nefret suçları yasası olma özelliği taşıyan “Suç ve Düzensizlik Yasası”<sup>23</sup> (*Crime and Disorder Act*) yürürlüğe girmiştir. Bu Yasanın 28-32. Paragraflarında düzenlendiği şekilde, yaralama, bedensel zarar

<sup>19</sup> Nicole Asquith, “Verbal and textual hostility in context”, “, in: **Hate Crime – Concepts, policy, future dimensions**, Edited by Neil Chakraborti, Willan publishing, 2010, s. 105.

<sup>20</sup> Stephen Lawrence cinayetinin ardından şüpheli beyaz gençlerin kimlikleri tespit edilmiş olmasına karşın, bu kişiler olaydan haftalar sonra gözaltına alınmışlardır. Soruşturmayı yürüten Kraliyet Soruşturma Bürosu, toplanan delillerin şüpheliler hakkında bir suç isnadında bulunmak için yetersiz olduğuna karar vermiş ve haklarındaki tüm suçlamalar düşen şüpheliler olaydan yaklaşık 3 ay sonra serbest kalmışlardır. Olaydan 1 yıl kadar sonra mağdurun ailesi tarafından bir şahsi dava açılması yoluna gidilmişse de bu yoldan da sonuç alınamamış ve tüm bu gelişmeler ciddi tepki ile karşılanmıştır. Yıllar boyunca çözülmemiş bir dava (*cold case*) olarak kalan bu cinayete ilişkin olarak, 2006 yılında yeniden araştırma faaliyetine girilmiş ve mikroskobik kan lekeleri ve saç örnekleri üzerinden DNA analizini mümkün kılan yeni adli tıp teknolojisi kullanılarak, suçun failleri kesin bir biçimde ortaya çıkartılmıştır. Bu gelişmeler çerçevesinde, Stephen Lawrence cinayetini işlediği tespit edilen Gary Dobson ve David Norris 2012 yılında mahkûm edilmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hall**, “Hate Crime”, s. 169-171.

Ayrıca bkz. <http://www.guardian.co.uk/uk/2012/jan/03/stephen-lawrence-verdict-guilty-murder?newsfeed=true>.

<sup>21</sup> Macpherson Raporu'nun tam metni için bkz. <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm42/4262/4262.htm>. Raporun özeti için ise bkz. <http://www.guardian.co.uk/uk/1999/feb/24/lawrence.ukcrime12>

<sup>22</sup> **Race: the MacPherson Report, BBC News, Monday, 7 May, 2001**, [http://news.bbc.co.uk/news/vote2001/hi/english/main\\_issues/sections/facts/newsid\\_1190000/1190971.stm](http://news.bbc.co.uk/news/vote2001/hi/english/main_issues/sections/facts/newsid_1190000/1190971.stm)

<sup>23</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents>

verme, taciz, tehdit gibi suçların mağdurun ırkına duyulan bir nefret/önyargı saikiyle işlenmiş olması halinde, faile uygulanacak olan cezanın her bir suçun niteliği ile orantılı olarak belirlenen miktarlarda ağırlaştırılması esası belirlenmiştir<sup>24</sup>.

Bu ilk nefret suçları yasasının ardından 2001 yılında yürürlüğe giren “Anti-terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası”na (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*) eklenen bir hüküm (Paragraf 30) ile ise nefret suçlarının kapsamı genişletilmiş ve bir şiddet suçunun ırkçılık saikinin yanı sıra, dinsel inanç saikiyle işlenmiş olması da cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir<sup>25</sup>.

Birleşik Krallık'ta, nefret suçlarının kapsamını genişleten diğer bir yasal düzenleme ise, ülkenin ceza adaleti sisteminde gerek maddi hukuka gerek usul hukukuna ve gerekse infaz hukukuna ilişkin önemli bazı değişiklikler getiren 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasası (*Criminal Justice Act*)<sup>26</sup> kapsamında hayata geçirilmiştir. Buna göre, Yasa'nın 145. Maddesinde ırkçılık ve dinsel inanç saikleri ile işlenen suçlarda cezanın ağırlaştırılması esas bir kez daha vurgulanmış ve ayrıca 146. Madde ile ise, nefret suçunun cinsel yönelim ve (fiziksel veya ruhsal) engellilikten kaynaklanması halinde, yine failin cezasının ağırlaştırılması esası benimsenmiştir<sup>27</sup>. Adalet Bakanlığı, 2011 yılında nefret saikiyle gerçekleştirilen öldürme suçlarına ilişkin spesifik bir düzenleme öngörmüş ve bu düzenlemede, nefret saikiyle işlenen öldürme fiillerine uygulanacak cezanın alt sınırının 30 yıla yükseltilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>28</sup>.

Birleşik Krallık'ta nefret suçlarıyla mücadelede ceza adaleti sistemi ekseninde yapılan bu düzenlemelere karşın, bu ülkede ABD'de olduğu gibi nefret suçlarının önlenmesi ve mağdurların korunmasına yönelik bütünlüklü bir kurumsal izleme ve denetleme mekanizmasının varlığından söz edebilmek pek de mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, Birleşik Krallık'ta -ABD'de FBI örneğinde görüldüğü gibi- bir kamusal organa nefret suçlarıyla mücadelede çok boyutlu çalışmalar yapmak üzere somut yükümlülükler yüklenmemiş olup; bu konudaki mücadele dünyadaki diğer pek çok ülkeyle paralel olarak sivil inisiyatifler aracılığıyla yürütülmektedir. Bununla birlikte, suç istatistikleri üzerine faaliyet gösteren bir kamu kuruluşu olan *British Crime Survey* tarafından, nefret suçlarıyla ilgili olarak, özellikle bu suçlarla mücadelede sivil kuruluşlara ve araştırmacılara veri oluşturabilecek nitelikte kapsamlı istatistiksel

<sup>24</sup> Marian Duggan, “Homophobic hat ecrime in Northern Ireland”, “, in: **Hate Crime – Concepts, policy, future dimensions**, Edited by Neil Chakraborti, Willan publishing, 2010, s. 82.

<sup>25</sup> Hannah Mason-Bish, “Future challenges for hate crime policy: lessons from the past”, in: **Hate Crime – Concepts, policy, future dimensions**, Edited by Neil Chakraborti, Willan publishing, 2010, s. 59.

<sup>26</sup> Ceza Adaleti Yasası (*Criminal Justice Act*) ile getirilen düzenlemeler ve eleştirisi için bkz. Julen A. Carreño Aguado, “*Crime and Punishment in the UK – The Criminal Justice Act, 2003 reduces deterrence within the UK criminal justice system*”, **Revista para el Análisis Del Derecho**, Barcelona, 2007, [http://www.indret.com/pdf/401\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/401_en.pdf).

<sup>27</sup> Hannah Mason-Bish, “**Future challenges for hate crime policy: lessons from the past**”, s. 59.

<sup>28</sup> Ministry of Justice, **Hate crime laws extended**, 8 December, 2011, <http://www.justice.gov.uk/news/press-releases/moj/newsrelease081211>.

çalışmaların yayınlandığı görülmektedir<sup>29</sup>. Bu kapsamda ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından 2012 yılı sonbaharında İngiltere ve Galler’de polis tarafından tutulan nefret suçları istatistik kayıtları ilk kez olarak kamuoyuna açıklanmış bulunmaktadır. Bu kayıtlara göre, 2011/2012 aralığında polis tarafından 43.748 nefret suçu vakıası kayıtlara geçirilmiş olup; bu vakıalar sırasıyla, 35816 ırkçılık (%82), 4242 cinsel yönelim (%10), 1744 engellilik (%4) ve 1621 dinsel inanç (%4) saikiyle işlenen fiillerden oluşmaktadır<sup>30</sup>. Ancak bu istatistiksel verilere ihtiyatla yaklaşmak gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü biraz daha eski tarihli kaynaklara baktığımızda örneğin 2001 yılında ABD’nde kayıtlara geçen nefret suçu vakıalarının sayısı 9726 iken, aynı yıl İngiltere ve Galler’de kayıtlara geçen nefret suçu vakıalarının sayısı 54351’dir<sup>31</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu kayıtlara göre ülke nüfusu olarak bakıldığında ABD’nin beşte biri kadar olan İngiltere ve Galler’de, ABD’den on iki kat daha fazla nefret suçu işlenmektedir. Elbette ki, bu durum Birleşik Krallığın ABD’den çok daha ırkçı bir yer olduğu şeklinde açıklanamaz. Kanımızca bu aradaki farklılık, nefret suçun kavramının tanımlanması ve bu tanıma çerçevesinde uygulamanın şekillenmesi noktasındaki yaklaşım farklılığından kaynaklanmaktadır. ABD’de bir suçun nefret suçu olarak tanımlanmasında soruşturma organları çok daha seçici davranarak, o suçun işlenmesindeki önyargının rolünü ve önyargı ile suç arasındaki nedenselliği özel olarak araştırmaktadır<sup>32</sup>. Eğer bu aradaki bağ yeterince güçlü değilse, işlenen suç nefret suçu olarak kaydedilmemektedir. Buna karşın Birleşik Krallık’ta ise vakıanın kendisinden çok mağdurun bu suça ilişkin algısından yola çıkılmakta ve mağdurların kendisini nefret suçu mağduru olarak değerlendirdikleri her vakıa nefret suçu olarak kaydedilmektedir<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> **Hate crime, cyber security, And the experience of crime among children: Findings from the 2010/2011 British Crime Survey – Supplementary Volume 3 to Crime in England and Wales 2010/2011**, <http://www.homeoffice.gov.uk/publications/science-research-statistics/research-statistics/crime-research/hosb0612/hosb0612?view=Binary>

<sup>30</sup> <http://www.homeoffice.gov.uk/crime/hate-crime/>

<sup>31</sup> Hall, **Hate Crime**, s. 18.

<sup>32</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. N.R.J. Hall, “*Policing hate crime in London and New York City: policy, practice, and experience*”, Unpublished PhD Thesis, Institute of Criminal Justice Studies, University of Portsmouth, 2004.

<sup>33</sup> Salt mağdurda oluşan algıdan yola çıkarak nefret suçunun tanımlanmasına ilişkin bu aşırı bakış açısı, nefret suçlarına ilişkin olarak 1998 Crime and Disorder Act ile getirilen “dar yasal tanım” ile dengelenmek istemiştir. Gerçekten, işlenen fiilin bir nefret suçu iddiası ile başlayan bir ceza soruşturmasının başarıya ulaşabilmesi için, işlenen fiilin soruşturma ve kovuşturma sürecinde bu fiilin özelliklerine ilişkin bir karara varabilmek üzere belirli değerlendirmelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan, işlenen bir ailede suç ile nefret suçu arasındaki fark, ceza muhakemesi sürecinde nefret suçuna ilişkin Kanun’daki tanımı da içerir şekilde yasal gerekliliklerin varlığının araştırılması suretiyle açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu açıdan, bu suçla ilgili olarak cezanın ağırlaşması için nefret saikinin/önyargının varlığının ispatlanması zorunlu ise de, kolluk tarafından tutulan ilk istatistiklerde böyle bir ispat koşulu bulunmamakta ve bu durum, kollukta kayıtlara geçen nefret suçu vakıası iddialarının hayli kabarık sayılara ulaşmasına yol açmaktadır. Hall, **Hate Crime**, s. 19.

### **Avrupa Kıtasındaki Özellikle Bölgesel Ulusalüstü Örgütlerin Çalışmaları**

Nefret suçları kavramı, hukuk literatürüne göreceli olarak yeni tarihlerde girmiş bir kavram olmasına karşın, özellikle insan hakları, eşitlik/ayırıcılık yasağı ve hukukun üstünlüğü gibi temel evrensel hukukî değerleri benimsemiş demokratik toplumlarda hemen bir karşılık bulmuş ve bu suçlara ilişkin bir yasal düzenleme refleksi geliştirilmiştir. Öyle ki, nefret suçları alanındaki ilk yasal düzenlemeden bu yana henüz yarım asır dahi geçmemiş olmasına karşın, sözgelimi Avrupa ve Güvenlik Teşkilatı (AGİT) üyesi 56 ülkeden 48 tanesi, kendi ulusal mevzuatlarında nefret suçlarını konu alan spesifik yasal düzenlemeleri hayata geçirmişlerdir. Bu düzenlemelerin çok büyük bölümü ise, bir suçun nefret saikiyle işlenmesi halinin ceza yasalarında cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Kuşkusuz, özellikle Avrupa kıtası ölçeğinde böylesi bir hızlı refleksin oluşmasında, tüm taraf ülkeleri birbirine bağlayan ve yakınlaştıran ulusal üstü örgütlerin nefret suçlarıyla mücadele konusuna eğilmelerinin özel bir önemi vardır. Gerçekten, bugün Avrupa kıtasında nefret suçlarıyla mücadelede giderek artan bir farkındalık ve duyarlılık yaratılabildiyse, bu durum büyük ölçüde AGİT, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi ulusal üstü örgütlerin bu alandaki çalışmalarıyla mümkün olabilmıştır. Bu itibarla, anılan ulusal üstü örgütlerin nefret suçlarıyla mücadelede izlemiş oldukları yol haritasının kısaca ortaya konulmasının, Türkiye'de bir nefret suçları yasasını hayata geçirme çalışmaları açısından da yol gösterici olacağı muhakkaktır.

### **Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) Çalışmaları**

AGİT 1975 yılından bu yana Avrupa kıtasında soğuk savaşla gelen bölünmüşlüğü ortadan kaldırılması, Avrupa kıtasında güvenlik ve istikrarın korunması amacıyla faaliyet göstermekte olan bir teşkilattir. Bu anlamda, AGİT'in temel hedeflerinden birisi de, evrensel hukuk kaideleri ve özellikle insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine inşa edilmiş ortak bir değerler birliğinin kurulması ve yaşatılmasıdır. Bu açıdan, bu değerleri hayata geçirmek açısından her türlü hoşgörüsüzlüğün ve ayırıcılığın engellenmesi AGİT'in temel uğraşlarından birini oluşturmaktadır.

Nefret suçları kavramı AGİT'in gündemine ilk olarak 2003 yılının Aralık ayında Maastricht'te yapılan Bakanlar Konseyi toplantısında girmiş ve bu toplantıda AGİT üyesi tüm ülkeler nefret suçlarının yarattığı tehlikeleri kabul ederek, bu suçlarla mücadele için gerekli adımların atılması konusunda görüş birliği içerisinde olduklarını beyan etmişlerdir<sup>34</sup>. Bu durumun bir ifadesi olarak, taraf devletler, kendi ulusal mevzuatlarında, ayırıcılık yasağının ihlalini ve nefret suçlarını cezalandıran uygun hükümler ihdas etmeyi veya mevcut hükümleri güçlendirmeyi taahhüt

<sup>34</sup> OSCE Ministerial Council Decision No. 4/03, Maastricht, 2 December 2003.



etmişlerdir<sup>35</sup>. Bu konuda AGİT'e bağlı Demokratik kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu (*Office for Democratic Institutions and Human Rights-ODIHR*) taraf devletlere nefret suçları konusunda ulusal yasal düzenlemelerin geliştirmesi, uyarlanması ve uygulanması konusunda rehberlik çalışmaları yapmaktadır<sup>36</sup>.

AGİT'in taraf devletlere nefret suçları konusunda yaptığı rehberlik çalışmalarından birisini de, 2009 yılında taraf devletler için bir "Nefret Suçları Pratik Rehberi" hazırlanmasıdır<sup>37</sup>. Nefret suçlarıyla mücadele konusunda kendi içinde farklılıklar gösteren çok sayıda uluslar arası ve bölgesel enstrümanın bulunmasından hareketle, bu Pratik Rehber ile kendi ulusal mevzuatını gözden geçirmek veya eklemeler yapmak isteyen taraf devletlere basit, açık ve anlaşılır bir metin sağlanmaktadır. Bu metinde, iyi örneklerin altı çizilmekte, ortaya çıkabilen riskler tanımlanmakta, ancak tek tip bir dayatmacılıktan kaçınılarak her taraf devletin kendi, sosyal koşulları ve ulusal hukuk kültürünü göz önüne alarak, uygun yasal düzenleme rejimini seçmesi önerilmektedir<sup>38</sup>.

AGİT'in taraf devletlerde, nefret suçlarına ilişkin yasal düzenlemelerin teşvik edilmesine ve koordinasyonuna ilişkin bu çalışmaları sayesinde bugün için AGİT üyesi 57 ülkenin 48'i ulusal mevzuatlarında "nefret suçu" kavramını özel olarak tanımlamış bulunmaktadır. Yine, AGİT nefret suçlarının önlenmesine ilişkin rehber çalışmalarında, nefret saiki ile işlenen suçların ceza mevzuatlarında bir "cezaı ağırlaştırıcı nitelikli hal" olarak düzenlenmesi çağrısında bulunmakta ve AGİT'in bu tavsiyesi ulusal mevzuatlarında nefret suçuna ilişkin spesifik bir düzenleme getiren üye ülkelerde genellikle kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, AGİT'in nefret suçlarının önlenmesi konusundaki toplumsal işlevi yalnızca üye ülkelerde ulusal düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile sınırlı

<sup>35</sup> **Ministerial Council Decision No. 12/04, "Tolerance and Non-Discrimination"**, Sofia, 7 December 2004.

<sup>36</sup> **Ulusal Basında Nefret Suçları - 10 yıl 10 Örnek**, s. 14.

<sup>37</sup> AGİT nefret suçlarına ilişkin spesifik bir yasal düzenlemenin yararlarını şu şekilde sıralamaktadır:  
- Yasal düzenlemeler, mağdurlar, failer ve toplumun geri kalanına nefret suçlarının ciddiye alındığına ilişkin sembolik bir mesaj vermektedir.

- Yasal düzenlemelerin hazırlanması ve yürürlüğe girmesi süreci, nefret suçları meselesinin ilgili ülkedeki kamuoyu tarafından yüksek sesle konuşulmasını sağlamakta ve bu şekilde nefret suçlarına ilişkin farkındalığın artırılmasına katkı sağlamaktadır.

- Yasal düzenlemeler, yasa hükümlerinin uygulanmasından sorumlu olan kamu otoritelerinin nefret suçlarını ciddiye almaya ilişkin motivasyonlarını arttırmakta ve bu soruna odaklanmalarını sağlamaktadır.

- Yasal düzenlemeler, nefret suçu mağdurlarının, yasa hükümlerinin gerektiği gibi uygulanıp uygulanmadığını denetlemelerine ve uygulanmadığı takdirde, karşılaştıkları bu olumsuzluklar hakkında yetkili makamları bilgilendirebilmelerini sağlamaktadır.

Yasal düzenlemeler sayesinde, nefret suçlarıyla mücadele anlamında, bu suçlarla ilgili çok daha sağlıklı bir şekilde veri toplanabilmektedir. OSCE/OIDHR, "**Preventing and responding to hate crimes - A resource guide for NGOs in the OSCE region**", 2009.

<sup>38</sup> OSCE-OIDHR, **Hate Crimes - A Practical Guide**, 2009, s. 12.

değildir. Nefret suçları olgusuyla mücadelede esas sorunun, bu olgunun arka planındaki kültürel, toplumsal, bölgesel koşulların ortadan kaldırılması olduğundan hareketle, AGİT tüm üye ülkelerde başta STK'lar ve Adalet, İçişleri ve İstatistik Kurumu gibi kamusal organlar olmak üzere çeşitli kaynaklardan çok yönlü veri/bilgi akışını sağlamaya odaklanmaktadır. Çünkü bu veri/bilgi akışı sayesinde, nefret suçlarıyla mücadelede kalıcı bir bilinç oluşturabilmek yönünden hayati öneme haiz olan, nefret suçlarının düzenli olarak izlenmesi ve raporlanması faaliyeti gerçekleştirilmektedir<sup>39</sup>. Bu düzenli raporlar, hem üye ülkelerde sivil toplumun nefret suçlarına ilişkin hassasiyetinin arttırılmasına hem de hükümetlerin bu suçlara karşı verdikleri tepkilerin uluslar arası kamuoyu nezdinde denetlenebilmesine hizmet etmektedir. Böylece AGİT, düzenli izleme ve raporlama faaliyetiyle, üye ülkelerde hem sivil toplumun hem polis ve yargı düzeni başta olmak üzere kamusal organların katılımıyla gerçekleştirilecek bir ortak mücadele programının koordinasyonunun sağlanmasında da proaktif bir sorumluluk üstlenmektedir.

### **Avrupa Birliği'nin Çalışmaları**

Başlangıçta da bir ekonomik işbirliği örgütü olarak kurulmuş olan Avrupa Birliği'nin, insan hakları ve çoğulcu demokratik rejimin geliştirilmesi çalışmalarında Avrupa Konseyi'nin gölgesinde kalmış olması bir realite olup; bu durum nefret suçlarıyla mücadele çalışmaları için de geçerlidir.

Bununla birlikte Avrupa Birliği'nin nefret suçlarının önlenmesi için hiçbir çalışma içerisinde bulunmadığını söylemek doğru olmaz. Bu konuda, Avrupa Birliği bünyesinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla çeşitli alanlarda çalışmalar yapan Temel Haklar Ajansı (*European Union Agency for Fundamental Rights*) kurulmuştur<sup>40</sup>. Temel Haklar Ajansı'nın çalışma alanlarından birisini ise, Avrupa Birliği sınırları içerisinde ırkçılık ve diğer hoşgörüsüzlük Saikleriyle işlenen suçlara ilişkin düzenli veri toplanması ve paylaşımında bulunulması oluşturmaktadır.

Ajansın çalışmaları arasında, ırkçılık ve diğer hoşgörüsüzlüklerle mücadele birimine özel bir ağırlık vermesinin temel nedeni, Birlik üyesi ülkelerin yasal mevzuatlarında bu konuda çok sayıda ulusal düzenlemeye yer verilmiş olmasına karşın, özellikle etnik ve dinsel azınlıklara yönelik ırkçı, ayrımcı, sözlü veya fiziksel şiddet ve dışlama fiillerinin halen sürmekte olmasıdır<sup>41</sup>. Bu açıdan, siyaset yapıcılarının bu gibi fiillerle mücadele edilebilmesi için uluslar arası mevzuatının ve AB mevzuatının

<sup>39</sup> **Matilde Fruncillo**, "Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Nefret Suçları", **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları – Konuşma Metinleri**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2010, 118-120.

<sup>40</sup> <http://fra.europa.eu/en>

<sup>41</sup> Jan Van Dijk-Robert Manchin-John Van Kesteren-Sami Nevala-Gergely Hideg, "The Burden of Crime in the EU", **Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey**, EU-ICS 2005, s. 52-53. Çevrimiçi versiyonu için bkz. [http://www.marchesicure.it/documenti/EUICS\\_full\\_report.doc](http://www.marchesicure.it/documenti/EUICS_full_report.doc)

yanında, tabandan gelen bir bilgilendirme çalışmasının desteğine de ihtiyaçları bulunmaktadır. Ajansın bu konudaki araştırmaları ise, AB içerisinde ırkçılık ve diğer hoşgörüsüzlüklere ilişkin delillerin ortaya konulması ve etnik/dinsel azınlıklara karşı eşitsiz muamelelerin ve sosyal yaşamda ortaya çıkan diğer ayırımçı davranışların açığa çıkartılması yönünden, tüm taraf devletler için sağlam ve güvenilir verilerin toplanabilmesini sağlamaktadır<sup>42</sup>.

Avrupa Birliği'nin nefret suçlarıyla mücadelede yasal mevzuat desteği olarak tanımlanabilecek bir girişimi ise, 2007 yılında yayınlanan "İrkçılığa ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Çerçeve Karar"dır. Bu çerçeve kararda ilk olarak, AB üyesi ülkelerde ırkçı ve yabancı düşmanı davranışları ve ayrıca bu nitelikteki söylemleri konu alan yasal düzenlemeler arasındaki farklılığa dikkat çekilmektedir. Bu kapsamda, Çerçeve kararda öncelikli olarak, bu konularda Birlik içinde ortak/yeknesak bir ceza hukuku bakış açısı yaratabilmek ve bu fiillerin tüm üye ülkelerde aynı şekilde cezalandırılmasını sağlayabilmek amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, tüm birlik üyesi ülkelere iç hukukta düzenleme yapma yükümlülüğü getiren bu Çerçeve karar ile her üye ülkenin ceza mevzuatında ırkçı ve yabancı düşmanı Saiklerle işlenen suçları cezayı ağırlaştırıcı bir nitelik hal olarak düzenleme yapması zorunlu kılınmıştır<sup>43</sup>.

### Avrupa Konseyi'nin Çalışmaları

Avrupa Konseyi, ulusal üstü örgütler içerisinde, hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik toplum düzeninin inşası ve insan haklarının geliştirilmesi noktasındaki öncü rolü yadsınamaz bir realitedir. Bu durumda, Nefret suçları olgusunun zaman içerisinde Avrupa kıtasının en güncel ve yakıcı bir gerçeği haline dönüşmüş olması karşısında, Konseyin bu duruma tepkisiz kalması da mümkün değildir. Nitekim, nefret suçlarının temel itici motivasyonları olan ırkçılık ve yabancı düşmanlığıyla mücadele amacıyla Konsey bünyesinde "İrkçilik ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu-ECRI" (*European Commission Against Racism and Intolerance*) oluşturulmuştur. ECRI, 1999 yılından bu yana ırkçılık ve ayırıcılığa karşı ortak politika standartlarını belirleyen çok sayıda "Genel Politika Tavsiyeleri"ne imza atmıştır<sup>44</sup>. Bunlar içerisinde, 2007 yılında yayınlanan 7 No.lu Genel Politika Tavsiyesi, Konsey üyesi 47 ülkenin tümünde, ırkçılık ve ırk ayırıcılığına karşı mücadele amacıyla, bir suçun ırkçı Saiklerle işlenmesi halinin cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak ulusal ceza mevzuatlarına işlenmesini esas almıştır<sup>45</sup>.

Avrupa Konseyi'nin nefret suçlarıyla mücadele noktasında uluslar arası söz-

<sup>42</sup> <http://fra.europa.eu/en/theme/racism-related-intolerances>

<sup>43</sup> OSCE-OIDHR, **Hate Crimes - A Practical Guide**, 2009, s. 27.

<sup>44</sup> Bu Genel Politika Tavsiyeleri'nin tümü için bkz. <http://legislationline.org/topics/organisation/4/topic/4>

<sup>45</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation\\_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf) Özellikle bkz. Bölüm IV, md. 21.

leşme düzeyinde ortaya çıkan bir diğer çalışması ise, 2011 yılında Budapeşte'de imzaya açılan ve 2004 yılında yeterli sayıda üye ülkenin imza ve onayına ulaşılarak yürürlüğe girmiş olan Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'ne getirilen Ek Protokol düzenlemesidir. "Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Gerçekleştirilen İrkçi ve Yabancı Düşmanı Fiillerin Cezalandırılmasına İlişkin ek Protokol"ün özellikle "ulusal düzeyde alınması gereken önlemler" başlıklı 2. Bölümünde, taraf devletlere ırkçı ve yabancı düşmanı içeriğin bilişim sistemleri ile yayılmasını veya başkaca bir biçimde hazır bulundurulmasını (Md. 3) suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Ek Protokolde ayrıca ırkçı ve yabancı düşmanı Saiklerle işlenen tehdit (md.4), hakaret (md. 5) ve soykırım ve insanlığa karşı suçları inkar, onaylama veya mazur gösterme fiillerinin bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesinin suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>46</sup>.

Avrupa Konseyi bünyesinde ulusal üstü mevzuat bağlamında ortaya çıkan bu çalışmalarının ötesinde, nefret suçlarıyla mücadelede kanımızca en etkin ve dönüştürücü karaktere haiz olan enstrüman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuyla ilgili içtihatlarıdır. AİHM, konuyla ilgili olarak ortaya çıkan içtihatlarında, ilk olarak, taraf devletlerin işlenen bir suçun olası ırkçı motivasyonlarla işlenip işlenmediğinin etkin bir biçimde soruşturulması noktasında pozitif bir yükümlülüğü olduğunun altını çizmektedir<sup>47</sup>. Bu çerçevede, devlet otoriteleri işlenen bir suçla ilişkin olarak, kuşkusuz mağdurun ırkından veya etnik kökeninden bağımsız biçimde etkin bir soruşturma yürüteceklerdir. Ancak bunun yanında, özellikle bu suçun kamu görevlileri tarafından işlenen bir şiddet suçu olması durumunda, suçun arkasındaki ırkçı saiki ortaya çıkarmak için gerekli tüm adımları atma konusunda ilave bir yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir taraf devlete bağlı kamusal otoritenin, bu konudaki yükümlülüğü ihlal etmesi ise, AİHS'in 14. maddesinde ifadesini bulan "Ayrımcılık Yasağı"nın ihlali anlamını taşır<sup>48</sup>.

AİHM içtihatlarında nefret suçlarıyla mücadele amacıyla ulusal mevzuatlarda spesifik bir yasal düzenleme yapılması gerekliliği açıkça belirtilmemiş ise de; Mahkeme taraf devletlerin ceza adaleti sistemleri içerisinde nefret suçlarını, toplum düzeni için yol açtıkları zarar ile orantılı bir yaptırım ile karşılamaları gerektiğini vurgulamaktadır<sup>49</sup>. Bu çerçevede AİHM, nefret suçları kapsamında ortaya çıkan şiddet eylemlerinde, taraf devletlerin, iddia olunan ırkçı saikin varlığını açığa çıkartmak için gerekli tüm adımları atması şeklindeki ek yükümlülüğün yanında, etnik bir nefret veya önyargının bu suçun işlenmesinde bir rolü olup olmadığının kesin olarak açıklığa kavuşturulması gerekliliğini de ortaya koymaktadır<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>

<sup>47</sup> Nachova v. Bulgaristan, Başvuru No: 43577/98 ve 43579/98, Para. 124.

<sup>48</sup> Nachova v. Bulgaristan, Başvuru No: 43577/98 ve 43579/98, Para. 126-130.

<sup>49</sup> OSCE-OIDHR, **Hate Crimes - A Practical Guide**, 2009, s. 27.

<sup>50</sup> Secic v. Hırvatistan, Başvuru No: 400116/02, Para. 66-67.

Mahkemenin ırkçı Saiklerin ötesinde, mağdurların ruhsal engellilik<sup>51</sup> veya eş-cinsel kimlikten kaynaklanan cinsel yönelim<sup>52</sup> nedeniyle fiziksel ve sözel şiddete maruz kaldıkları yönündeki iddiaları değerlendiren yakın tarihli içtihatlarında da yine, bir suçun nefret saiki ile işlendiği yönündeki iddiaların en öncelikli şekilde araştırılmasını bir yükümlülük olarak öngörmektedir. Ancak kanımızca, AİHM'in insan haklarının geliştirilmesi ve kurumsallaştırılması noktasında geçmişten bugüne uzanan dönüştürücü işlevi göz önüne alındığında, AİHM nefret saikiyle işlenen suçlara ilişkin olarak potansiyeline oranla halen yeterince cesur olmayan, çekimser bir tavır sergilemektedir. Nitekim, bu durum hemen yukarıda değindiğimiz içtihatlardan, cinsel yönelim ile fiziksel/sözel şiddete maruz kalmaya ilişkin *Vejdeland* kararına karşı oy yazan Yargıç Kudkivska'nın karşı oy yazısında da ifade edilmiş ve Mahkeme, - somut olayda eşcinsellere yönelen- nefret söylemine ilişkin "kurumsal bir bakış açısını yerleştirme" fırsatını kaçırdığı için eleştirilmiştir<sup>53</sup>. Gerçekten, AİHM'in yukarıda değinilen içtihatları göz önüne alındığında Mahkeme'nin dönüştürücü geleneği de göz önüne alınarak kendisinden beklenen, taraf devletlerde nefret saiki ile işlenen suçlara ilişkin olarak, bu saikin varlığını cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak benimseyen spesifik bir düzenlemenin gerekliliğine vurgu yapan bir yorumda bulunmasıdır. Ayrıca, nefret saiki kavramının kapsamı içerisinde yer alması gereken (ırk, etnik köken, dinsel inanç, cinsel yönelim, sağlık, yaş, engellilik gibi) unsurlara ilişkin olarak, AİHM içtihatlarına yansıyabilecek olan geliştirmeci bir yorumun, bu konuda emsal teşkil edebileceği ve özellikle Avrupa kıtasındaki düzenlemeleri yeknesak hale getiren bir işlev üstlenebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

## **Türk Hukukundaki Gelişmeler**

### **a. Genel Görünüm**

Türkiye halen üyesi bulunduğu AGİT ve Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin genel çoğunluğunun aksine, ulusal ceza hukuku mevzuatında nefret suçlarına ilişkin spesifik bir düzenleme yer almayan çok az sayıda ülkeden biridir. Bu durum sadece AGİT ve Avrupa Konseyi tarafından değil, ancak aynı zamanda Türkiye'nin tam üyesi olmak için müzakere sürecinde bulunduğu Avrupa Birliği tarafından da eleştirilene uğramaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu tarafından her yıl düzenli olarak yayınlanan ilerleme raporlarının sonuncusu olarak Ekim ayında yayınlanan "Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu"nda bu durum, Raporun "İnsan hakları ve Azınlıkların Korunması" başlıklı 2.2. faslında şu şekilde vurgulanmıştır: Türkiye'de, "ırkçılık, yabancı düşmanlığı, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlük ile mücadele etmek

<sup>51</sup> *Dordević v. Hırvatistan*, Başvuru No: 41526/10.

<sup>52</sup> *Vejdeland v. İsveç*, Başvuru No: 1813/07.

<sup>53</sup> *Concurring Opinion of Judge Yudkivska Joined by Judge Villiger*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046>

üzere herhangi bir mekanizma veya belirli bir yapı oluşturulamamıştır. Ayrımcılık konularına ilişkin yasal bir çerçeve veya mevzuat bulunmamakta; anayasadaki ayrımcılık yasağı ilkesine ilişkin atıflar çoğu kez Mahkemeler tarafından kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaktadır. Medya tarafından yapılanlar da dâhil olmak üzere, nefretin tahrik edilmesi etkin bir şekilde kovuşturulamamaktadır: **Türkiye Avrupa Konseyi'nin tavsiyesine uygun olarak, nefret söylemi ve nefret suçlarına ilişkin mevzuatın düzenlenmesi yönünde ilerleme kaydetmemiştir**<sup>54</sup>. Yine aynı İlerleme Raporu'nun, Yargı ve Temel Haklar başlıklı 4.23 Faslında ise şu ifadelere yer verilmiştir: “Yürürlükteki mevzuatın kapsamlı bir şekilde revize edilmesi ve ırkçılık, yabancı düşmanlığı, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlük ile mücadele edecek koruyucu mekanizmaların veya spesifik kurumların oluşturulması gerekmektedir. **Nefret Söylemleri ve nefret suçlarıyla mücadeleye ilişkin spesifik bir mevzuata ihtiyaç vardır**<sup>55</sup>”.

### **b. Sivil Toplum İnsiyatifleri ve Nefret Suçları Yasası Taslağı Çalışmaları**

Türk ceza hukuku mevzuatında AB İlerleme Raporları'na kadar yansıyan bu normatif eksikliğin giderilebilmesi için ilk somut adım olarak Sosyal Değişim Derneği'nin öncülüğünde, bir Nefret Suçları Yasa Kampanyası<sup>56</sup> düzenlenmiş ve bu Kampanya çerçevesinde, bu konuda bir Taslak çalışması hazırlamak üzere hukukçulardan oluşan bir çalışma grubu oluşturulmuş ve bu çalışma grubu karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenleme örneklerini göz önüne alarak bir çalışma hazırlıklarına girişmiştir<sup>57</sup>. Ayrıca, nefret suçlarının Türk ceza hukuku mevzuatı içerisinde spesifik bir düzenlemeye kavuşturulması amacıyla, Hukuk Çalışma Grubuyla paralel olarak, -2010 yılından itibaren hazırlık çalışmaları yapılan<sup>58</sup>-ve çok sayıda sivil toplum örgütünün işbirliği içerisinde oluşturduğu bir sivil toplum insiyatifi olan “Nefret Suçları Yasa Kampanyası Platformu” hayata geçirilmiştir. Platform, Yasa Taslağı Çalışmalarının yanı sıra, Nefret suçlarına ilişkin olarak kamuoyu nezdinde bir farkındalık ve duyarlılık yaratılması, nefret suçlarının görünür kılınması, bu suçların

<sup>54</sup> Avrupa Birliği Komisyonu Türkiye 2012 yılı İlerleme Raporu, s. 31.

<sup>55</sup> Avrupa Birliği Komisyonu Türkiye 2012 yılı İlerleme Raporu, s. 74.

<sup>56</sup> <http://www.sosyaldegisim.org/kampanyalar/kampanyalar/nefret-suclari-kampanyasi/>

<sup>57</sup> Hukuk Çalışma Grubu (HÇG)HÇG, ilk toplantısını Sosyal Değişim Derneği'nin çağrısıyla, 25 Haziran 2011 tarihinde gerçekleştirmiştir. 5-7 Temmuz 2011 tarihleri arasında Sosyal Değişim Derneği'nin düzenlediği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı-Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'nden (AGİT-ODIHR) uzmanların da katılımıyla, hukukçulara yönelik üç günlük bir nefret suçları semineri düzenlenmiş ve ardından, 1 Ekim 2011 tarihinde, İstanbul'da yine SDD'nin düzenlediği “**Nefret Suçları Yasası için Strateji Arayışı Semineri**” gerçekleştirilmiştir. Bu seminerde, hazırlanması planlanan yasa taslağına ilişkin ayrıntılar ele alınmış ve yurtdışından gelen uzmanlar tarafından dikkat edilmesi gereken noktalar aktarılmıştır. <http://www.sosyaldegisim.org/kampanyalar/kampanyalar/nefret-suclari-kampanyasi/>

<sup>58</sup> Nefret Suçlarına ve Ayrımcılığa Karşı Platform Geliyor, 21 Mart 2010, <http://www.bianet.org/bianet/bianet/120803-nefret-suclarina-ve-ayrimciliga-karsi-platform-geliyor>

özellikle medya temelinde sürekli olarak izlenmesi ve düzenli olarak raporlanması gibi faaliyetleri hayata geçirmeyi amaçlamıştır.

Nefret suçlarına ilişkin ilk taslak metni 15 Şubat 2012 tarihinde hazırlayan Hukuk Çalışma Grubu, Taslak üzerinde çalışmalarını 2012 yılının Ekim ayı başına kadar sürdürmüş ve hazırlanan nihai Taslak metin, Platform tarafından 3 Ekim 2012 tarihinde Ankara'da Adalet Bakanlığı, Kanunlar Dairesine sunulmuştur. Nefret Suçları Yasa Taslağı yine Platform tarafından 5 Kasım 2012 tarihinde İstanbul'da düzenlenen bir basın toplantısıyla da basına ve kamuoyuna tanıtılmıştır<sup>59</sup>.

Nefret Suçlarına Karşı Yasa Platformu tarafından hazırlanan bu Taslak metne ilişkin olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasi partiler ile görüşmeler gerçekleştirilmiş ve bu görüşmeler ile yaratılan olumlu izlenimlerin bir neticesi olarak, Platform tarafından hazırlanan Yasa Taslağı metni, 3 Aralık 2012 tarihinde "Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun teklifi" başlığı altında Bursa Milletvekili Doç. Dr. Aykan Erdemir'in imzasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulmuştur<sup>60</sup>.

### **c. Nefret Suçları Yasa Tasarısının Genel Özellikleri**

Sivil toplum insiyatifiyle hazırlanan ve TBMM Başkanlığı'na sunulan nefret suçları yasa tasarısı, esasında Hukuk Çalışma Grubu'nda ilk etapta özellikle yöntem bazında farklı görüşlerin doğmasına yol açmıştır. Gerçekten bu noktada maddi ceza hukuku normlarında değişiklik yapılması ile yetinilmeyerek -topyekun bir anlayışla- ceza usulüne ve infaza ilişkin kurallarda da, sözgelimi nefret suçu mağdurlarına istem aranmaksızın vekil tayini veya nefret suçlarında denetimli serbestlik ve koşullu salıverme sürelerinin ağırlaştırılması gibi tedbirlerin uygulanması önerisi gündeme gelmiştir. Bunun yanı sıra, karşılaştırmalı hukukta nefret suçları yasalarını incelerken değindiğimiz üzere, sözgelimi ABD gibi bazı ülkelerde nefret suçlarıyla mücadele noktasında yine salt normatif düzenlemeler ihdas edilmesi ile yetinilmeyerek kamusal otoriteye (FBI) nefret suçlarını izleme ve istatistiksel veri çalışması yapma yükümlülüğü de getirildiği ifade edilerek; hazırlanacak olan nefret suçları

<sup>59</sup> <http://www.sosyaldegisim.org/kampanyalar/kampanyalar/nefret-suclari-kampanyasi/>

<sup>60</sup> <http://web.tbmm.gov.tr/gelekkagitlar/metinler/160714.pdf>. Ayrıca bkz. <http://nefretme.net/page/nefret-suclariyasa-taslagi>. Belirtelim ki, sivil toplum insiyatifiyle uzman hukukçular tarafından uzun vadeye yayılmış bir çalışmanın ürünü olarak ortaya konulan Nefret Suçları Yasa Tasarısı, bu özellikleri ile tarafımızdan bağımsız bir incelemeye konu edilmiş olmak ile birlikte; nefret suçları konusunda TBMM'ye kanun teklifi olarak sunulmuş bir başka Tasarı daha mevcut bulunmaktadır. İstanbul Milletvekili Sebahat Tuncel tarafından 01.11.2012 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuş olan bu kanun teklifine (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0950.pdf>) ilişkin olarak salt bu çabanın gösterilmiş olması bile özellikle kamuoyunda nefret suçları konusunda farkındalık ve duyarlılık artırma noktasında çok özel ve önemli olsa da; bu kanun teklifinin gerek genel gerekçesi gerekse madde içerikleri ve gerekçeleri itibarıyla, sivil toplum insiyatifiyle hazırlanan diğer metnin çok gerisinde kaldığını ifade etmek gerekmektedir.

yasa tasarısında kamusal otoriteye veri izleme, işleme, belgelendirme ve raporlama yükümlülüğü getiren böyle bir düzenlemenin ihdas edilmesi önerisi de ortaya konulmuştur.

Ancak hazırlanan ilk Taslak metinden sonra, maddi ceza hukuku normlarına ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nda yapılması istenilen değişikliklerin yanında, ayrıca ceza usulüne ve infaza ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da da değişiklikler yapılmasının gerekliliği açıklıkla ortaya çıkmıştır. Bunun yanında, nefret suçlarına ilişkin bir veri izleme mekanizmasının da ancak bu konuya özgülenmiş yeni bir yasama faaliyetini zorunlu kıldığı belirlenmiştir. Tüm bu tespitlerin ışığında, hazırlanması amaçlanan nefret suçları yasa tasarısının bu denli çok boyutlu/katmanlı ve geniş kapsamlı bir içeriğe sahip olması durumunda, bu tasarının özellikle TBMM sürecinde siyasetçilere ve kamuoyuna sağlıklı bir biçimde izah edilebilmesinde zorluk yaşanabileceği ve bu durumun tasarının yasallaşması sürecini olumsuz etkileyebileceği noktasında mutabakat sağlanmıştır. Bu nedenle, Hukuk Çalışma Grubu, çalışmalarını ilk etapta yalnızca maddi ceza hukuku normları üzerine yoğunlaştırmayı tercih etmiş ve ceza usulüne ve infaz hukukuna ilişkin tedbirler ile veri izleme mekanizmasına ilişkin yasal düzenleme çalışmalarını gündeminden çıkartmıştır.

Bu çerçevede, Hukuk Çalışma Grubu'nun çalışmasının esasını yalnızca maddi ceza hukuku normları oluşturmuş ve bu kapsamda Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) genel hükümleri içerisinde "nefret saiki" teriminin tanımlanması ve Kanun'un özel hükümler kısmında ise -özellikle belirli şiddet suçlarının- nefret saiki ile işlenmesinin, cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi şeklinde bir yöntem izlenmiştir. Çalışmanın salt TCK ekseninde bir değişiklik getirmeyi öngörmesi nedeniyle ismi de -Türk yasa yapma tekniğinde artık gelenekselleşmiş emsalleriyle paralel olarak- "Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" şeklinde belirlenmiştir.

Nefret suçlarına ilişkin sivil toplum inisiyatifiyle hazırlanan bu yasa tasarısı çalışmasının, TBMM nezdinde "kanun teklifi"ne dönüşmüş nihai halini gerek genel gerekçesi gerekse içeriği ve madde gerekçeleri yönünden kısaca incelenecektir:

#### **d. Nefret Suçları Yasa Tasarısı'nın Genel Gerekçesinin İrdelenmesi**

Nefret suçları Yasa Tasarısı'nın genel gerekçesinde ilk olarak nefret suçları tanımlanarak, bu suçların neden spesifik bir düzenlemeye konu olması gerektiği, Türk hukukundaki anayasal ve yasal kaynakları ile açıklanmak istenmiştir. Buna göre, nefret suçlarındaki mağdur veya mağdurlar sahip oldukları temel ve değiştirilemez nitelikteki ırk, etnik kimlik, milliyet, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, yaş, fiziksel ya da zihinsel engellilik gibi belirli özellikleri nedeniyle işlenen suçun hedefi olmaktadır. Nefret suçu sadece mağduru değil onun kendisi birlikte



tanımladığı grubu da derin bir biçimde etkileyen sonuçlar doğurur, mağdurun ve ait olduğu grubun topluma kabul edilmedikleri mesajını yollayarak katılım hakkını engeller. Nefret suçlarının bireysel mağdurunun yanı sıra çok daha geniş bir hedef kitlesinin olması bu suçların toplum üzerindeki etkisini derinleştirir. Bu suçlar toplum üyeleri arasında olması gereken eşitlik idealini zedeler. Anayasanın 10. maddesi herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde TCK'nın 3. maddesi de adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesini koruma altına almaktadır<sup>61</sup>.

Genel gerekçede ayrıca, nefret suçlarının ceza kanunlarında düzenlenmesi gerekliliğinin bir diğer nedeni olarak, bu suçların mağdura veya mağdurun ait olduğu grubu duyulan önyargı nedeniyle ortaya çıkan bu suçların toplumsal düzenin sürdürülmesi açısından yarattığı tehdide dikkat çekilmektedir. Bu çerçevede, mağdur kişi veya gruplara karşı, o kişi ve grupların (ırk, etnik köken, din, cinsel kimlik gibi) karakteristik özellikleri nedeniyle duyulan kin ve öfke duygusu şeklindeki subjektif bir saikle suç işlenmesi durumunun, aynı suçun basit şartlar altında işlenmesinden farklı olduğunu belirtilmiştir. Bir kişinin belli özellikleri nedeniyle failde oluşan suç kastı, sıradan suç kastından daha yoğun bir kusurluluğa işaret etmektedir. Nefret suçlarında mağdurla aynı özelliklere sahip toplumsal grup da korkutulur ve gözdağı verilir. Hedeflenen grubun diğer üyeleri sadece gelecekteki diğer saldırılar riskini değil sanki saldırının mağduru kendileriymiş gibi hissederler. Eğer hedef alınan grup tarihsel olarak ayrımcılığın mağduruysa bu etkiler katlanır. Suçun manevi unsurundaki bu yoğunluk ve çarpan etkisi ceza politikası gereği ele alınmalıdır. Bu nedenle hukuk sistemimizde nefret saikinin ve nefret suçunun ayrıca tanımlanılarak daha ağır yaptırımla karşılanması gerekmiştir.

Genel gerekçede, bu açıklamaların ardından, nefret suçlarına ilişkin olarak dünyadaki yasal düzenleme rejimine atıfta bulunulmuş ve çalışmanın ilk bölümünde ayrıntılı olarak değindiğimiz Avrupa Birliği'ndeki durum ile Avrupa Konseyi bünyesinde çalışmalarına ve bu bağlamda AİHM'in nefret suçlarıyla ilintili içtihatlarına değinilmiştir<sup>62</sup>.

### **e. Nefret Suçları Yasa Tasarısı'nın Madde İçerikleri ve Gerekçelerinin İrdelenmesi**

Nefret Suçları Yasa Tasarısı'nın öncelikli amacı bir suçun nefret saiki ile işlenmiş olması halinde, bu durumun cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmesi ve nefret suçu failinin, suçun basit haline nazaran daha ağır bir cezai yaptırımla karşılaşmasıdır. Ancak bu amaca ulaşılabilmesi için ilk önce, hâlihazırda

<sup>61</sup> Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, s. 1.

<sup>62</sup> Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, s. 2.

TCK'nda yer almayan “nefret saiki” kavramının kanunun genel hükümleri içerisinde açıkça tanımlanması ve sonrasında ise, kanunun özel hükümlerinde yer alan –özellikle belirli şiddet suçlarında nefret saikinin, cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmesidir.

Bu amaçla, ilk olarak Tasarının 1. maddesi ile, TCK'nın “Tanımlar” başlıklı 6/1. Maddesine şu şekilde bir hüküm (k bendi) eklenmesi öngörülmüştür.

TCK md. 6/1-k: **Nefret saiki** deyiminden; herhangi bir kişi veya grubun ya da o kişi veya grupla bağlantılı bir kişi veya grubun, kişi veya grubun ait olduğu ırk, milliyet, etnik köken, renk, dini inanç veya inançsızlık, siyasi görüş, dil, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, fiziksel ve zihinsel engellilik, sağlık durumu veya yaş nedenleriyle bu kanunda belirtilen suçlardan birine hedef olması anlaşılır.

Ceza hukukunda saik, suçun işlenmesine neden olan gerekçe olarak nitelenebilen, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir duygu/düşünce bütünüdür<sup>63</sup>. Kural olarak saik, suçun oluşumu için aranan bir unsur değildir. Ancak kanun koyucu benimsediği suç ve ceza politikası çerçevesinde, bazı hallerde suçun oluşması için yalnızca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesini yeterli saymaz ve ancak, aynı zamanda suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle, motivasyonla hareket etmesini arar<sup>64</sup>. Saik, bazen suçun temel şeklinin gerçekleşmesi için aranan bir unsur iken; bazı hallerde ise saik, suçun nitelikli şeklinin gerçekleşmesi için aranan bir unsur olarak düzenlenir<sup>65</sup>. İşte, Tasarıda tanımlanan nefret saiki de, ceza kanununda hâlihazırda düzenlenmiş olan belirli suçların cezasının arttırılabilmesi için aranan bir unsur olarak düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, nefret suçunu diğer suçlardan ayıran en temel özellik önyargılı bir motivasyonla birlikte suçun işlenmiş olmasıdır. Suçun faili, mağduru temsil ettiği veya temsil ettiği sanılan temel ve vazgeçilmez özelliğinden dolayı hedef olarak seçmiştir. Suçun maddi konusu, bir veya birden fazla kişi veya belli özellikleri paylaşan bir grupla özdeşleşmiş bir mülkiyet olabilir. Kişi ya da grup, maddede sayılan kimi özellikleri nedeniyle hedef seçilmektedir. Bizatihi maddede anılan özelliklere sahip olmasa da, bu özelliklere sahip kişi ya da grupla bir biçimde bağlantılı kişi ya da gruplar da hedef alınabilir. Bu kişi ya da grupların savunuluculuk görevini üstlenen avukatı, o kişi ya da gruplara sağlık hizmeti veren doktor ya da başkaca bir biçimde bağlantılı kimseler, maddede belirtilen kimliklere sahip olmasalar da suçun mağduru olabilirler<sup>66</sup>.

Maddede belirtilen kimlikler konusuna ise özel olarak değinmek gerekmekte-

<sup>63</sup> Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 391.

<sup>64</sup> M. Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 386.

<sup>65</sup> Centel-Zafer-Çakmut, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, s. 391-392.

<sup>66</sup> Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, s. 3.

dir. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde değindiğimiz üzere, nefret suçlarında önyargıyı yaratan motivasyon mağdurun temsil ettiği bir özellik olmak ile birlikte, nefret suçlarına ilişkin yasal düzenlemelerde hangi özelliklerin bu kapsama girdiği konusunda yeknesak bir tutum söz konusu değildir. Esasında ırk, etnik köken, dinsel inanç gibi en temel kavramlar konusunda bir mutabakatın varlığından söz edilebilir; gerçekten sözgelimi ABD’de nefret suçlarını spesifik olarak düzenleyen 47 eyaletin tümünde bu kavramlar birer nefret saiki olarak kabul görmüştür. Bu ilk halkanın dışında, AGİT, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi gibi ulusal üstü örgütlerin kararlarıyla tanımlanmış bulunan renk, din dil, cinsiyet ve yaş kavramlarının da yine büyük ölçüde birer nefret saiki olarak tanınan ikinci halkayı oluşturduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, nefret saikini tanımlayan madde metni sadece bu iki grupta yer alan özellikleri/unsurları kapsamakla yetinmemekte ve -belki de karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemeler içerisinde en iddialı metinlerden biri olarak- dünyada çok az yasal düzenlemede kendilerine yer verilen cinsel yönelim, cinsiyet kimliği gibi kavramları da nefret saiki olarak tanımlamaktadır. Gerçekten madde gerekçesinde de, bu iki kavramın Türk hukukuna ilk kez bu Tasarı ile dâhil olduğu belirtilmiş ve her iki kavramın tanımları aralarındaki farklılıklar açıklanmıştır. Buna göre, cinsel yönelim kavramı cinsiyet kimliği kavramıyla bazen eş anlamlı kullanılsa da, iki kavram birbirinden farklı öğeler içerir. Cinsiyet kimliği, kişinin cinselliğini algılaması ve bu algının toplum tarafından sunulan modellerle olan karmaşık ilişkisi, cinsel yönelim ise sadece kişinin cinsel istekleri, bağlılıkları ve düşleri anlamında kullanılabilir. Cinsiyet kimliği, bireyin cinsel ve diğer ilgili davranışsal eğilimleri, vücut görüntüsü ve bunların toplumsal yansımalarının birlikte algılanması ile ilgili ve eşey kimliğinden daha geniş kapsamlı olan bir kavramdır. Eşey kimliği kavramı yalnızca bireyin kendini dişi veya erkek olarak algılaması ile kısıtlıdır ve bu yönüyle cinsel yönelimden ayrılır. Bu durumda, homoseksüellik ya da biseksüellik cinsel yönelime, travesti ya da transeksüellik ise cinsiyet kimliği kavramına işaret eder<sup>67</sup>. Aralarındaki farklılıklar bu şekilde açıklanabilen bu iki kavramın birer nefret saiki olarak tanımlanmış olması, kanımızca belki de Tasarı’yla ilgili en fazla çekince yaratan ve Tasarı’nın yasalaşmasını da bu nedenle ciddi anlamda güçleştirebilecek bir durum olarak gözetmektedir. Şöyle ki, nefret suçlarına ilişkin olarak yasal düzenleme anlamında ilk ve en cesur adımların atıldığı ABD’de dahi, nefret suçlarına ilişkin spesifik düzenleme getirmiş olan 47 eyaletten sadece 11 tanesinde cinsel yönelim bir nefret saiki olarak kabul edilmiş olup; cinsiyet kimliğini ise birlikte bir nefret saiki olarak benimseyen bir başka yasal düzenlemeye tarafımızdan ulaşılamamıştır. Şu halde nefret Saiklerinin belirlenmesi noktasında en liberal düzenlerde dahi yürürlüğe konulmamış ölçüde geniş kapsamlı bir yasal düzenleme rejimi, -yasalaşmaya ilişkin çekincelerimize rağmen-, Tasarı’nın bu alanda karşıla-

<sup>67</sup> Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, s. 3.

tırmalı hukuka dahi örnek teşkil edebilecek biçimde özgürlükçü ve öncü bir karakter taşıdığını ortaya koymaktadır.

Bunun yanında yine Tasarı'da, fiziksel veya zihinsel engellilik, sağlık durumu ve yaş şeklindeki unsurların birer nefret saiki olarak belirlenmesi, karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri ile paralel ve yerinde bir düzenlemedir. Bunlardan engellilik, fiziksel veya zihinsel bir rahatsızlık nedeniyle bazı hareketleri, duyuları veya işlevleri kısıtlanan bireyleri ifade etmektedir. Engeller doğuştan gelebilir veya sonradan geçirilen hastalıklar veya kazalar sonucu ortaya çıkabilir. Engelliler; vücudun duyuşsal, işlevsel, zihinsel veya ruhsal farklılıkları öne sürülerek; toplumsal veya yönetsel tutum ve tercihler sonucu, yaşamın birçok alanında kısıtlama ve engellerle karşılaşabilirler. Nitekim bu nedenlerle karşılaştırmalı hukukta da – sözelimi ABD'de 32 eyaletteki yasal düzenlemelerde – engellilik, bir nefret saiki olarak kabul edilmektedir. Benzer şekilde kişinin sağlık durumu, özellikle geçirmiş olduğu veya halen taşımakta olduğu bazı hastalıklar ile kişinin yaşı, kendisine karşı işlenen suçta önyargıyı yaratan bir motivasyon olarak ortaya çıkabilir ve bu nedenle birer nefret saiki düzenlenmişlerdir.

Tasarının bundan sonraki maddelerinde ise, TCK'nın "Özel Hükümler"e ilişkin ikinci kitabında yer alan –özellikle belirli şiddet suçlarında nefret saikinin, cezayı ağırlaştırılan bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Tasarının 2. maddesi ile TCK'nın "Kasten Öldürme" suçuna ilişkin "Nitelikli Haller" başlıklı 82. maddesine "k" bendi olarak, "*Nefret saikiyle*" ifadesinin eklenmesi öngörülmüştür. Bu şekilde bir kimsenin nefret saiki ile öldürülmesi, içerdiği saik nedeniyle cezayı ağırlaştırılan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren bir nitelikli hal olarak benimsenmiştir.

Tasarının 3. maddesi ile TCK'nın "Kasten Yaralama" suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 86/2. maddesine "f" bendi olarak, "*Nefret saikiyle*" ifadesinin eklenmesi öngörülmüştür. Kasten yaralama suçunun nefret saikiyle işlenmesi, gerek kamu düzeni gerekse suçun mağduru açısından suçun basit şekli ile kıyaslanamayacak ölçüde ağır bir zarar meydana getirmektedir. Madde gerekçesinde mağdurun eşcinsel veya Yahudi olduğu için bıçaklanması örneği verilerek, bu gibi fiillerde fail için mağdurun, nefret edilen grubun bir temsilcisi olduğu ve aslında failin hedef aldığı bu grubun tümü olduğuna işaret edilmektedir. Bu durumda, failin saiki ve işlenen fiilin sosyal dünyada yarattığı etki göz önüne alındığında, bu fiilin suçun basit şeklinden daha ağır bir biçimde cezalandırılması gerekmektedir.

Tasarının 4. maddesi ile TCK'nın "İşkence" suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 94/2. maddesine "c" bendi olarak "*veya Nefret saikiyle*" ifadesinin eklenmesi öngörülmüştür. Buna göre, uluslar arası hukukta hiçbir hal ve şart altında kabul edilemeyen ve yükümlülük azaltılması yoluna gidilemeyen bir suç ve olan işkence suçunun nefret saikiyle işlenmesi hali cezayı ağırlaştırılan bir nitelikli hal

olarak düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde, nefret saikiyle işkenceye örnek olarak bir kişiye sırf travesti olduğu için işkence yapılması veya sırf farklı bir din veya mezhebe mensubiyeti nedeniyle mağdurun hedef alınması verilmekte ve bu gibi hallerin işkencenin doğasında var olan, insan onuruna yönelik saldırının ciddi şekilde şiddetlendirdiği göz önüne alınarak bu saikin varlığı halinde cezanın ağırlaştırılacağı ifade edilmiştir.

Tasarının 5. maddesi ile TCK'nın "Eziyet" suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 96/2. maddesine "c" bendi olarak "nefret saikiyle" ifadesinin eklenmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda, esas itibarıyla işkence suçunun kamu görevlisi olmayan kimseler tarafından işlenmesine ilişkin bulunan "Eziyet" fiillerinin nefret saiki ile gerçekleştirilmesi hali, cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.

Tasarının 6. maddesi ile TCK'nın "Cinsel Saldırı" suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 102/3. maddesine "d" bendi olarak *Nefret saikiyle* ifadesinin eklenmesi ve mevcut "d" bendinin de "e" bendi olarak değiştirilmesi öngörülmektedir. Burada failin cinsel saldırıda bulunduğu mağduru önyargı geliştirdiği bir grup veya gruplar içerisinde özel olarak seçmesi ve mağdurun önyargı motivasyonuna sebebiyet veren karakteristik özelliği nedeniyle ona karşı cinsel saldırı fiilini işlemektedir. Diğer bir ifadeyle, failin yoğunlaşmış kastıyla sadece saldırıda bulunduğu mağduru değil ancak o mağdurun üyesi olduğu veya sanıldığı grubun tümünün hedef alınmasından söz etmek gerekir. Bu nitelikli halin, hem basit cinsel saldırı (md. 102/1) hem de nitelikli cinsel saldırı (md. 102/2) açısından uygulanabilir olduğu ise kuşku uzaktır.

Tasarının 7. maddesi ile TCK'nın "Çocukların Cinsel İstismarı" suçunun nitelikli halini düzenleyen 103/3. maddesinin şu şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir:

*"Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımları, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle **veya nefret saikiyle** gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."*

Burada yine, failin istismar ettiği çocuğu yine nefret saiki ile hedef olarak seçmesinin daha ağır bir şekilde cezalandırılması amaçlanmaktadır. Çünkü burada, o çocuğun hedef alınmasının nedeni yalnızca cinsel arzuların tatmini değil aynı zamanda çocuğun ait olduğu gruba yönelik olarak hissedilen kin ve nefret duygularının açığa vurulması isteğidir.

Tasarının 8. maddesi ile TCK'nın "Cinsel Taciz" suçunu düzenleyen 105. maddesine şu şekilde bir 3. Fıkra eklenmektedir:

“(3) Yukarıdaki fillerin nefret saikiyle mağdurun özel olarak hedef alınarak işlenmesi halinde birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen cezalar yarı oranında arttırılarak uygulanır”.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenen diğer suç tiplerinde olduğu gibi, cinsel taciz suçunun da yine nefret saiki ile işlenmesi durumunda failin cezasının arttırılması amacıyla, bu durum cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde bu duruma örnek olarak, failin sahibi olan işyerinde çalışan çok sayıda kadından birini ırkı nedeniyle hedef alması ve taciz etmesi hali verilmiş ve failin bu saikinin cezayı ağırlaştıracağı ifade edilmiştir.

Tasarının 9. maddesi ile TCK'nın “Tehdit” suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 106/2. maddesine “e” bendi olarak “Nefret saikiyle” ifadesinin eklenmesi öngörülmektedir. Madde gerekçesinde Türkiye’de nefret saikiyle tehdit olaylarına oldukça sık rastlandığı ve özellikle dini azınlıkların sıklıkla bu tür tehditlerin hedefi olduklarına işaret edilmiştir. Azınlıklar söz konusu olduğunda tehdidin saldırıdan önceki son işaret olduğuna dikkat çekilen madde gerekçesinde; başta ırkçılık olmak üzere her türlü ayırimcılık ile daha sağlıklı bir şekilde mücadele edebilmek için, bu gibi nefret saiki ile işlenen tehdit fiillerine, alealde tehdide göre daha ağır ceza verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Tasarı'nın 10. maddesi ile TCK'nın “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 109/3. maddesine “g” bendi olarak “nefret saikiyle” ifadesinin eklenmesi öngörülmektedir. Kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması genel kast ile işlenebilen bir suç tipi olmasına karşın<sup>68</sup>; failin bu fiili işlerken farklı Saiklerle hareket etmiş olması mümkündür. Bu çerçevede suçun nefret saiki ile işlenmiş olması durumunda, hem suça yönelen iradedeki yoğunlaşma hem de suçun mağdur üzerinde yaratacağı fazladan travma nedeniyle, suça verilen cezanın arttırılması zorunlu hale gelmektedir.

Tasarının 11. maddesi ile TCK'nın “İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme” başlıklı 115. maddesine şu şekilde bir 3. fıkranın eklenmesi öngörülmektedir:

“(3) Dini ibadet ve ayinleri engellenen grup **nefret saiki ile** seçilmişse, 1. Fıkrafta belirtilen ceza miktarı yarı oranında arttırılarak uygulanır”.

<sup>68</sup> Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 9. Bası, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2013. S. 406-407. Yargıtay içtihatlarına göre de, bu suçun manevi unsuru genel kasttır. “Özgürlüğü sınırlama suçunun manevi unsuru ise, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini ve bilmesini içeren genel kasttır. Yasanın metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere, suçun basit halinin oluşumu için özel kast (saik) aranmaz”. YCGK, 23.01.2007, E: 2006/8-275 K: 2007/9.

Maddenin gerekçesine göre, failin belli bir dini grubu nefret saiki ile engellemesi, alelade ibadeti engelleme suçunu aşan, onun ötesine geçen bir anlam ve önem taşımaktadır. Örneğin, Türkiye’de bulunan bir Amerikan askerinin Müslümanlara duyduğu kin nedeniyle bir camiyi basarak ibadeti engellemesi veya antisemitist bir kişinin Yahudilere duyduğu kin ve öfke nedeniyle sinagoga girerek ibadeti engellemesi, içindeki saik göz ardı edilerek cezalandırılmaz. Bu gibi fiillerde, suçun manevi unsuru çok daha yoğunlaşmış bir şekilde kendini ortaya koymaktadır. Bu açıdan, nefret saikiyle ibadeti engelleme halinde, aynı suçun genel kastla veya herhangi bir başka saikle işlenmesinden çok daha farklı bir durum söz konusudur ve bu nedenle suçun nefret saikiyle işlenmesi halinde fail daha ağır bir biçimde cezalandırılmaktadır.

Tasarının 12. maddesi ile TCK’nın “Konut Dokunulmazlığını İhlal” başlıklı 116. maddesinin 4. fıkrasının şu şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir:

*“(4) Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle **veya nefret saikiyle hedef alınan bir kişiye karşı** ya da gece vakti işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.*

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konuta, işyerine, eklentilerine yönelen tecavüzün nefret saiki ile işlenmesi halinde, suçun mağdur yönünden yarattığı tehdit ve tehlike, herhangi bir konut dokunulmazlığını ihlal fiiline göre çok daha yoğun ve kuvvetlidir. Madde gerekçesinde verilen örneği yinelemek gerekirse, failer bir Roman mahallesini hedef alarak burada bulunan evlerin konut dokunulmazlığını ihlal ettiklerinde, buradaki ırkçı motivasyonun, suçun içerdiği tehdidi ve toplumsal barış bakımından yarattığı tehlikeyi orantısız bir biçimde arttırdığı kuşkusuzdur. Bu nedenle, konut dokunulmazlığını ihlal fiilinin nefret saikiyle işlenmesi halinde failin cezasının artırılması suç ve ceza dengesi ve adaleti açısından bir zorunluluktur.

Tasarının 13. maddesi ile TCK’nın “Haksız Arama” başlıklı 120. maddesine şu şekilde bir cümle eklenmesi öngörülmüştür:

*“Hukuka aykırı olarak üzeri aranan kişi nefret saikiyle hedef alınmışsa suça verilen ceza yarı oranında arttırılır.*

Kişinin üzerinin hukuka aykırı olarak aranması özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir davranış olmasının yanı sıra, bu durum aynı zamanda onur kırıcı bir muamele olarak nitelenebilir. Haksız aramanın, nefret saikiyle hedef olarak seçilen bir kişi üzerinde işlenmesi halinde ise, önyargılı bir motivasyonla işlenen bu fiilin onurunu zedelemeyi amaçlayan bir fiil olduğu kuşkusuzdur bu nedenle bu gibi fiillerin cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi yerindedir. Ancak, Tasarı metninde geçen “suça verilen ceza” şeklindeki ifade teknik açıdan hatalıdır. Çünkü ceza, suça değil ancak kanunda suç olarak tanımlanan fiili işleyen kişiye uygulanan

bir yaptırımdır. Bu nedenle, buradaki “suça” ifadesinin “faile” şeklinde düzeltilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Tasarının 14. maddesi ile TCK'nın “Nitelikli Yağma” suçunu düzenleyen 149/1. maddesine eklenen “f” bendi ile “*nefret saikiyle*” ibaresi eklenmiş ve diğer bentler teselsül ettirilmiştir.

Yağma suçunun, nefret saikiyle hedef alınan kişi veya gruplara karşı işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere türkiye’de özellikle 6-7 Eylül 1977 tarihlerinde meydana gelen ve Rum, Ermeni ve Yahudi kökenli yurttaşlara karşı girişilen fiiller bu duruma tipik bir tarihsel örnek olarak hafızalardaki yerini korumaktadır. Bu tür yağmada, failler sadece cebir veya tehdit kullanarak malvarlığında haksız bir artış meydana getirme kastıyla değil ancak aynı zamanda hedef aldıkları kişi veya grubu, onları hedef alırken göz önüne aldıkları karakteristik özelliklerinden (somut örnekte azınlık olmalarından) dolayı bir zarara uğratma ve cezalandırma kastıyla da hareket etmektedir. Bu itibarla, nefret saiki ile işlenen yağma suçunun gerek toplumsal düzen üzerindeki yıkıcı etkisi gerekse suçun mağdurları üzerinde yarattığı fevkalade ağır zarar nedeniyle, daha ağır bir ceza ile karşılanması bir zorunluluktur. Bununla birlikte, Tasarı'nın bu maddesinin yasama tekniği açısından gözden geçirilmesinin yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, Tasarı'da nefret saikiyle ilgili düzenlemenin TCK'nın 149/1. maddesine “f” bendi olarak ekleneceği ifade edilmektedir. Oysa, TCK'nun mevcut 149/1 maddesinde zaten “Var olan veya varsayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak” şeklinde bir “f” bendi mevcut bulunmaktadır. Bu açıdan aynı harf ile başlayan yeni bir “f” bendi getirilmesi ve diğer bendlerin ise teselsül ettirileceğinden bahsetmek ile yetinilmesi, ciddi karışıklıklara yol açacak bir durumdur. Gerekli görülürse, bu durumda maddede yer alan bendlerin sıralamasının yeniden düzenlenmesi yoluna gidilebilirse de, kanımızca en kolay ve pratik çözüm, suçun nefret saikiyle işlenmesine ilişkin nitelikli halin “f” bendi yerine, maddede mevcut bulunmayan “i” bendi olarak düzenlenmesidir.

Tasarının 15. maddesi ile TCK'nın “Mala Zarar Verme” suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 152/2. maddesine “d” bendi olarak “*suçun nefret saikiyle hedef alınan kişi veya kişilerin menkul veya gayrimenkul mallarına karşı işlenmesi*” şeklinde bir ifadenin eklenmesi öngörülmektedir. Bu şekilde mala zarar verme suçunun nefret saikiyle işleyen ya da diğer bir ifadeyle nefret saikiyle hedef aldığı kişinin veya grubun taşınır veya taşınmaz malının kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişinin daha ağır bir şekilde cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Tasarı'nın 16. Maddesi ile TCK'nın “İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme” suçunun nitelikli halini düzenleyen 153/3 maddesine, “tahkir maksadıyla” ibaresinden sonra gelmek üzere “*veya nefret saikiyle*” ifadesinin eklenmesi öngörül-



müştür. İbadethaneler veya mezarlıklara zarar verilmesi fiili, nefret saiki söz konusu olduğunda daha ziyade azınlık dinlerine mensup kişilerin ibadethane ve mezarlarına karşı işlenmektedir. Azınlıklar söz konusu olduğunda, meydana gelen zarar ve suçun söz konusu azınlık cemaatleri üzerindeki yarattığı etki, madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, bu suçun olağan/basit şeklini fazlasıyla aşan adeta bir terör ve dehşet etkisidir. Bu itibarla, özellikle azınlık cemaatlerine yönelen ancak azınlıklara olama dahi nefret saikiyle ibadethanelere ve mezarlıklara karşı işlenen zarar verme fiillerinin daha ağır bir şekilde cezalandırılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Tasarının 17. maddesi ile TCK'nın Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (md. 170), Radyasyon yayma (md. 172), Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (md. 173) ve Zehirli madde katma (md. 185) suçları için ortak bir hüküm tesis edilerek, bu sayılan suçların nefret saikiyle hedef alınan kişi veya gruplara karşı işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında arttırılacağı esası öngörülmüştür. Dikkat edilirse, bu maddede, Tasarının bundan önceki maddelerindeki kazuistik düzenleme yönteminden vazgeçilmiş ve sayılan tüm suçlar için ortak bir cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal getirilmek yoluna gidilmiştir. Bu yöntem değişikliğine ilişkin olarak madde gerekçesinde bir açıklık bulunmamakla birlikte, kanımızca birden çok suç için böyle bir "torba hüküm" getirmek yoluna gidilmesi doğru bir yöntem değildir. Böyle bir durumda ilgili suç tiplerinin TCK'daki yasal tanımları ve nitelikli hallerinin düzenlendiği maddede doğrudan bir değişikliğe gidilmemekte ve dolayısıyla bu suçların nefret saiki ile işlenmesinin bir nitelikli hal olduğu TCK'dan anlaşılabilir. Oysa, bu noktada yapılması gereken önceki maddelerde olduğu gibi, nefret saikinin cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlendiği her suç tipi için, o suç tipinin yasal tanımının ve nitelikli hallerinin düzenlendiği madde metnine doğrudan bir ekleme yapılmasıdır. Bu nedenle, 17. maddenin belirttiğimiz esaslara göre gözden geçirilmesi ve kazuistik olarak yeniden yazılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Tasarı'nın 18. maddesi ile TCK'nın "Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit" başlıklı 213. maddesine şu şekilde bir 3. fıkra eklenmesi öngörülmektedir:

*"Suçun nefret saikiyle hedef alınan belirli bir gruba karşı işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılır".*

TCK'nın 213. maddesi tehdit suçunun, toplumsal düzenin sürdürülebilmesi açısından ağır bir tehlike yaratan nitelikli bir şeklini düzenlemektedir. Bu çerçevede, halk arasında korku ve panik yaratmak için gerçekleştirilen tehdit fiilinin nefret saikiyle işlenmesi halinde, hem failin kastının yoğunluğu hem de bu tür bir saikle hedef alınan kitle üzerinde işlenen suçun yaratacağı etkinin çok daha fazla olması nedeniyle, bu durum cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

## f. Türkiye'de Nefret Suçlarıyla Mücadelede Geleceğe İlişkin Değerlendirme ve Öneriler

Yukarıda ana hatlarıyla irdelemeye çalıştığımız Nefret Suçları Yasa Tasarısı'nın ilgili maddelerde ortaya koyduğumuz çekinceler göz önüne alınmak suretiyle, TBMM gündemine alınması ve ilgili sürecin yasal sürecin sonunda onaylanarak yürürlüğe girmesi, Türk ceza hukuku sisteminde nefret suçlarına ilişkin spesifik bir düzenleme bulunmaması şeklindeki eksikliğin ortadan kaldırılması anlamını taşıyacaktır. Bu adımın atılması, Türkiye'nin insan haklarına ve evrensel hukuk ilkelelerine bağlı bir hukuk devleti olma yolundaki yürüyüşünde fevkalade önemli olduğu gibi; Türkiye'nin nefret suçlarıyla spesifik düzenlemeler ile mücadele eden AGİT ve Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında yer almasını sağlaması yönünden de özel bir anlam taşır.

Ancak, Nefret Suçları Yasa Tasarısı'nın bu özel anlam ve önemine halel getirmeksizin ifade etmek gerekir ki, salt maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme getiren bu Tasarı'nın yürürlüğe girmesi nefret suçlarıyla yasal düzlemde mücadele sürecinin yalnızca ilk halkasını oluşturmaktadır. Kanımızca bu ilk halkanın tamamlanmasının ardından yürürlüğe konulan bu maddi ceza hukuku normlarının, bu kez nefret saikiyle işlenen suçlara özgü olarak ceza usulüne ve infaza ilişkin hayata geçirilecek normlar ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu ikinci halkayı oluşturacak olan usul ve infaz normlarının kapsamı ve içeriği bu çalışmanın dışında kalmakla birlikte, kanımızca usule ilişkin normlarda esas itibarıyla bir nefret suçuna mağdur olan kişi veya grupları ilk soruşturma işleminden kesin hükmün tesisine kadar olan tüm ceza muhakemesi sürecinde destekleyici ve süreci aktif bir biçimde takip etmeye yönelik olarak cesaretlendirici bir içerik ve anlayışın benimsenmesi esas olmalıdır. Bu çerçevede sözgelimi CMK m. 239/2'de yapılacak bir değişiklik ile nefret saikiyle işlenen suçların mağdurlarına istem aranmaksızın bir vekil tayin edilmesi, hatta bu vekil tayini işleminin soruşturma evresinden itibaren uygulanabilir hale getirilmesi gibi tedbirler düşünülebilir. İnfaza ilişkin olarak ise, bu kez nefret suçu faillerine ilişkin olarak, bu kişilerin işledikleri suçun toplumsal düzen açısından yarattığı ağır tehlike nedeniyle daha ağır bir tretmanın uygulanması gündeme gelebilir. Bu çerçevede, sözgelimi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinde yapılacak bir değişiklik ile nefret suçu faillerinin daha koşullu salıvermeden yararlanabilmeleri için gereken koşullar ağırlaştırılabilir. Benzer şekilde, nefret suçu faillerinin infaz sürecinde kendilerini bu suçu işlemeye sevk eden kin, nefret ve önyargı saiklerinden arındırılmalarına yönelik özel bir eğitim ve rehabilitasyon sürecine tabi tutulmaları öngörülebilir.

Nefret suçlarıyla yasal düzlemde mücadele sürecinin son halkasını ise, nefret suçlarının izlenmesi, belgelenmesi ve raporlaştırılması oluşturmaktadır. Nefret suçları sorunuyla etkili bir biçimde mücadele edebilmenin ön koşulu, bu sorunun gerçek doğasının, boyutunun ve toplum açısından oluşturduğu tehditlerin doğru

bir biçimde ortaya konulmasıdır. Bu açıdan nefret suçlarının görünür kılınması mağdur kesimlerin korunmasında temel unsurlardan birisini oluşturur. Nefret suçlarını görünür kılmaya yönelik çalışmaların birçok boyutu olmasına karşın, bunlar arasında en önemlisi bu suçların izlenerek, verilerin toplanması ve değerlendirilerek raporlaştırılmasını içermektedir<sup>69</sup>.

İlgili bölümlerde değindiğimiz üzere birçok ülke ceza hukuku mevzuatı içinde nefret suçlarına ilişkin spesifik yasal düzenlemeler ihdas etmenin yanı sıra, bu tür suçlara karşı mücadelede son derece önemli bir unsur olan veri toplama ve raporlamaya ilişkin yasal düzenlemelere de yer vermektedir. Bu çerçevede, ilgili bölümde değindiğimiz üzere, ABD’de 1990 yılında çıkartılan Nefret Suçları İstatistikleri Yasası ile Federal Soruşturma Bürosu’na (FBI) nüfusu onbin’den fazla olan yerleşim yerlerinde işlenen suçların nefret suçları kapsamında olup olmadığının araştırılması ve bu kapsamdaki suçların izlenmesi, elde edilen verilerin istatistiksel olarak tespit edilmesi, istatistik sonuçlarının düzenli raporlar şeklinde yayınlanması görevi verilmiştir<sup>70</sup>. Avrupa’da ise AGİT üyesi ülkelerde AGİT’e bağlı Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu tarafından derlenen veriler düzenli olarak “Nefret Suçları Raporu” ile kamuoyu ile paylaşılmaktadır<sup>71</sup>. AGİT’in söz konusu düzenli raporlarına veri sağlama noktasında, üye ülkelerin veri toplama uygulamaları farklılık göstermektedir. Bu kapsamda her bir üye ülkede Yasa uygulayıcıları, Savcılıklar, İçişleri Bakanlıkları, Adalet Bakanlıkları, ulusal istatistik büroları ve istihbarat kuruluşları gibi değişkenlik gösteren farklı kamu kurumları bu sorumluluğu üstlenmiş durumdadır<sup>72</sup>. AGİT’in bu düzenli raporlarına Türkiye adına veri sağlayan kurum ise Adalet Bakanlığıdır.

AGİT’in üye devletlere nefret suçlarına ilişkin spesifik bir düzenleme ihdas etme tavsiyesi üye ülkelerde çok büyük ölçüde bir karşılık bulmuş iken; nefret suçlarına ilişkin istatistiksel veri toplama ve bu verilerin izlenmesi, değerlendirilmesi ve düzenli olarak raporlanması sürecinde kamusal otoriteyi görevli kılan bir yasal düzenleme ihdas etme çağrısı ise büyük ölçüde yanıtız kalmıştır. Gerçekten, AGİT ülkesi 57 ülkeden sadece 14 tanesinde nefret suçlarına ilişkin istatistikler yasal bir düzenleme çerçevesinde derlenmekte ve değerlendirilerek düzenli raporlar haline getirilmektedir. Bunun dışında, Türkiye’nin de dahil olduğu AGİT üyesi ülkelerin çoğunluğunda nefret suçlarının izlenmesi faaliyeti genelde sivil toplum insiyatifleriyle yürütülen çalışmalar şeklinde ortaya çıkmakta ve bu izleme faaliyeti de medya

<sup>69</sup> **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi İzleme Rehberi**, Sosyal Değişim Derneği Yayını, Aralık, 2012, s. 13.

<sup>70</sup> Bu konuda bkz. **Hate Crime Data Collection Guidelines**, Criminal Justice Information Services Division Uniform Crime Reporting Program, U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigation, s. 4 vd. <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/hate-crime/data-collection-manual>

<sup>71</sup> Hate Crimes in the OSCE Region - Incidents and Responses: Annual Report for 2011, <http://tandis.odihhr.pl/hcr2011/>

<sup>72</sup> **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi İzleme Rehberi**, s. 17.

üzerinden gerçekleştirilmektedir. Medya üzerinden yürütülen izleme çalışmaları ise birtakım kolaylıklar sağlamasına karşın, önemli zaafı da bünyesinde taşımaktadır<sup>73</sup>. Bu açıdan, kanımızca nefret suçlarıyla yasal düzlemde mücadelenin son halkası olarak, -ABD'de olduğu ve AGİT'in tavsiye ettiği şekilde- bir kamusal kurumun, nefret suçlarını izleme, istatistiksel veriler toplama, bu verileri değerlendirme ve nihayet düzenli raporlar şeklinde kamuoyu ile paylaşma şeklinde özetleyebileceğimiz süreci yürütmek üzere, bir yasal düzenleme ile yetkili ve görevli kılınmasıdır. Bu açıdan halihazırda AGİT'in yıllık raporları için Adalet Bakanlığı bünyesinde sınırlı imkanlarla bir veri sağlama işlevini yürütüldüğü göz önüne alındığında; bu işlevi sistematize eden ve kurumsallaştıran bir yasal düzenlemenin hayata geçirilmesinin büyük yarar sağlayacağı düşüncesindeyiz.

---

<sup>73</sup> Nefret Suçları ve Nefret Söylemi İzleme Rehberi, s. 28-29.

## YAŞAMA HAKKI KAPSAMINDA YAŞAMIN BAŞLANGICI (*Beginning of Life Within the Context of Right to Life*)

*Değerli Hocam Prof. Dr. Nur Centel'e  
sonsuz sevgi ve saygılarımla ...*

**Hamide TACİR\***

### ÖZET

Yaşama hakkı bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin başında gelmektedir. Öyle ki bu hakkın güvence altına alınmadığı sistemlerde diğer hakların tanınmasının ve güvence altına alınmasının bir anlamı olmayacaktır. Bu bağlamda, yaşama hakkının ne zaman başladığının tespit edilmesi de hukuksal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışma temel olarak embriyo veya cenin yaşama hakkının öznesi midir sorusuna ulusal ve uluslararası belgeler ışığında cevap arayacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Yaşama hakkı, Yaşamın başlangıcı, Yaşama hakkının öznesi, Embriyo üzerinde araştırma, Yedek/artık embriyo, Dondurulmuş embriyo, Kürtaj.

### *Abstract*

Right to life stands as one of the most important and primary right among the fundamental rights and liberties. It has such an importance that without recognizing and guaranteeing this right, it would be unwise to recognize other rights and liberties. In this context, it arise as a legal obligation to set the grounds ad regulations for when right to life begins. That is to say, this study aims to find a answer if embryo or fetus is the subject of right to life by examining national and international documents

**Keywords:** Right to life, Beginning of life, Subject of right to life, Human embryo research, Experiment on embryos, Spare embryos, Frozen embryos, Abortion.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I. Yaşamın Başlangıcı

### 1. Genel Olarak Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı, temel hak ve özgürlükleri koruyan ulusal ve uluslararası belgelerin önemli çoğunluğunda birinci sırada yer almaktadır. Bu durum hakkın koruduğu norm alanının genişliğinden ve aslında diğer haklara sahip olmayı anlamlandırması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, yaşama hakkı tanınmadan diğer haklara sahip olmanın bir anlamı yoktur. Bu özellik yaşama hakkını fiilen diğer temel hak ve özgürlüklerin önüne geçirmekte, kuşkusuz temel hak ve özgürlükler yelpazesinin birinci sırasına yerleştirmektedir.

Yaşama hakkı asıl olarak “insan yaşam” ını korumaktadır. Bu bağlamda, insan yaşamı ifadesinden ne anlamamız gerekir sorusunun cevabı önem kazanır. Zira, bu soruya vereceğimiz yanıt, hakkın koruyacağı norm alanını belirleyecektir. Yaşama hakkı dar anlamda, kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve yaşamalarını potansiyel saldırı ve tehlikelere karşı koruyarak sürdürmesi olarak nitelendirilebilir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde; “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*” ifadesi yer almıştır. Buna göre kişi ruhsal ve fiziki bütünlüğünü devam ettirme hakkına sahiptir ve devlet, bunu engelleyici müdahalede bulunamayacaktır. Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi de, kişinin öldürülmeme, yaralanmama, bedensel ceza, işkence, kısırlaştırma gibi muamelelere maruz bırakılmamasına işaret etmektedir. Aynı yönde bir düzenleme İHAS'nin 2. maddesinde de yer almıştır. Buna göre, “*herkesin yaşam hakkı kanununun koruması altındadır ve kimse bilerek öldürülemez*”. Bu hüküm de esasen devletin yaşamı koruma ödevini ortaya koyar niteliktedir. Nitekim AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre 2. maddede yer alan sözkonusu ifade, devlete, sadece kasıtsız ve hukuk dışı yaşamı sonlandırma olaylarında kaçınma değil aynı zamanda yargı yetkisi dâhilindekileri güvence altına almak amacıyla uygun adımlar atma görevi getirmektedir.”<sup>1</sup> Devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülük getiren bu anlayışa göre ulusal makamların temel görevi kişiler aleyhine suç niteliğindeki eylemleri caydırmak için etkili ceza hukuku maddelerini kabul ederek yaşama hakkını güvence altına almaktır. Yaşamı bir başka bireyin suç niteliğindeki eylemlerinden dolayı risk altında olan bir bireyi korumak amacıyla önleyici eylemsel tedbirler almak da bu bağlamda ulusal makamların görevi olarak kabul edilmektedir. Devlet, hem bir kimsenin yaşamını hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmayacak hem de insan yaşamını etkili olarak korumak için uygun ve gerekli önlemleri

<sup>1</sup> L.C.B. Birleşik Krallık kararı, 14/1997/798/1001, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>

alacaktır. Buna göre 2. madde her ne kadar kasten öldürmeden söz etse de, kasten olmayan öldürmeler için de geçerli kabul edilmektedir. Bu husus başta 1995 tarihli McCann/Birleşik Krallık kararı olmak üzere, AİHM'in birçok kararında ortaya konmuştur. Hatta bazı istisnai durumlarda eylemin yapısı itibariyle yaşamı tehlikeye sokan bir davranış olduğunun tespit edildiği hallerde ölüm gerçekleşmemiş olsa dahi 2. madde kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre, Sözleşmenin salt biyolojik-fiziksel anlamda insanın yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak yaşama hakkını koruduğunu söyleyebiliriz<sup>2</sup>.

Belirtelim ki, bu çalışmanın konusu, açık ve net bir biçimde ortaya konabilen yaşama hakkı ihlallerine ilişkin değildir. Çalışma, yaşama hakkı kapsamında yer alan sorunlu alanlarından biri kabul edilen yaşamın başlangıcı aşamasındaki ihlalleri ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda soru veya sorun yaşama hakkının kapsamından çok yaşamın ne zaman başladığının tespit edilmesidir.

## 2. Yaşama Hakkı Kapsamında Embriyoların Hukuki Statüsü

### a. Embriyolar Yaşama Hakkının Öznesi midir?

İnsan yaşamı doğumla başlayıp, ölümlle sona ermektedir. Yaşama hakkının öznesinin de insan olduğu düşünülürse yaşamın ne zaman başlamış sayılacağı belirlenmesi de bir zorunluluktur. Zira, yaşama hakkı ne zamandan itibaren korunmalıdır sorusunun cevabı bu belirlemeye bağlıdır. Ancak tıp ve antropoloji gibi bilimlerden yapılan "insan" nitelemesine ilişkin tartışmaları bir kenara bıraksak dahi hukuki anlamda yaşama hakkı ne zamandan itibaren korunmalıdır sorusuna net bir cevap vermek mümkün değildir. Anayasa koyucuların ve uluslararası metinlerin bu konudaki genel tutumları incelendiğinde sözkonusu alanda düzenleme yapmaktan kaçındıkları göze çarpmaktadır.

Embriyo veya ceninin<sup>3</sup> hukuki anlamda insan veya kişi olarak kabul edilmesi meselesi ile embriyo veya ceninin hukuki anlamda koruma altına alınması farklı durumlara ve sonuçlara işaret etmektedir. Embriyo veya cenin, kişi/insan olarak kabul edilmeli midir sorusuna olumlu cevap vermemiz halinde, embriyo veya ceninin yaşam hakkının korunması altına olduğu hatta geniş yorumla teorik olarak embriyo veya ceninin anayasal haklara sahip olduğu sonucuna varmamız mümkündür. Zira yaşama hakkının öznesinin insan olduğu konusunda şüphe yoktur. Aynı soruya

<sup>2</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2010, s 91-92.

<sup>3</sup> "Embriyo, döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan canlıya denmektedir. Bu evreden sonra yani gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlanan canlı ise **cenin** veya **fetüs** adını almaktadır. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.1, 7. Bası, TDK Yayınları, s 329. Diğer bir ifadeyle, embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden itibaren, ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir. Cenin, embriyonun bütün organları belirdikten sonra aldığı isimdir.

vereceğimiz olumsuz yanıt, embriyo veya ceninin yaşama hakkının süjesi sayılmayacağı noktasına gidecektir. Bu noktada ikinci soru devreye girer. Kişi veya insan olarak nitelendirilmeyen embriyo veya cenin tamamen hukuksal korumadan yoksun mudur? Belirtelim ki, çeşitli hukuk sistemlerinde ve uluslararası sözleşmelerde<sup>4</sup> embriyo veya cenini korumaya yönelik hukuki düzenlemeler mevcuttur. Dolayısıyla, embriyo veya cenini potansiyel yaşamın başlangıcı olduğunu akılda tutarak ona özel bir konum tanımak, insan onurunun korunması gereği hukuken koruma altına almak konusunda tereddüt olmasa gerektir. Ancak yaşama hakkı açısından aynı açıklıkta bir kaniya varmak mümkün değildir. Embriyo veya ceninin ne zaman canlı bir varlık haline dönüştüğü konusunda tıp bilimi çeşitli veriler sunsa da üzerinde uzlaşmış bir zaman aralığı yoktur. Zira “canlı varlık olma hali” kimilerine göre, ceninin uzuvlarının veya sinir sisteminin oluşmaya başladığı, kimilerine göre döllenenin gerçekleştiği, kimilerine göre ise kutsal kitapların ve çeşitli inanışların işaret ettiği anlardır<sup>5</sup>. Öte yandan, embriyoların nitelikleri konusunda da görüş birliği mevcut değildir. Söz konusu farklı görüşleri genel olarak üç grup altında toplayacak olursak ilk grup, embriyoları birtakım genetik özelliklere ve gelişme potansiyeline sahip “*insan*” olarak nitelendirirken, onları hücreler topluluğu olarak gören ve “*şey*” olarak nitelendirenler de ikinci grubu oluşturmaktadır. Üçüncü grup ise, ikisinin ortasında bir yaklaşım benimsemektedir. Buna göre embriyo; “eşsiz, benzersiz” olup insan gelişimin ilk aşamasıdır. Ancak bu oluşum büyük ölçüde kadın/anneye bağlı olarak gelişmekte ve aynı zamanda biraraya gelen birçok faktör bu gelişimin tamamlanması açısından gerekli ve etkili olmaktadır. Zira embriyonun fetüste büyümesi ve oluşumunu tamamlayıp insan olarak doğması belirli bir sürecin tamamlanmasına bağlıdır<sup>6</sup>. Bu görüş embriyoya en azından onurunun korunması ve varlığına saygı gösterilmesi gerektiği argümanını sağlamaktadır.

Bu durum embriyo ve ceninlerin yaşama hakkının öznesi olup olmadıkları konusundaki belirsizliği ortaya koymaktaysa da ülke mevzuatlarında embriyo veya ceninleri korumaya yönelik somut düzenlemelerin bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Özellikle gebeliğin sonlandırılması (kürtaj) açısından getirilmiş süre

<sup>4</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 3.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adıyla ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

<sup>5</sup> Katolik Kilisesi yaşamın döllenen anından itibaren başladığını savunmaktadır. Ross Murray, John Jenner, **Revise HSC Studies of Religion** 1, Pascal Press, 2003, s 132.

<sup>6</sup> C. Rehmann-Sutter, R. Porz, J.L. Scully, *Sourcing Human Embryonic Tissue: The Ethical Issues, Fundamentals of Tissues Engineering and Regenerative Medicine*, ed; Ulrich Meyer, Thomas Meyer, Jörg Hanschel, Hans Peter Heinsman, s. 43; Maio G., Welchen Respekt Schulden wir dem Embryo? Die Embryonale Stammzellforschung in medizinischer Perspektive, *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 2002, s 160-163.



kısıtlamaları ile embriyo veya ceninler üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalarla ilgili olarak ortaya çıkan düzenlemeler, embriyo/ceninlerin yaşama hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından yol gösterici olmaktadır.

## b. Hukuki Düzenlemelerde Embriyo

Türk Hukukunda embriyonun korunması açıkça düzenlenmiş olmayıp dolaylı da olsa çıkartılacak bazı sonuçlar çeşitli yasalarda yer almaktadır. Türk Medeni Kanununun 28. maddesine göre; “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.” Buna göre çocuk, tam ve sağ doğum ile birlikte Medeni Kanun bakımından hak ehliyetini kazanmaktadır ve embriyolar tam ve sağ bir doğum öncesi “*kişi*” dolayısıyla “*insan*” olarak kabul edilmemektedir. Zira, embriyo veya ceninler Medeni Kanun anlamında gerçek kişi sayılmamakta, ancak tam ve sağ doğma koşulunun gerçekleşmesiyle ana rahmine düştüğü andan itibaren; geriye yönelik olarak, hak ehliyetine sahip olmaktadır<sup>7</sup>. Ancak belirtelim ki, tam ve sağ doğumla kazanılan hak ehliyeti olup, bu durum yaşama hakkının koruduğu alan ve yaşamın başladığı an bakımından bir gösterge niteliği taşımamaktadır.

Türk Ceza Hukukunda da embriyoların veya ceninin korunmasına yönelik doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak insan öldürme suçunun mağduru belirlenmesi noktasında insan sıfatının ne zaman kazanılacağı sorusu önem kazanmakta ve bu konuda çeşitli görüşler benimsenmektedir. Buna göre bazı yazarlar, doğum başlamış olmak koşuluyla, embriyonun ana rahminden tam olarak ayrılmamış olsa dahi, suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedir<sup>8</sup>. Buna göre insan sıfatı doğumun tamamlanması ile değil, doğumun başladığı andan itibaren kazanılmaktadır. Diğer görüş ise, embriyoların ana rahminden ayrılıp bağımsız varlık kazanıncaya değin insan öldürme suçunun mağduru olamayacağı yönündedir<sup>9</sup>. Söz konusu görüşler insan öldürme suçunun mağduru olması bakımından embriyonun sağ olarak doğması koşulunu arasa da bu durum ceza hukuku anlamında embriyoların yaşama hakkına sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira Türk Ceza Kanununun 99. ve 100. maddelerinde yer alan çocuk düşürme ve *düşürme* suçları, sağ olarak doğmamış embriyolar açısından koruma getirmektedir<sup>10</sup>. Zamanından önce ceninin ana rahminden çıkmasına ve ölmesine neden olmak bu kapsamda suç sayılmaktadır. Öte yandan TCK, gebe kadının rızası dahilinde gerçekleştirilen sonlandırma müdahalelerinin gebeliğin ilk 10 haftası yapılması durumunda kadının iradesini esas alarak konuyu suç kapsamından çıkarmıştır. Bu 10 haftalık süre,

<sup>7</sup> Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, s 29.

<sup>8</sup> Ayhan Önder, Şahıslara ve mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 5-6.

<sup>9</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut Yenerer, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, İstanbul 2011, s 27 vd; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara, 2007, s 290 vd. Aynı yönde görüş için bkz Yargıtay; 29.03.1995, 2621/3991.

<sup>10</sup> Altunkaş, s 33;dipnot 60.

kadının gebeliği sonlandırabilmesine imkan tanımaktadır. Nitekim 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 5. maddesinde de “*gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edileceği*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemelerden hareketle, kanun koyucunun gebeliğin on haftasının dolmasıyla birlikte cenini, canlı bir varlık olarak kabul ettiğini ifade edebiliriz<sup>11</sup>. Bu süreden sonra ceninin yaşama hakkının korunması, kural olarak, annenin kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tutulmuştur. Bu saptama pratik olarak bizi hukuki anlamda yaşamın 10. haftadan itibaren başlamış kabul edileceği varsayımına götürmektedir.

Öte yandan, AİHM de yaşama hakkının ne zaman başladığı sorusuna net bir cevap verememiştir. Konuyla ilgili bir dava, AİHM Büyük Dairesinin 8.7.2004 tarihli Vo/Fransa kararında görülmüştür. Davada başvuru 6 aylık hamile ve Fransızca konuşamayan bir kadındır. Kendisi rutin kontrolü için hastaneye gelmiş ancak hastane personelinin başvuru ismini diğer bir hastayla karıştırmıştır. Bu nedenle gerekli tıbbi tetkikler yapılmadan başvurucuya tıbbi müdahalede bulunulmuştur. Başvuru kadını, sözkonusu müdahale nedeniyle ileriki bir tarihte çocuğunu aldırma zorunda kalmıştır. Bu olay karşısında başvuru doğmamış çocuk bakımından taksirle insan öldürme suçu şikayetinde bulunmuştur. Ancak ulusal düzenlemeler ışığında Ceza Mahkemesi, yirmi bir haftalık olan ceninin yaşayabilir (viable) olmadığını ve Ceza Kanunu anlamında “insan” olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme, yirmi bir haftalık ceninin taksirle insan öldürme suçunun mağduru olmadığı sonucuna varmıştır. Bu karara karşı başvuru üst Mahkemeye başvurmuş ve karar bozulmuştur. İlgili Üst Mahkeme; “ hukukun yaşamın başlangıcından itibaren insana saygı prensibini içerdiğini, çocuğun canlı olarak doğmuş olması gerektiğini, saldırı anında çocuğun yaşar durumda olduğunu ve olayda suç fiilinin taksirle insan öldürme olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak doktorun kararı temyiz etmesi üzerine Temyiz Mahkemesi, ceninin Ceza Hukuku tarafından korumayı hak eden insan olmadığını kabul etmiştir. AİHM önüne gelen sözkonusu davada, cenine zarar verme olayının yaşama hakkı ışığında suç olarak değerlendirilme olasılığını tartışmış, ancak konuyu her ülkenin kendi somut düzenlemelerine göre değerlendirmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, yaşamın başlangıcının tanımı, embriyo veya ceninin niteliği ve statüsü konusunda Avrupa’da bilimsel ve hukuksal bir konsensüs bulunmamaktadır. Mahkeme, konuyla ilgili devletlere geniş bir takdir hakkı tanıırken şu saptamayı yapmıştır: “En azından embriyo veya ceninin insan ırkına ait olduğunun devletler arasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu Sözleşmenin 2 maddesi bakımından yaşama hakkına

<sup>11</sup> Aynı görüş için bkz. Burcu Dönmez, *TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 99-141

sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru adına korumayı gerektirir.” Mahkeme, bu düşüncelerle, doğmamış çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi bakımından bir kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün ve istenilir bir şey olmadığına kanaat getirmiştir.

Nitekim İngiliz Hukukunda da benzer bir bakış açısı hakimdir. Buna göre embriyo veya ceninin insan öldürme suçunun mağduru olamayacağı esası benimsenmiştir.

## II. Embriyo Üzerinde Araştırmalar: Hangi Embriyo?

### 1. Genel Olarak

Günümüzde gelişen teknoloji ve tıp, özellikle batı toplumlarında embriyolar üzerinde yapılan araştırmaların önemini oldukça artırmış durumdadır. Özellikle kısırlık tedavisinde önemli bir role sahip olan ve tüp bebek tekniklerinin gelişimini sağlayan sözkonusu araştırmalar, aynı zamanda birtakım hastalıkların tedavi ve teşhisinde de kullanılmaktadır. Örneğin bu sayede, in vitro (yapay-dışarıda) döl lenmelerde embriyoların uterusu yerleştirilmesinden önce genetik anormalliklerin tespit edilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu sayede gebeliğin ilerlemiş evrelerinde yapılacak kürtajın anne üzerinde yaratacağı travmanın da önüne geçilebilmektedir<sup>12</sup>. Aynı teknikle bebeğin cinsiyetinin seçilmesi de mümkündür. Bu seçim, ilk başta insanlık adına “tercih edilmemesi gereken” bir durum gibi algılsa da cinsiyet-odaklı hastalıkların bertaraf edilmesi açısından oldukça önemli bir gelişmedir. Öte yandan geliştirilen tekniklerle ve kök hücre çalışmalarıyla organların yenilenmesi veya organların nakli konularında; ilgili embriyonik hücrelerin, diabetes hastalıklarının veya kalbin ana damarlarını tedavi etmede kullanılması gibi, yaşamsal öneme sahip alanlarda da kendini göstermesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Hatta fare embriyolar üzerinde yapılan bir araştırma aynı araştırmanın insan embriyosu üzerinde yapılması halinde Çernobilin neden olduğu türden radyasyon zararlarının da bertaraf edilebileceğini iddia ederken<sup>14</sup>, diğer bir araştırma; 9-12 haftalık sonlandırılmış gebeliklerden elde edilen embriyolardan alınan beyin hücrelerinin Parkinson hastalığı tedavisinde kullanılacağını rapor etmektedir<sup>15</sup>.

Belirtelim ki, sözkonusu iddiaların ne ölçüde gerçekleşeceği, araştırmalardan ne ölçüde fayda sağlanacağı, hangisinin daha etkili olacağı veya ileride ne gibi farklı imkanlar yaratacağı konusunda net bir şey söylemek mümkün değildir. Zira insanlık adına faydalı sabit verilere, tedavi tekniklerine ulaşılabilmesi için sözkonusu araştırmalara devam edilmesi gerekmektedir. Aslında araştırmalarda embriyoların

<sup>12</sup> H. W. Jones Jnr, *The Ethics of in-vitro Fertilization-1981*, ed; Edwards and Purdy, **Human Conception in Vitro**, London Academic Press, 1981, s. 373.

<sup>13</sup> Jones, s. 381.

<sup>14</sup> The Ciba Foundation, **Human Embryo Research, Yes or No?**, London and New York: Tavistock Publications, 1986.

<sup>15</sup> Jones, s 373.

kullanılmasına izin verilmeli midir sorusu aynı zamanda insan yaşamı ne zaman “manevi/ahlaki önem” kazanmaya başlar sorusunu bir kez daha beraberinde getirmektedir. Ahlaki önem kazanmak sorunu, her ne kadar, belirli bir duruşun yargı ve inanışlarını yansıtsa da bu soruya verilecek yanıt, insan embriyosunu ne zamandan itibaren insan olarak kabul ederiz sorusunun cevabıyla iç içe geçmiş durumdadır. Şüphesiz ilki bir değer(value) sorunudur, ancak hukuki düzlemde değerden çok durum veya olgudan (fact) hareket etmemiz gerekir<sup>16</sup>. Bu nedenle yaşamın başlangıcının en erken evrelerine ne kadar değer atfetmeliyiz sorusunu, bir embriyo aynı zamanda insan mıdır sorusuna çevirmek, belirli değerleri olguya çevirmek anlamına gelmesi bakımından önemlidir. Bu nedenledir ki, embriyo üzerinde araştırma yapmak konusu etik, ahlaki ve hukuki birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiş, embriyoların veya embriyonik hücrelerin araştırma amaçlı kullanılması konusunda birçok görüş ortaya atılmıştır. Örneğin feminist teoriye göre; embriyo kadından ayrı/bağımsız bir oluşum olarak kabul edilmemektedir. Bu yaklaşım kadını merkez alan bir tutum izlemektedir. Faydacı görüşse; hücreleri maliyet-yarar dengesi çerçevesinde değerlendirir ve araştırmaların ahlaki maliyet karşısında insanlık için getireceği yarara öncelik tanır. Buna göre, insanlık için ortaya çıkacak yararın varlığı potansiyel insan olma yolunda olan canlı üzerinde araştırma yapılmasını haklı çıkarmaktadır. Diğer bir yaklaşımsa, konuya tamamen embriyonun hakları açısından yaklaşır ve embriyoyu “insan haklarına” sahip varlık olarak niteler. Buna göre embriyo en erken evrelerinden itibaren “insan” olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

Öte yandan, insanlık onurunun korunması adına embriyo üzerinde araştırma yapılmaması gerektiğini savunanlar da vardır. Buna göre potansiyel insan olma yetisine sahip “hücreler demeti” ya da “canlı varlığın” araçsallaştırılması sözkonusudur. Bu bağlamda embriyo, araştırma konusunun aracı haline dönüşmektedir. Oysa AİHM’ne göre en azından “insanlığın ortak mirası” olarak kabul ettiğimiz embriyonun onurunun korunması gerekmektedir. Aynı husus, Biyotıp Sözleşmesinin başlangıç kısmında da belirtilmiştir. Burada, insana, hem birey, hem de insan türünün bir üyesi olarak saygı gösterilmesi ve insan onurunun güvence altına alınması gerekliliği vurgulanmıştır.

Gerçekten de “embriyo” insan türünün bir üyesi olarak kabul edilmelidir. Bunun aksi bir inanış, embriyoyu sadece meta olarak kabul etmeyi gerektirir. Bu nedenledir ki, Sözleşme, araştırma amaçlı embriyo yaratılmasını yasaklamıştır (md.18). Bir yandan yeni geliştirilecek tekniklerle insanlığa faydalı, teşhis ve tedavi yöntemlerinin keşfedilmesi diğer yandan insan türünün bir üyesi olan embriyoların onurunun ve bazı durumlarda yaşama hakkının korunması yer almaktadır. Ancak asıl paradoks, embriyolar üzerinde araştırma yapıp yapmamakta değil, embriyolar arasında geçerli

<sup>16</sup> John Harris, *Embryos and Hedgehogs: On the Moral Status of the Embryo*, **Experiment On Embryos**, ed; Anthony Dyson, John Harris, Routledge, 2002, s 52-53.

<sup>17</sup> Harris, s 52.

bir ayırım yapıp yapılmayacağı noktasındadır. Zira, şartları oluştuğunda insan üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılması konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Bu nedenle şartları oluştuğunda ve uygun korumalarla embriyo üzerinde bilimsel araştırma yapılması insanlık onuru açısından bir sorun oluşturmaz. Asıl sorun, hangi embriyolar üzerinde araştırma yapılabileceği ve embriyo sahibi çiftin embriyoların kaderi üzerinde hangi noktaya kadar söz sahibi olacağı konusudur.

## 2. Embriyo Çeşitleri

### a. Yedek/Artık Embriyolar ve Araştırma Amaçlı Üretilen Embriyolar

Bugün üreme teknolojisi embriyoların farklı amaç ve durumlara özgü olarak yaratılmasını sağlayacak kadar ilerleme kaydetmiştir. *Artık embriyo, dondurulmuş embriyo, tüpte embriyo, araştırma embriyosu* gibi birtakım teknik ayırımlar, bunların hangisi üzerinde araştırma yapılabilir sorusunu da beraberinde getirmektedir. Şüphesiz bu soru, hangi tip olursa olsun embriyo üzerinde araştırma yapılmasına tamamen karşı çıkmıyorsa anlamlıdır. Zira böyle bir yaklaşım aşağıda yapacağımız tartışmayı da gereksiz kılacaktır. Ancak belirtelim ki, embriyo üzerinde araştırmaya tamamen karşı çıkmak, insanlığın gelişimi ve yaşam kalitesinin yükselmesinin önünü kesmek anlamına gelecektir. Bu bakış açısının hakim olduğu tartışmanın özü “hangi embriyolar?” sorusuna yanıt arayacaktır.

Tedavi veya araştırma amaçlı kullanılacak olan embriyolar ya dışarıda (in vitro fertilization IVF) ya da laboratuvar ortamında üretilen erken dönem embriyoları<sup>18</sup> veya hamilelik süresinin ilerki evrelerinde ortaya çıkan ve daha çok kürtaj işleminin konusunu oluşturan embriyolardan oluşmaktadır. Bu noktada IVF embriyoları için üçlü bir ayırım daha yapılabilir. Bunlardan ilki, taze veya dondurulmuş olması fark etmeksizin anne rahmine yerleştirilmek üzere oluşturulmuş *sağlıklı embriyolar*, ikincisi, tedavi için anneye verilen hormonlar sayesinde ortaya çıkan aşırı yumurtaların kullanılması sonucu, normalde anneye yerleştirme/uygulama (implantasyon) için gerekli olandan daha fazlasını ifade eden *yedek/artık embriyo*<sup>19</sup>. Üçüncü grupta meydana getirilen embriyolar ise, bağışçılardan izin alınarak ve sadece üzerinde araştırma yapmak amaçlı oluşturulan embriyolardır (*research embryo*). Belirttiğimiz her iki grupta yer alan embriyoların üretilme amacı, üçüncü gruptan farklı olarak, sağlıklı bebek doğmasını sağlamak için gerçekleştirilen uygulamalardır<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Ancak bunların hepsi mutlaka tüpte (in vitro) oluşturulacaktır diye bir kural yoktur, tersine bazı durumlarda annede döllenmiş olan embriyoların lavaj denilen usulle alınması mümkündür. Her nasıl olursa olsun bu tür embriyolar henüz erken-embriyolardır ve gelişimini tüpte (in vitro) devam ettirecektir.

<sup>19</sup> John Harris, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics*, Routledge, 1985, s 112-113.

<sup>20</sup> Normal veya anormal yapıda olabilen sözkonusu yedek embriyolardan anormallik tespit edilenler anneye uygulama alanı bulmazlar.

*Araştırma embriyoları* ile *artık embriyolar* üzerinde araştırma yapmak arasında fark olduğunu düşünen bazı yazarlara göre<sup>21</sup>, sadece araştırma yapmak amaçlı embriyo üretimi insan onurunu kırıcı, alçaltıcı bir yaklaşımdır. Buna göre araştırma ancak anormallik tespit edilen ve uygulama alanı bulmayacak olan artık embriyolar üzerinde yapılabilir. Bu yaklaşım embriyoyu araştırma amaçlı üretmeye onu araçsallaştırdığı nedeniyle karşı çıkmakta, anormallik tespit edilen embriyoların zaten potansiyel insan olma yolunda olmadığını vurgulamaktadır. Oysa normal *artık embriyoların* uygulanma ve insan olma şansları mevcuttur. Ancak belirtelim ki, embriyoları araştırma amacıyla yaratmakla, araştırma ile ya da araştırılmadan yok edilecek artık embriyoları üremek için yaratmak arasında herhangi bir farklılığın olduğunu söylemek güçtür. Bu bağlamda her durumda, embriyo, araştırma ya da üreme sürecinin aracına dönüşür. İnsanın araçsallaştırılması sorunu nedeniyle araştırma amacıyla embriyo yaratmayı kabul etmiyorsak, tüp bebek sürecinde artık embriyo oluşturmayacak biçimde bir sınırlamayı da aynı nedenle benimsemek gerekir. Zira önemli olan, artan embriyoların hangi amaçla, nasıl, nerede ve ne zaman yaratılacağı ve yok edileceği değil, yok edilmesi kaçınılmaz olan bir canlının oluşturulmasını önlemektir<sup>22</sup>.

Diğer bir görüşe; *artık embriyolar* ile *araştırma embriyoları* arasındaki tek farkın, bunların oluşturulmasının altında yatan irade olduğunu ileri sürmektedir. Sonuç olarak ister başarılı bir gebelik için ister araştırma yapmak amaçlı olsun bunların meydana getiriliş aşamasında fark yoktur. Bu bağlamda, eğer embriyo üzerinde araştırma yapmakta bir sakınca yoksa, o zaman araştırma amaçlı embriyo üretiminde de sakınca olmamalıdır; yok eğer araştırma embriyosu yaratmak doğru değilse, o zaman herhangi bir amaç için üretilmiş embriyolar üzerinde de araştırma yapılmamalıdır. Aynı yönde bir yaklaşım da sorunu şu şekilde ortaya koyuyor; “neden yaşam kurtarıcı araştırmalar için embriyo yaratmak embriyonun araçsallaştırılması olarak kabul ediliyor da, tüp bebek için gerekli olandan daha çok embriyo üretilmesine izin vermek bu kapsamda araçsallaştırma olarak değerlendirilmiyor<sup>23</sup>. Bu soruya yanıt diğer bir karşı görüşten geliyor<sup>24</sup>. Yazara göre konu embriyolarla ilgili değildir, konu sözkonusu uygulamaların insan yaşamına saygı üzerinde yaratacağı etkidir. İyi bir amaçtan hareket ediliyorsa (gebelik amacı gibi) fazla embriyo yaratılması, bunların kullanılması veya yok edilmesi gibi uygulamalara izin verilmekte, ama araştırma embriyolarında olduğu gibi amacın ne olduğu tam olarak belli olmadığı durumlarda tereddütler, tartışmalar baş göstermektedir. Yazara göre araçsal-

<sup>21</sup> Robert Edwards, *Ethics and Embryology: The Case for Experimentation*, **Experiments on Embryos**, ed; Anthony Dyson, John Harris, Routledge, 2002, s 49.

<sup>22</sup> Aykut Çoban, *Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 86, 2009, s 217.

<sup>23</sup> Ronald Micheal Green, **The Human Embryo Research Debates; Bioethics in the Vortex of Controversy**, Oxford University Press, 2001, s 162.

<sup>24</sup> Green, s 80.

laştırmaya dair yapılan tüm argümanlar semboliktir. Embriyolar üzerinde araştırma yapmanın embriyoları araçsallaştırdığına dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır.

Embriyolara sağlanan hukuki koruma bakımından Avrupa ülkeleri arasında karşılaştırmalı bir çalışma yapılmış ve üç farklı yoğunlukta hukuki koruma tespit edilmiştir. Bu anlamda en yoğun koruma doğmamış bebeğin yaşama hakkını annenin yaşama hakkı ile eşit kabul eden İrlanda Cumhuriyeti Anayasası olmuştur<sup>25</sup>. En az yoğunlukta koruma olarak nitelendirilebilecek; “embriyo veya ceninin salt deney malzemesi olarak kabulü” ise hiçbir Avrupa ülkesi tarafından benimsenmemiştir. Bunların dışında kalan ülkeler de orta yoğunlukta koruma sağlayan ülkeler olarak embriyo/cenine, insan onuru temelinde yaklaşan ve özellikle gelişim evrelerini dikkate alarak belli bir değer atfeden düzenlemelere sahip ülkelerdir<sup>26</sup>. Örneğin; İngiliz Hukukunda embriyonun korunmaya başlanması için 14 günlük bir süre öngörülmüştür. Buna göre döllenmeyi takip eden 14 güne kadar embriyolar üzerinde belirli araştırmaların yapılması mümkündür.

Öte yandan öğretilerde konuyla ilgili kabul edilen 4’lü bir ayırmadan da bahsetmek gerekir<sup>27</sup>. Buna göre embriyo üzerinde yapılacak araştırmalar A, B, C ve D grubu olmak üzere kategorize edilmiştir<sup>28</sup>. Buna göre; **A Grubu**, embriyolar üzerinde yapılabilecek her türlü araştırmayı yasaklarken, **B grubu** belirli bir süre içerisinde kök hücre araştırmalarına izin vermekte ancak bunun dışında embriyo üzerinde araştırmaları yasaklamaktadır. **C grubu** ise sadece artık embriyolar üzerinde 14 günlük süre sınırı içerisinde araştırmaya imkan tanıırken **D grubu** da buna ek olarak “insan klonlama” amaçlı olarak embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izin vermektedir.

İngiltere bu konuda düzenleme yapan ülkelerin başında olup, embriyoların üzerinde araştırma yapılmasına ilişkin olarak 1990 tarihli Döllenme ve Embriyo Kanununu kabul etmiştir (Human Fertilisation and Embryology Act). Birçok revizyondan geçen kanun son haliyle D grubu içerisinde yer almaktadır. Buna karşılık Almanya 2002 tarihli Kök Hücre Kanunu ile daha kısıtlayıcı bir politikayı tercih

<sup>25</sup> İrlanda Anayasası, m. 40/3: “Devlet, annenin yaşama eşit hakkını dikkate alarak, doğmamış bebeğin yaşam(life) hakkını tanıır ve kanunlarında bu hakka saygı gösterilmesini ve yasalarla savunulmasını ve korunmasını güvence altına alır”, adalet.gov.tr

<sup>26</sup> Altunkaş, s 23.

<sup>27</sup> N. Knoepfler , *Stem Cell Research: An Ethical Evaluation of Policy Options*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March, 2004, 55-74; L. Walters, *Human Embryonic Stem Cell Research: An Inter-cultural*.

*Perspective*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March, 3-38; D. G. Jones, C. R. Towns, Navigating the Quagmire: The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research, **Human Reproduction**, 2006, s 1113-1116.

<sup>28</sup> D. Madden, *Article 40.3.3 and Assisted Human Reproduction*, ed; J Schweppe , **The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland**, Dublin, The Liffey Press. 2004, s 303-318; S. Mills, **Research, Embryonic Stem cells and Genetics in Clinical Practice and the Law**. Dublin, Tottel Publishing Ltd, 2007, s 441-460.

etmiştir. Düzenlemeye göre Almanların dahil olacağı kök hücre araştırmaları yasaktır. Ancak 2002 yılı öncesi İngiltere'de üretilmiş kök hücreler üzerinde çalışma imkanı açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu haliyle Almanya da, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Hollanda gibi **B grubu** içerisinde kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Belirtelim ki embriyo üzerinde her türlü araştırmanın yasaklandığı **A grubunda** Polonya, İtalya ve Avusturya bulunmaktadır.

Öte yandan Türkiye'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin Parlamento Meclisi'nde kabul edilen iki ayrı tavsiye kararında, canlı iken ya da öldükten sonra, üzerinde araştırma yapmak için embriyo yaratılmasının yasaklanması istenmiştir<sup>30</sup>. Nitekim Avrupa Konseyince hazırlanan "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*" (kısaca Biyotıp Sözleşmesi), araştırma amacıyla insan embriyosu oluşturulmasını yasaklamıştır. 2004 tarihinde Türkiye'nin de imzaladığı ve usulüne göre yürürlüğe koyduğu sözkonusu Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Buna göre Türkiye'de üzerinde araştırma yapmak amaçlı embriyo yaratılması yasaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, embriyo veya ceninler üzerinde bilimsel araştırma yapmak konusunda yaşama hakkıyla ilgili ortaya çıkan sorunlu alan aslında *artık embriyolar* ilişkindir. *Artık embriyolar*, yardımcı üreme teknikleri kapsamında oluşturulup kullanılmayan ve dondurularak saklanan yedek embriyolardan oluşmaktadır<sup>31</sup>. Biyotıp Sözleşmesi, taraf ülkenin, tüp bebek uygulaması sırasında ortaya çıkan artık/yedek embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına yasayla izin verilmesi durumunda, embriyonun uygun biçimde korunması gerektiğini hükme bağlamışsa da, (m.18) bu konudaki belirlemeyi taraf ülke düzenlemelerine bırakarak tartışmanın kapısını da aralamıştır<sup>32</sup>.

Ülkemizde konu, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir (ÜYTM). Yönetmeliğin 17. maddesine göre, üreme amacıyla oluşturulan embriyoların *'yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun'* kullanılması yasaklanmış ve sözkonusu embriyoların 5 yıl süre sonunda imha edilmesi öngörülmüştür. Buna göre, Türkiye'de üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına da izin verilmemektedir. Öte yandan Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, Hollanda, İspanya, İsveç ve İngiltere belirli koşullar çerçevesinde yedek embriyoların kullanımına izin veren ülkeler arasında yer alırken, Almanya, Avusturya ve İtalya'da yedek embriyo kullanımı yasak olmakla birlikte insan embriyonik kök hücre hatlarının ithaline bazı durumlarda izin verilmektedir. İnsan embriyonik kök hücre eldesi için yedek embriyoların kullanımına izin vermeyen ülkeler ise İrlanda, Litvanya, Polonya ve

<sup>29</sup> Walters, s 3-38.

<sup>30</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, 1986: 14.A.iii ve iv; ayrıca 1989: Appendix, H. 21, B. 5, E. 14

<sup>31</sup> Klonlama ve Biyoetik, Unesco Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Ankara 2005, s 4.

<sup>32</sup> Çoban, s 205-206



Slovakya yer alırken, Belçika ve İngiltere’de insan embriyolarının araştırma amaçlı oluşturulmasına izin verilmektedir<sup>33</sup>.

### **b. Dondurulmuş Embriyolar**

Suni döllenme tekniğinin embriyoların dondurularak saklanması olasılığı yaratmasıyla, bu embriyolar üzerinde araştırma yapılması veya ileriki implantasyonlar(rahim içi uygulama) için kullanılması mümkün hale gelmiştir. Teorik olarak eğer embriyolar dondurulabiliyorsa, o zaman kadınların aşırı yumurta üretmesini sağlayan hormon, ilaç gibi yardımcı tedavi yöntemlerini kullanmasına gerek kalmayacaktır. Bunun yerine kadından alınan yumurtalar dışarıda döllenecek, oluşturulan embriyolar dondurulacak ve gebelik için tercih edilen periyodlar takip edilerek implantasyon gerçekleştirilebilir.

Dondurulmuş embriyolar ile ilgili temel sorun yine bunların hukuki statülerinin ne olduğunun belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, embriyoları oluştukları andan itibaren insan olarak kabul edersek, bunların yok edilmemesi ve üzerinde araştırma yapılmasının sıkı şartlara bağlanması gerekir. Ayrıca, dondurulmuş embriyonun mülkiyet konusu olup olmayacağı da bu belirlemelere bağlıdır. Öte yandan, konuyla ilgili temel sorunlar çiftlerden birinin çocuk sahibi olmayı herhangi bir sebepten ötürü reddettiğinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum embriyo kime ait sorusunu da beraberinde getirmektedir. Tüm bu sorular bizi yukarıda yapmış olduğumuz tartışmaya götürecektir. Yaşam ne zaman başlar? AİHM’nin bu soruya yanıt vermekten kaçındığını belirtmiş olsak da Mahkemenin dondurulmuş embriyolara ilişkin tutumundan bahsetmek gerekir. Dava yumurtalık kanseri olan Natallie Evans’ın yumurtalıkları alınmadan önce partneri J. ile tüp bebek tedavisi çerçevesinde embriyoların oluşturulması ve bunların dondurularak saklanmasına ilişkindir. Çiftin ilişkileri sona erdiğinde Bay J. embriyoların kullanılmasına ilişkin onamını geri çekmiş ve Bayan Evans’ın çocuğunun genetik babası olmayı istemiştir. Sonuç olarak ulusal hukuk gereği yumurtalar imha edilmişler, böylece Bayan Evans’ın bundan böyle genetik olarak ilişkilenebileceği bir çocuk sahibi olma olanağı sona ermiştir. İHAM, Bayan Evans’ın durumuna anlayışla yaklaşmakla birlikte, oluşturulmuş embriyoların yaşam hakkına sahip olmaması, bu konuda bir Avrupa oydaşmasının bulunmaması ve tüp bebek tedavisine başlamazdan önce Bayan Evans’ın dikkatine sunulmuş olan onama ilişkin kuralların açık bulunması ve son olarak da yarışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmuş olması nedeniyle AİHS’nin yaşama hakkı ve özel yaşamın gizliliğine ilişkin maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Klonlama ve Biyoetik Raporu, s 16.

<sup>34</sup> Evans v. Birleşik Krallık , 10.04.2007 tarihli karar (6339/05); AİHM Günlüğü <http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>

Dondurulmuş embriyolara ilişkin olarak ABD'de konuyla ilgili ortaya çıkan ilk sorunsal oldukça ilginçtir. Buna göre dondurulmuş embriyoların sahipleri, bir uçak kazasında yaşamlarını yitirmiş, arkalarında milyon dolarlık servet ve iki dondurulmuş embriyo bırakmışlardır. Çiftlerden birinin ilk evliliğinden olan oğlu, servetin tümüne sahip olacağını iddia ettiyse de, dondurulmuş embriyolardan bir çocuk dünyaya gelme ihtimali bu iddiayı tehlikeye sokmuştur. Mahkeme konuyu embriyonun hakları açısından tartışmaya açtıysa da, kazada ölen erkeğin kısır olduğu ve döllenmiş yumurtaların bir donörden alındığının ortaya çıkmasıyla konu kapanmıştır<sup>35</sup>. Dondurulmuş embriyoların yasal statüsüne ilişkin diğer dava ise boşanan çiftlerin anlaşmazlığına konu olmuştur. Buna göre kadın dondurulmuş olan embriyoları kullanmayı isterken, erkek çökmüş bir evlilikten ortaya çıkacak bir çocuğu istemediğini bunun maddi manevi yükünü karşılayamayacağını belirtmiş, ayrıca ebeveyn olmaya zorlanmaması gerektiğini iddia etmiştir. Bu savunma daha önce ABD Yüksek Mahkemesinde görülen Roe vs Wade (1973) davasının bir versiyonu şeklinde düşünülebilir. Zira sözkonusu davada Yüksek Mahkeme, kamu yararı ve embriyonun çıkarlarının hamile kadının özel yaşamının koruyucu hakkının üzerinde olmadığına karar vermiş, kadının korunması gereken haklarını göz önünde bulundurarak, embriyonun anneden ayrı bir yaşam hakkına sahip olduğu görüşünü kabul etmemiştir. Bu yolla menfaatler çatışmasında, annenin mahremiyet hakkı, açıkça ceninin potansiyel yaşama hakkına tercih edilmiştir<sup>36</sup>.

Ülkemizde konuyla ilgili olarak "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalar ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik" bulunmaktadır. Bu Yönetmelik ile üremeye yardımcı amaçlı olarak dondurulmuş olan yedek embriyoların başka amaçla kullanılması yasaklanmış ve sözkonusu embriyoların 5 yıl süre sonunda imha edilmesi öngörülmüştür. Yönetmeliğin ilgili maddesine göre, "*adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir*" (m.18/11 ve 12). Dolayısıyla iç hukukumuz dondurulmuş embriyoların hangi hallerde ve ne süre içerisinde yok edileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Öte yandan embriyo üzerinde bilimsel araştırma yapan bazılarına göre embriyonik kök hücre araştırmaları çok hızlı gelişim gösteren ve rejeneratif tıpta büyük ümit vaat eden bir yapı arz ettiği için embriyonik kök hücre araştırmalarına kaynak oluşturmak için yedek embriyoların 5 yıl sonra yok edilmeyerek

<sup>35</sup> Sandra Blakeslee, New Issue in Embryo Case Raised Over Use of Donor, **New York Times**, 21 June 1981.

<sup>36</sup> Korkut Kanadoğlu, *Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar*, yayımlanmamış makale, s. 6.

eşlerden onam alınmak suretiyle araştırmalarda kullanılması konusunun tartışmaya açılması gerektiğini savunmaktadır<sup>37</sup>.

### III. Kürtaj

Kürtaj yaşam hakkına ilişkin olarak üzerinde en çok tartışılan sorunlardan biri olmuştur. Bu durum konunun kişi ve topluma hakim olan dünya görüşü ve inanç üzerinde şekillenen değerlere bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Birçok muhafazakar görüş, kürtajı yaşamın kutsallığı tezi nedeniyle redderken, liberal görüş sahipleri konuya kadının üreme hakkı, özel yaşamına saygı duyulması ve kendi geleceğini belirleyebilmesi temelinde yaklaşmaktadırlar. Gerçekten de kürtajla ilgili tartışmaların özünü hak merkezli çıkarlar çatışması oluşturmakta, bu bağlamda ahlaki konumu tartışılan özne ise daha çok embriyo olmaktadır. Döllenenmeden doğuma kadar olan dönemde embriyo veya cenini yok etmenin haklı çıkarılabileceği bir nokta saptanmadığı sürece kürtajın ahlaka ve hukuka aykırılığı meselesinin çözülmesi mümkün gözükmemektedir<sup>38</sup>.

Geçen yüzyıla baktığımızda kürtaj tartışmasının liberaller lehine sonuçlandığını söylememiz mümkündür<sup>39</sup>. Zira, kürtajın yasallaşması ilk olarak 1917'de Rusya'da Devrim sonrası meydana gelmiştir. Bu yasallaşma sürecini sırasıyla 1935'de İzlanda, 1938'de İsveç izlemiş ve 1970'lere geldiğimizde birçok Avrupa ülkesi bu gruba katılmıştır. Bugün birçok Avrupa ülkesinde yasal olmakla birlikte bu ülkelerde kürtaj açısından getirilen sınırlamalar farklıdır. Malta Avrupa'da kürtajı tamamen yasaklarken, Katolik inancın hakim olduğu İrlanda'da sadece annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda kürtajı izin verilmektedir. İspanya, Polonya, Portekiz ve İsviçre'de ise bu sınırlama annenin fiziksel veya ruhsal sağlığı için gerekli görülmesi şartına bağlanmış, ensest ve tecavüz vakaları bu sınırlamaların dışında tutulmuştur. Finlandiya, Lüksemburg ve İngiltere ekonomik ve sosyal nedenleri de bu sınırlamalara dahil etmiştir. Güçlü Katolik geleneğe sahip olan ve geçmişte kürtajı çok ağır cezalandıran ülkelerin başında gelen Fransa ise, kabaca *gönüllü gebelik* olarak bilinen yasayı 1975'de kabul ederek 12 haftaya kadar olan gebeliklerin istek üzerine sonlandırılabilmesini mümkün kılmıştır. Dahası ertesi gün hapı/kürtaj hapı olarak bilinen ilacı üreten ve yasallaştıran ülke de 1988'de Fransa olmuştur. Almanya'da 12 haftaya kadar kürtajı izin veren ülkeler arasında yer alırken, öncesinde kadınlar danışmanlık hizmeti almakta ve karar verdikten sonra 3 gün beklemektedirler. Öte yandan İtalya ve Lüksemburg gibi bazı ülkelerde hekimlerin ahlaki veya dini inanışları gereği kürtaj yapmama hakkı bulunmaktadır<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Klonlama ve Biyoetik Raporu, s 20.

<sup>38</sup> Didem Gediz Gelegen, Tartışma: Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar Mı?, *Fe Dergi* 3, S. 1 (2011), s 65-71.

<sup>39</sup> Robert C. Ostergren, Mathias Le Bosse, **The Europa**, Guilford Press, 2011, s 202.

<sup>40</sup> Ostergren, Bosse, s 203.

Belirtelim ki, kürtaj hakkının çeşitli nedenlerle güvence altına alınmadığı durumlarda, kadının toplumsal ve kültürel en önemli rolünün kadınlık olduğu vurgusu öne çıkmaktadır. Bu da kadını kendi üreme sisteminin tutsağı haline getirmektedir.

Öte yandan, kürtajın yasaklanması kadının yaşama hakkının ihlali yanında özel yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunmasını hakkının da ihlalini oluşturmaktadır. AİHM kürtajla ilgili bir kararında<sup>41</sup>; doğmamış çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi ile doğrudan korunan “kişi” olarak kabul edilemeyeceği ve doğmamış çocuğun “yaşam hakkı” varsa bile bu hakkın zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır<sup>42</sup>. Hatta, kürtajın engellendiği bazı durumlarda AİHM, bu durumu, “kötü muamele ve işkence” olarak kabul etmiştir<sup>43</sup>. Nitekim, 2008 yılında Türkiye’nin de katıldığı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği’nin kararında (1607/2008), güvenilir ve ucuz kürtaja sınırlamalar getirilmemesi, güvenilir ve emniyetli kürtajın sınırlandırılması gerektiği ortaya konmuştur. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komisyonu’nun ya da BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin kürtaj yasağı ya da sınırlandırmalarının kadınların yaşama hakkı açısından doğurduğu riskleri belirten ve ülkelerin yasalarını değiştirmelerini isteyen kararları bulunmaktadır<sup>44</sup>.

Embriyo veya cenin kadından ayrı ve bağımsız bir varlık değildir. Döllenme-yi takip eden süreç içinde embriyo veya ceninin doğuma kadar geçirdiği evreler kadına bağımlı olarak gerçekleşir. Bu nedenle onun yaşamını anneden bağımsız olarak düşünmemek gerekir. Bu durumda her ikisinin de yaşama hakkına ilişkin kararı verecek olanın kadın olması kaçınılmazdır. Kürtajla ilgili ortaya çıkan haklar çatışmasına ek olarak gözden kaçan bir konu da kadına ruhsal, fiziksel olarak bağlı olan ve gelişmekte olan bu canlının üzerinde sahip olduğu karar verme yetkisidir. Burada karar verme yetkisi ile kadının kendi hakları kastedilmemektedir. Yani kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel yaşamının korunması hakları değil, bizatihi embriyonun kendi hakkı açısından karar verecek merciin kadın olmasıdır.

#### IV. SONUÇ

Embriyo veya ceninler üzerinde araştırma yapılması, dondurulmuş embriyoların imha edilmesi veya kullanılması, buna kimin karar vereceği, kürtaj gibi konular aslında daha önce de belirttiğimiz gibi belirli bir dünya görüşü ve tercihin etik yansımalarıdır. Ancak etik açıdan yapacağımız değerlendirmeler ne olursa olsun,

<sup>41</sup> Vo v Fransa, 8.7.2004 tarihli karar, 53924/00, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>.

<sup>42</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, H/Norveç davasında (1992), kadının yaşamında güçlükler doğurması nedeniyle 14 haftalık bir gebeliğin sona erdirilmesinin sözleşmeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

<sup>43</sup> R.R. v. Polonya 26.5.2011 tarihli karar, (27617/04), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch>

<sup>44</sup> BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin 19 No’lu Genel Tavsiyesi: Kadınlara Karşı Şiddet, m. 22- 24/m., Rıza Türmen, Kürtaj ve İnsan Hakları, Radikal Gazetesi, 5.6.2012,

günümüz teknolojisinin ve tıbbın geldiği noktada, hukuka uygun birtakım düzenlemelerin yapılması ve güvencelerin getirilmesi gereği ortadadır. Zira anayasalarda ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer alan yaşama hakkı, tartıştığımız bu konuları kapsamak açısından oldukça yetersiz kalmaktadır.

Bir yanda teknoloji ve tıbbın insanoğlunun önünde açacağı yeni tedavi ve alternatif buluşlar yer alırken, diğer yanda bu amaca giden yolda hangi aracı, nasıl kullanacağımız sorusu akıllara takılmaktadır. Yine bir yanda kadının kendi geleceğini belirleme ve özel yaşamının korunması hakkı yer alırken, karşısında potansiyel insan olma yolunda olan bir varlığın hakları ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz açık yasal düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda bu hakların uzlaştırılabilmesi ve adil, optimal bir dengenin bulunabilmesi çok kolay değildir. Yarar-zarar dengesinin yapılması ve hangi haklar veya menfaatlerin çatıştığının açıkça ortaya konmasının yanı sıra, yeknesak bir anlayışın benimsenmesi ve meşru zemine oturtulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, embriyolar veya ceninlerin hukuki statüsünü açıklığa kavuşturacak yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu düzenlemelerde yaşamın ne zamandan itibaren başlamış sayılacağına da belirlenmesi gerekir. Bu belirleme yapılacak yasal düzenlemenin de belkemiğini oluşturacaktır. Zira hemen hemen tüm düşümler bu soruya verilecek yanıtla çözülecektir. Örneğin yapay döllenenlerde uteruse yerleşme anı yaşamın başlangıcı kabul edilirse, bu aşamadan sonra yapılacak kürtaj, araştırma, deney veya imha gibi yöntemler yaşama hakkının ihlali sayılabilecektir. Yine bu belirlemeye bağlı olarak ceza hukuku açısından suçun mağduru olma noktasında cenin veya embriyoyu gebeliğin en erken safhalarına kadar götürmek mümkün olabilecektir. Farklı bir olasılık embriyo veya ceninin tam doğma koşuluyla kişi sayılacağı ve yaşama hakkının süjesi haline gelebileceği noktasında ortaya çıkabilir. Bu durumda şüphesiz bunu takip edecek yasal düzenlemelerin de bu anlayışla uyumlu hale getirilmesi gerekecektir. Özetle, yapılacak yasal düzenlemeler yukarıda bahsetmiş olduğumuz sakınca ve riskleri göz önünde bulundurarak, teknik, tıbbi ve hukuki açıdan kabul görececek bir zaman aralığının tespitini gerektirmektedir.

### KAYNAKÇA

- ALTUNKAŞ, Aysun, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi.
- BLAKESLEE, Sandra, New Issue in Embryo Case Raised Over Use of Donor, **New York Times**, 21 June 1981.
- BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin 19 No'lu Genel Tavsiyesi: Kadınlara Karşı Şiddet.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT YENERER, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, İstanbul 2011.
- ÇOBAN, Aykut, *Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 86, 2009.

- DÖNMEZ, Burcu, *TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı 2, 2007.
- EDWARDS, Robert, *Ethics and Embryology: The Case for Experimentation*, **Experiments on Embryos**, Ed. Anthony Dyson, John Harris, Routledge, 2002.
- G., Maio, Welchen Respekt schulden wir dem Embryo? Die Embryonale Stammzellforschung in medizinischer Perspektive, Deutsche Medizinische Wochenschrift, 2002.
- GEDİZ GELEGEN, Didem, Tartışma: Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar Mı?, *Fe Dergi* 3, S. 1 (2011).
- GREEN, Ronald Micheal, **The Human Embryo Research Debates: Bioethics in the Vortex of Controversy**, Oxford University Press, 2001.
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara 2007.
- HARRIS, John, *Embryos and Hedgehogs: On the Moral Status of the Embryo*, **Experiment On Embryos**, Ed. Anthony Dyson, John Harris, Routledge 2002.
- HARRIS, John, **The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics**, Routledge 1985.
- JNR, H. W. Jones, *The Ethics of in-vitro Fertilization-1981*, Ed. Edwards and Purdy, **Human Conception in Vitro**, London Academic Press, 1981.
- JONES, D. G. – TOWNS, C. R., Navigating the Quagmire: The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research, **Human Reproduction**, 2006.
- KANADOĞLU, Korkut, *Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar*, yayımlanmamış makale.
- Klonlama ve Biyoetik, Unesco Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Ankara 2005.
- KNOEPFFLER, N., *Stem Cell Research: An Ethical Evaluation of Policy Options*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March, 2004.
- MADDEN, D., *Article 40.3.3 and Assisted Human Reproduction*, Ed. J. Scheppe, **The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland**, Dublin, The Liffey Press, 2004.
- MILLS, S., **Research, Embryonic Stem cells and Genetics in Clinical Practice and the Law**. Dublin, Tottel Publishing Ltd, 2007.
- MURRAY, Ross - JENNER, John, **Revise HSC Studies of Religion 1**, Pascal Press, 2003.
- OSTERGREN, Robert C. - LE BOSSE, Mathias, **The Europa**, Guilford Press, 2011.
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

REHMANN-SUTTER, C. - PORZ, R. - SCULLY, J.L., Sourcing *Human Embryonic Tissue: The Ethical Issues*, **Fundamentals of Tissues Engineering and Regenerative Medicine**, Ed. Ulrich Meyer, Thomas Meyer, Jörhg Hanschel, Hans Peter Heinsman.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz - ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2010.

The Ciba Foundation, **Human Embriyo Research, Yes or No?**, London and New York: Tavistock Publications, 1986.

TÜRMEEN, Rıza, Kürtaj ve İnsan Hakları, Radikal Gazetesi.

WALTERS, L., *Human Embryonic Stem Cell Research: An Intercultural Perspective*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March.

#### YARARLANILAN İNTERNET ADRESLERİ

[www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr)

<http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>.





# HUKUKUN KÜLTÜRLE İMTİHANI

## *(Law's Ordeal with Culture)*

F. Ceren AKÇABAY\*

### ÖZET

Son yıllarda hukuk incelemelerinin gözde kavramlarından biri haline gelen kültürün hukuk ile ilişkisi incelemeye değer bir literatür oluşturmaktadır. Kültür kavramının geçirdiği dönüşümler hukuk ile ilişkisinde birebir etkili olmuş, kültür kavramına ilişkin açıklamalar değiştikçe hukukun toplumsal gerçekliğin bir parçası olan kültüre bakışı da bundan etkilenmiştir. Bu çalışmada, sosyal bilimlerde kültür kavramının geçirdiği dönüşümün politik niteliği ile hukuk ve kültür ilişkisinin görünümleri ele alınmaya çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Hukuk, kültür, kültürel görelilik, Kültürel Çalışmalar.

### *Abstract*

The relationship between law and culture -which is one of the favorite concepts in last years- constitutes a valuable literature. The transformation of the concept of culture is reflected to the relationship between law and culture, when the explanation of culture concept changes, the perspective of law about culture that is a part of social reality changes. In this study, it has been tried to research the political character of transformation that the concept of culture has got through and the forms of the relationship between law and culture.

**Keywords:** Law, culture, cultural relativism, Culturel Studies.

### 1. Giriş

Hukuk ve kültür ilişkisi, hukuka toplumsal açıdan yaklaşan bütün hukuk çalışmaları açısından önemli bir problem teşkil etmektedir. Kültürün hukuk açısından önemi ve belirleyiciliği üzerine yapılan tartışmalar, hukuka ilişkin pek çok farklı yaklaşım gelişmesine ve hukuk teorisinde geniş bir literatür oluşturmaya neden olmuştur. Hukuk ve kültür ilişkisine dair literatür bir bütün olarak ele alındığında en dikkat çekici husus, kültür kavramının bu çalışmalarda bambaşka şekillerde ele alınıyor oluşudur.

\* Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Sosyal bilimlerin en zor tanımlanan kavramlarından bir olan kültürün geçirdiği kavramsal dönüşüm, hukuk çalışmalarını birebir etkilemiş hukukun toplum ile ilişkisinin ve toplumsal ihtiyaçlara ilişkin olarak yerine getirdiği işlevlerin farklı şekillerde ele alınmasına neden olmuştur. Bu çalışmada esas olarak, sosyal bilimlerde kültür kavramının geçirdiği dönüşümün hukuk yaklaşımları üzerindeki etkisi ile hukuk ve kültür ilişkisinin görünümleri ele alınmaya çalışılacaktır. Günümüzde kültür üzerinden geliştirilen toplumsal taleplerin hukuk tarafından karşılanabilmesi için kültür kavramının karmaşık yapısının ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması ve hukukun kültür kavramı ile olan uzun soluklu öyküsünün bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir.

## 2. Kültürün Kavramsal Dönüşümü

Kültüre ilişkin olarak ortaklaşılın ender tespitlerin başında, kültürün oldukça sorunlu bir kavram olduğu gelmektedir<sup>1</sup>. Kültür kavramına ilişkin en kapsamlı çalışmalardan birini yapmış olan Raymond Williams'a göre "kültür" sözcüğünün birbirinden farklı düşünce sistemleri ve entelektüel disiplinlerde farklı ve önemli kavramlara karşılık gelecek şekilde kullanılması terime yönelik fikir birliğinin sağlanmasını zorlaştırmaktadır. Kültürün çok sayıda ilgi ve arayışa konu olması, onu sosyal bilimlerin tanımlanması en güç kavramlarından biri haline getirmiştir<sup>2</sup>.

Kültür kavramının kökeni tarıma ilişkin olup kültür kelimesi önceleri ürünleri yetiştirme, "ekme" anlamında kullanılmış; kelimenin anlamı daha sonra insan gelişimini de kapsayacak şekilde genişlemiştir<sup>3</sup>. Ancak kavramın geçirdiği en belirgin değişim, kültürün insanın yetiştirilmesi, işlenmesi ve eğitilmesi anlamında kullanılmaya başlanarak soyut bir içerik kazanmasıdır<sup>4</sup>. Kültür, 18. yüzyıla kadar bireysel gelişimi karşılayacak şekilde tekil bir anlamda kullanılırken, Aydınlanma ile birlikte çoğul bir anlam kazanmış; bir insan topluluğunun, bir halkın ya da bir ulusun düşünce ve değer birliğini meydana getiren düşünsel, sanatsal, teknik ve felsefi tüm üretim ve varlıkları tanımlamaya başlamıştır<sup>5</sup>. 18. yüzyıl Alman Romantizminin önde gelen düşünürü Johann G. Herder kültürü bir ulusun, halk ya da topluluğun yaşam tarzı olarak tanımlayarak kültür kavramının çoğul bir anlam

<sup>1</sup> Peter Burke, **Kültür Tarihi**, Mete Tunçay (çev.), İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 40.

<sup>2</sup> Raymond Williams, **Kültür**, E. Başer (çev.), Ankara: İletişim Yayınları, 1993, s. 11-12; Raymond Williams, **Culture and Society: 1780-1950**, Middlesex: Penguin Book, 1977, s. 76-77.

<sup>3</sup> Asa Briggs, "*Kültür*", Sevim Kebeli (çev.), **Milli Folklor**, Sayı: 74, 2007, s. 99.

<sup>4</sup> Raymond Williams, **Anahtar Sözcükler: Kültür ve Toplumun Söz Varlığı**, Savaş Kılıç (çev.), Ankara: İletişim Yayınları, 2005, s. 106-107.

<sup>5</sup> Williams, **Anahtar Sözcükler**, s. 104-105; Herder politik felsefenin kültürcü yaklaşımının bir devamcısı kabul edilmektedir. Parekh'e göre, eski Yunan sofistleri, Vico, Montesquieu ve Herder ile devam eden kültürcü yaklaşım politika kuramının temeline kültürü koyarak kültüre insan davranışları belirleyen güç olarak bakmış ve kültürel deterministik bir bakış açısı yaratmıştır. Bkz. Bhikhu Parekh, **Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory**, London: Macmillan, 2000, s. 70.

kazanmasında önemli rol oynamıştır<sup>6</sup>. Aydınlanma döneminde kültür, evrensel ve objektif bir kavram olarak kullanılırken Herder'in yaklaşımının etkisi ile kültür, özellikle Almanya'da, tarihsel varlığın ayırıcı bir unsuru olarak kullanılmaya başlanmıştır<sup>7</sup>.

Antropoloji ve etnoloji bilimlerinin doğuşu ile kültürü bilimsel olarak ele alabilmek için yapılan ilk tanım ise Edward B. Tylor'ın 1871 tarihli "Primitive Culture" (*İlkel Kültür*) adlı eserinde yaptığı tanımdır. 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl boyunca antropologların kültür kavrayışında önemli bir etki bırakan bu tanıma göre, "kültür ya da geniş tanımıyla uygarlık; bilgileri, inançları, sanatı, ahlakı, hukuku, gelenek ve görenekleri, insanın toplumun bir üyesi olarak edindiği diğer bütün yetenekleri ve alışkanlıkları kapsayan karmaşık bir bütündür"<sup>8</sup>. Tylor, evrimci bir bakış açısına sahip olmakla beraber kültürü, Almanya'daki kullanımına benzer şekilde ulusal karakterin yansıması olan her şeyi kapsayacak şekilde ve uygarlıkla<sup>9</sup> eş anlamlı olarak ele almıştır. Tylor'ın ucu açık kültür tanımı, kültür kavramına sınırsız bir çalışma alanı yaratarak zaman içinde kültüralist eğilimlere ve kültürel göreliliğe gidecek kapıyı da aralamıştır<sup>10</sup>.

Tylor'ın Alman kültür yaklaşımı ile örtüşen tanımı, özellikle Alman ve Avusturya kökenli antropologların ilgisini uyandırmış, Franz Boas ve Bronislaw K. Malinowski Tylor'ın kültür yaklaşımından hareketle antropoloji alanında kültür üzerine yapılan çalışmaları hızlandırmışlardır<sup>11</sup>. Boas, başlangıçta 19. yüzyıl Amerikas'ında egemen olan evrimci antropoloji tarafından dışlanmakla beraber; kültürü, doğal koşulların mekanik bir yansıması olarak değil, bağımsız yasaların denetimindeki özgül tekil süreçlerin ürünü olarak niteleyerek kendisinden sonraki kuşakları etkileyecek tarihsel tikelci bir görüş ortaya koymuş ve Amerikan antropolojisinde kültürel göreliliğin başlangıcını yapmıştır. Malinowski ise kültürü antropolojik çalışmaların merkezine yerleştirerek kültürel antropolojinin kurucusu olmuştur. Malinowski'ye göre kültür, insanların karşılaştıkları sorunları çözmelerini kolaylaştıran, biyolojik

<sup>6</sup> Doğan Özlem, **Kültür Bilimleri ve Kültür Felsefesi**, İstanbul: İnkılap, 2000, s. 142-145.

<sup>7</sup> Carlo Penisi, "Sociological Uses of The Concept of Legal Culture", David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Vermont, 1997, s. 106.

<sup>8</sup> Edward B. Tylor, **Primitive Culture**, 1871, s. 54'den aktaran Leslie A. White, "The Concept of Culture", **American Anthropologist**, Sayı: 61, 1959, s. 227.

<sup>9</sup> Kültür, Almanca'da, uygarlık ise İngilizce ve Fransızca'da benimsenen terimlerdir. Uygarlık ve kültür terimlerinin çeşitli dillerdeki farklı kullanımları, ayrıca uygarlık kavramının, insanlığın ilerlemeci bir doğrultuda gelişimini ifade eden bir anlama bürünmesi, kültür kavramının yaşadığı anlam karmaşasını derinleştirmiştir. Kültürün, uygarlık kavramından sıyrılması ancak zaman içinde, bir egemenlik ve meşrulaştırma biçimi olarak da kullanılmaya başlayan uygarlık teriminin gözden düşmeye başlaması ile mümkün olabilmıştır. Bkz. Özlem, s.144-145; Massimo Borlandi ve diğerleri, **Sosyolojik Düşünce Sözlüğü**, (çev.) Bülent Arıbaş, İstanbul İletişim Yayınları, 2011, s. 444.

<sup>10</sup> J.-L. Harouel, "Sociology of Culture", (ed.) Neil J. Smelser ve Paul B. Baltes, **International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences**, Berlin: Elsevier, 2001, s. 3179-3181.

<sup>11</sup> J. L. Harouel, s.3179.

ihtiyaçlarını gidermelerini, çevre ve çevreden kaynaklanan tehlikelerle baş etmelerini sağlayan düşünce, beceri, inanç ve alışkanlıklardan oluşan bir bütündür<sup>12</sup>.

Kültürel antropoloji çalışmalarının, Amerika başta olmak üzere dünya çapında hızla yaygınlaşması gitgide her toplumu belli bir değer sisteminin karakterize ettiği ayrı bir kültürel bütün olarak kabul eden ve “kültüroloji<sup>13</sup>” adı verilen radikal bir teoriler dizisinin ortaya çıkmasına da neden olmuştur. Kültüroloji bir yandan belli bir toplumdaki inançların ve kişiliklerin kültürün ürünü olduğunu savunurken diğer yandan da bütünsel bir değer sistemi her toplumda belirleyici olamayacağı için “alt kültürler” kavramını geliştirmiştir. Bu yaklaşım yavaş yavaş Tylor’ın kapsamlı kültür tanımı içinden kültür kalıplarının yani insan davranışlarının simgesel yanının ön plana çıkmasına neden olmuştur<sup>14</sup>.

Kültür kavramının geçirdiği değişimde, kültürel antropoloji çalışmalarının kapsamını belirleme kaygısı da belirleyici olmuştur. Kültür ve insan davranışı arasındaki ayrımın belirlenmesi çabası içinde; kültür, insan davranışının kendisi değil insan davranışının soyutlaması olarak görülmeye başlanmıştır. Bu yaklaşımdan yola çıkarak, Tylor’ın tanımı üzerinde değişikliğe giden Alfred L. Kroeber ve Clyde Kluckhohn; kültürü, sembollerle aktarılan, davranışlardan oluşan veya davranışları oluşturan, insan topluluklarının meydana getirdiği açık ve örtülü kalıplar olarak tarif etmişlerdir. Kroeber ve Kluckhohn’a göre davranış, psikolojinin araştırma ala-

<sup>12</sup> Sibel Özbudun ve Balkı Şafak, **Antropoloji: Kuramlar/Kuramcılar**, Ankara: Dipnot Yayınları, 2005, s. 76-78, 108 ve 100-112. Kültürel antropolojinin hızlı yükselişi kendi karşısını yaratmakta gecikmemiş Alfred R. Radcliffe-Brown ve takipçileri kültür kavramını mümkün olduğunca az kullanarak Britanya’da sosyal antropoloji çalışmalarını gündeme getirmişlerdir. Bkz. J. L. Harouel, s. 3179-3180. Kültürel antropoloji ise daha çok ABD’de taraftar bulmuştur. Bkz. Peter Burke, **Tarih ve Toplumsal Kuram**, (çev.) Mete Tuncay, İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, 1994, s. 115-116. Kültürel antropoloji ve sosyal antropoloji aynı işlevselci kökeni paylaşmakla birlikte; Radcliffe-Brown’un işlevselciliği kültürü, her bir unsuru özgül bir işleve sahip, birbiriyle etkileşim içinde, bütünleşmiş bir tüm olarak tanımlarken Malinowski’nin işlevselciliği kültürel unsurların işlevlerini toplumun bütününe tutunumunu sağlamak olarak görür. İnsan ihtiyaçları kültür tarafından karşılanırken kurumlar ortaya çıkar. Kurumlar, ihtiyaçları karşılayıcı faaliyetler sürdürerek toplumsal örgütlenme sağlar ve mistik bir karakter meydana getirirler. Kurum, Malinowski’nin kültür kuramının anahtar birimini oluşturmakla beraber Radcliffe-Brown’dan farklı olarak Malinowski kurumları evrensel ve amaçlı faaliyet sistemleri olarak görür ve kurumların topluluk üyelerinin kullandığı terimlerle anlaşılmasını ister. Radcliffe-Brown ilk çalışmalarında “kültür” terimini az da olsa kullanmakla beraber, sonraları bir toplumun değer ve normlarını gözlemlemek mümkün olmadığı için bir kültür biliminin olanaksız olduğunu belirterek bu kavramı tamamen reddedecektir. Bkz. Özbudun ve Şafak, 108-112, 118-119.

<sup>13</sup> Kültürolojinin kurucusu Boasçı kültürel görelilikten ekolden yetişmiş olmasına karşın yeni-evrimci bir anlayışa sahip olan Leslie A. White’dir. White da tıpkı Tylor gibi kültür kavramını evrimci bir anlayıştan yola çıkarak toplumlar arasında sınıflandırma yapabilmek için kullanmaya başlamış, akımın yaygınlaşması ve kültürü bir semboller sistemi olarak ele alması ise önce çok hatlı evrimciliğin daha sonra da evrimciliğin karşı kampı olan kültürel görelilik düşüncelerin önünü açmıştır. Özbudun ve Şafak, s. 145-146 ve 150 ve J. L. Harouel, s. 3181.

<sup>14</sup> J. L. Harouel, s. 3179-3180.

nı içinde yer almaktadır. Kültürün davranış olarak tanımlanması onu psikolojinin konusu haline getirir. Antropolojinin ele alması gereken ise davranıştan çok onun soyutlamasıdır<sup>15</sup>. Krober ve Kluchohn'a göre kültür, simgelerle edinilip aktarılan içkin ve dışsal davranış kalıplarından oluşur. Kültürün asli çekirdeği geleneksel fikirler ve bu fikirlere atfedilen değerlerdir. Değerler ise önceden belirlenmiş ve ebedi değil, değişken ve görelidir, bu nedenle değerleri anlayabilmek kültürel göreliliği bir perspektifi gerektirir. Dolayısıyla kültürel göreliliği perspektif antropolojinin ayırt edici özelliğidir<sup>16</sup>.

Taylor'ın yaptığı kültür tanımı içinde bir arada yer alan normlar, değerler, inançlar ve semboller böylelikle yavaş yavaş birbirinden ayrılmıştır. Kültürün bir unsuru olan davranış ile ilgili görülen ve değerlerin yansımaları kabul edilen normlar, önceleri kültürel incelemeler bakımından önemsendiyse de; Amerika'da önemli ölçüde kabul görmeye başlayan kültürel antropolojinin kültürü soyutlamalar ve semboller şeklinde ele almaya başlaması kültürün zamanla sembellere indirgenmesine neden olmuştur<sup>17</sup>.

Kültür kavramının dönüşümünde şüphesiz 1970'lerin ikinci yarısı ile 1980'lerin başında antropolojiye sızan postmodernizmin etkisi büyüktür. 1950'lerde kültürel antropoloji içinde başlayan klasik antropolojiye yönelik eleştiriler, bu dönemden itibaren "bilim" ve "modernite" kavramlarının sorgulanmasına doğru evrilmiştir. Büyük ya da meta anlatılara inançsızlık olarak tanımlanan postmodernizm, modernitenin bilim ve teknik sayesinde toplumsal ilerlemenin sağlanabileceği evrensel bir toplum modeli olarak sunulmasına bir tepki olarak görülebilir. Asıl olarak görelilik ve tikelcilikten beslenen postmodernizm bu açıdan Aydınlanma'nın karşısına dikilen 18. yüzyıl tikelci, duyumcu ve kültüralist Alman Romantizmi ile de ortak yönleri sahiptir<sup>18</sup>.

Postmodern antropolojinin önceliği ise Amerikan simgeciliği ya da başka bir de-

<sup>15</sup> White ise Krober ve Kluchohn'un görüşlerini eleştirerek soyutlamaların kültürel antropolojiyi konusuz bıraktığını belirtir; White kültürel göreliliği dışlamak için kültürün konusunu yeniden tanımlar. Ancak White'in tanımında da kültür sembolik düzlemde yer almaktadır. White'a göre, kültür, sembole bağlı olaylardan ve nesnelere oluşur ve antropoloji bu sembolleri psikolojiden farklı olarak insan organizmasıyla ilişkisi çerçevesinde değil, birbiriyle ilişkileri açısından ele almalıdır. Bkz. White, s. 228-235.

<sup>16</sup> Krober'in kültürel göreliliğin kurucusu kabul edilen Franz Boas'ın takipçilerinden oluşu kültüre ilişkin bu açıklamaların oluşumunda etkilidir. Bkz. Özbudun ve Şafak, s. 83 ve 89.

<sup>17</sup> Richard A. Peterson, "Revitalizing the Culture Concept", *Annual Review of Sociology*, Cilt: 5, 1979, s. 137-166.

<sup>18</sup> Rasyonelite, evrensellik ve bilimin kesinlik arayışına karşı geliştirilen postmodernist eleştiriler yeni teknolojik ve uzman görüşlerle de paraleldir. Newton fiziğinin yerini belli bir anda nerede ve hangi hızda oldukları saptanamayan atom-altı parçacıkların bulunmasıyla göreliliğin Newton fiziğine bırakılması ve T. Kuhn'un kavramsal çerçeveleri oluşturan paradigmlar dışında bilimcilerinin başka ölçütlerinin bulunmadığını ortaya koyan paradigma kavramı bütüncü olmayan bir kuram olan postmodernizme kaynaklık etmiştir. Özbudun ve Şafak, s. 287 ve 346-352.

ğişle yorumsamacı antropoloji ile özdeşleşen Clifford Geertz olarak kabul edilmektedir. Kluckhohn'un öğrencisi olan ve onun kültürel göreci düşünceleri ve indirgemeci tutumundan etkilenen Geertz kültürü, simgesel bir sistem olarak ele alarak kültürel süreçlerin okunmaya, tercüme edilmeye ve yorumlanmaya muhtaç olduğunu belirtir. Geertz'e göre kültür, birimi simgeler olan karmaşık bir sınıflandırma sistemidir. Simgesel işlev, evrensel olmakla ve genetik kodun yanında insanların ayakta kalmasını sağlayacak ikinci kodu oluşturmakla birlikte, kültürler birbirinden farklı olduğu için tüm bilişin altında yatan evrensel ilkeler arayışı anlamsızdır. Geertz, kültürlerin birer metin gibi farklı aktörler ve farklı okurlar için farklı ve çok katmanlı anlamlar içerebileceğini bu nedenle gözlemlenip analiz edilmek yerine okunması ve yorumlanması gerektiğini vurgular. Bu postmodern antropolojinin de başlıca savlarından biridir<sup>19</sup>.

Geertz'in bu yaklaşımı kültürel antropolojiden etkilenerek yapısalcılığı yeniden kültür tartışmalarına dahil eden Fransız antropolog Claude Levi-Strauss'un bakış açısı ile de kısmen örtüşür. Levi-Strauss'a göre kültür tıpkı dil gibi, özde keyfi bir simgeler demetinden oluşur. Bu simgelerin özgül anlamları değil daha çok bütünsel bir sistem oluşturacak şekilde birbirleriyle ilişkilenişi önemlidir. Geertz ise yine lingüistikten yola çıkarak simgesel anlamları önemsemekle birlikte daha çok görelî bir yaklaşımın savunucusudur<sup>20</sup>. Geertz'e göre bir metin kümesi olarak kültür, çözümlenmeye değil yorumlanmaya muhtaçtır<sup>21</sup>.

Geertz, toplumlardaki değer sistemleri birbirine benzemediği için kültürel göreliliğin açık bir gerçekliğe dayandığını, bu nedenle de antropolojinin görelî bir yaklaşımdan hareket etmek zorunda olduğunu ileri sürer. Bu açıdan bakıldığında Tylor'ın yaptığı, zaman içinde simgesel unsurları öne çıkararak dönüşen geniş kültür tanımı, postmodernizm atmosferinin de bir ürünü olan kültürel görelî yaklaşım için oldukça elverişlidir. Kültür toplumsal ilişkilerin tamamını kapsayacak şekilde ele alındığında her yerde kültür vardır, her şey kültürel açıdan ele alınabilir, toplumdaki herkes bir kültüre yahut bir alt kültüre dahildir. Kültürel görelilik kültürü kimliğe indirgeyerek farklı kültürlerle ilişkin değer yargılarını dışlar ve bütün değer sistemlerini dolayısıyla da kültürleri yahut kimlikleri eşit derecede meşru kabul eder<sup>22</sup>.

Aslında Geertz'in, kültür kavramını mümkün olduğunca daraltma ve kavramı tamamen sembollere indirgeme çabasının<sup>23</sup> gerisinde önemli bir neden yatmaktadır. Kavramın yeniden yapılandırılması kültürel göreliliğin önünü açmak ve antropolojinin 1970'li yıllardan itibaren yaşamaya başladığı kimlik krizini aşılması için

<sup>19</sup> Özbudun ve Şafak, s. 287, 294-299; Roger M. Keesing, "Theories of Culture", **Annual Review of Anthropology**, cilt: 3, 1974, s. 79-81.

<sup>20</sup> Özbudun ve Şafak, s. 183-184, 198-199.

<sup>21</sup> Keesing, s. 73-97;

<sup>22</sup> J. L. Harouel, s.3182-3183.

<sup>23</sup> Keesing, s. 73 ve 79.

gereklidir. Sömürgeciliğin sona ermesinin ardından ortaya çıkan post-kolonyal çalışmalarda antropolojinin Batı'nın hegemonyasını güçlendirmek açısından oynadığı rolün tartışmalara konu olması; disiplinin epistemolojik, metodolojik ve politik olarak pek çok eleştiriye maruz kalmasına neden olmuştur. Kültür ise antropoloji tarafından üretilen ya da en azından bugünkü anlamına getirilen bir kavram olarak antropolojinin sömürgecilikle olan işbirliğinin asli sorumlulardan biri olarak görülmektedir<sup>24</sup>.

Postmodernizmin yapı sökücü vurgusu ile şiddetlenen tartışmalarda; antropolojinin sömürgeciliğin entelektüel çerçevesini oluşturduğu savunulmuştur. Buna göre, kültür kavramı etrafında yapılan incelemelerde; farklı toplumlar, yaşayan ve değişen varlıklar olarak değil, soyut birer nesne olarak incelenerek homojen ve egzotik bir ötekiye dönüştürülmüş ve geliştirilmek üzere üstün ve evrensel Batı kültürünün ellerine teslim edilmiştir. Kültür kavramı, özellikle 19. yüzyılda Batılı toplumların diğerlerinden ayrılmasını kolaylaştırarak sömürgeci çıkarılara ve ulus kimliklerinin güçlenmesine hizmet etmiştir. Eleştirilere cevap olarak geliştirilen kültürel görelilik ise antropolojiyi önyargılardan arındırmayı ve farklılıkları öne çıkararak tüm toplumsal çeşitlilikleri kapsamayı hedeflemektedir<sup>25</sup>.

Kültür kavramının gelişimini önemli ölçüde etkileyen bir başka gelişme ise, kültür incelemelerini antropolojinin tekelden çıkararak disiplinlerarası bir alan haline getiren Kültürel Çalışmalar'ın (*Cultural Studies*) doğuşudur. 1950 ve 1960'lı yıllarda Birleşik Krallık'ta başlayarak dünya geneline yayılan Kültürel Çalışmalar Akımı, kültür kavramı üzerine eğilerek kültürel anlamları ve sunumları oluşturan kültürel üretimin toplumsal iktidar ilişkileri ve kimlikler üzerindeki belirleyiciliğini tartışmaya açmıştır<sup>26</sup>. Birmingham Okulu'nun (Raymond Williams, Richard Hoggart, E. P. Thompson ve Stuart Hall) öncülüğünü yaptığı Kültürel Çalışmalar Akımı, Marksist bir bakış açısından yola çıkarak pozitivist ve işlevsel toplum teorisini reddetmiş ve kültürü politik bir şekilde tanımlamıştır. Kültürel Çalışmalar içinde kültür, anlamı gündelik hayatta içinde gelişen politik bir kavram kimliği kazanmıştır<sup>27</sup>. Williams'a göre kültür, bir grup insanın yahut belli bir dönemin hayat biçimini temsil eden uygulamalar toplamıdır<sup>28</sup>. Bu çerçevede popüler olarak tanımlanabilecek bütün gündelik eylemler toplumsal metinler olarak kabul edilir. Bu

<sup>24</sup> William H. Sewell, Jr., "The Concept(s) of Culture", **Beyond The Culture**, 1999, s. 36-39.

<sup>25</sup> Nigel Rapport ve Joanna Overing, **Social and Cultural Anthropology, The Key Concepts**, London & Newyork: Routledge, 2003, s. 98-102.

<sup>26</sup> Chris Baker, **Cultural Studies: Theory and Practice** (2. Baskı), London: Sage Publication, 2003, s. 6-11.

<sup>27</sup> N. K. Denzin, "Cultural Studies: Cultural Concerns", (ed.) Neil J. Smelser ve Paul B. Baltes, **International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences**, Berlin: Elsevier, 2001, s. 3121; Stuart Hall, "The Emergence of Cultural Studies and the Crisis of Humanities", **The MIT Press**, Cilt: 53, 1990, s. 11-13.

<sup>28</sup> Williams, **Anahtar Sözcükler**, s. 104-105.

metinler maddi uygulamaları, toplumsal yapıları içerdiği gibi, iktidar ilişkilerini ve bilgiyi de ihtiva eder. Anlam her zaman metinsel, yapısal ve tarihseldir. Dolayısıyla, kültürel süreçler iktidar ilişkilerinin bir göstergesi olarak toplumsal sınıfları, farklı cinsiyetleri, etnik kimlikleri ve ilişkileri bünyesinde barındırır<sup>29</sup>.

İkinci Dünya Savaşı sonrası toplumsal ve kültürel değişimi, İngiliz toplumu özelinde, toplumsal sınıflar ve ideoloji ekseninde aydınlatmaya çalışan bir yaklaşım olarak ortaya çıkan Kültürel Çalışmalar, kısa zamanda Amerika başta olmak üzere dünya genelinde ilgi görmüş; çalışmaların yayılması ise değişimi beraberinde getirmiştir. 1990'lı yıllarda, postmodernizmin de etkisiyle, Kültürel Çalışmalar'da metin üzerine yapılan vurgu öne çıkarak "anlatı yönelimi" (narrative turn) olarak anılan yeni bir döneme girilmiş, anlamın metinselliği üzerine yoğunlaşmaya başlamıştır. Bu yeni süreçte, bir yandan toplumsal hayatın işleyişi konusunda anlatılar üretilirken bir yandan da söylem sistemleri ve anlatıların anlamı ne şekilde oluşturduğu üzerinde durulmuştur. Anlatı yönelimi, hiçbir deneyimin temsil sistemlerinin dışında yer alamayacağını savunarak gerçekliğin ve nesnelliğin göreliliğini vurgulamıştır<sup>30</sup>.

Kültürel Çalışmaları'nın giderek genişleyen sınırları içinde, kültür konusundaki farklı araştırmalar yan yana gelmiş, kısa sürede postmodernist yahut eleştirel farklı yaklaşımlarla birleşen yeni Kültürel Çalışmalar versiyonları ortaya çıkmıştır. Ancak Kültürel Çalışmalar olarak anılan farklı yaklaşımlar kültür kavrayışına ilişkin belli ortaklıklara da sahiptir. Kültürel çalışmaların tamamı kültürü, politik temsil biçimleri olarak tanımlayarak kültürel metinler ve deneyimler üzerinden gündelik hayatı aydınlatma çabası içindedir. Bu açıdan bakıldığında kültür; ırk, cinsiyet ve sınıf gibi farklı kimliklerin oluşumunu ve temsilini sağlayan sürekli devinim halinde bir eylem, yer ve süreç biçimidir. Bu nedenle Kültürel Çalışmalar günümüzde feminizm, eleştirel ırk çalışmaları, farklı cinsel yönelimler, yerli halklar ve post kolonyal çalışmalar gibi pek çok farklı başlık altındaki kültür incelemelerine ev sahipliği yapan ve pek çok bilim dalının sınırlarını zorlayan disiplinler arası bir alan haline dönüşmüştür<sup>31</sup>.

### 3. Hukuk ve Kültür İlişkisinin Görünümleri

Kültür üzerine yapılan hukuk çalışmaları, bir bütün olarak hukuk çalışmaları ile kıyaslandığında, göreceli olarak gecikmeli ve yetersiz kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Yine de, hukuk ve kültür ilişkisini vurgulayan çalışmalar, incelenmeye değer bir literatür

<sup>29</sup> N. K. Denzin, s. 3121.

<sup>30</sup> N. K. Denzin, s. 3121-3123; Stuart Hall, s. 11-23.

<sup>31</sup> N. K. Denzin, s. 3123-3124; M. Douglas, "Cultural Studies of Science", (ed.) Neil J. Smelser ve Paul B. Baltes, **International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences**, Berlin: Elsevier, 2001, s. 3125.

<sup>32</sup> Murat Yüksel, **Hukuki Plüralizm**, İstanbul: Beta, 2003, s. 7.



oluşturmuş durumdadır. Hukuk ve kültür ilişkisi üzerinden geliştirilen en önemli hukuk yaklaşımlarından biri, 19. yüzyılın ilk yarısında Almanya'da ortaya çıkan Tarihçi Hukuk Okulu'nun hukuk anlayışıdır. Tarihçi Hukuk Okulu'nun kurucusu olan Friedrich Karl von Savigny, modern kanunların en önemlilerinden olan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'na dayalı olarak Almanya'da yapılacak kanunlaştırmaya karşı koyarak toplumsal kuralların değişimine yol açan doğal süreçlerin yok sayılıp hukukun kavramsal bir yapı içine oturtulmaya çalışılmasını körlük olarak nitelendirmiştir. Savigny'e göre, ulusal kültür, hukukun kökenini teşkil etmektedir. Her ulusun ruhunu yansıtan kendine özgü bir dili olduğu gibi, kendine özgü bir hukuku da vardır. Bu nedenle hukuk, kanunlarla belirlenemez; ulusal ruha dayalı olarak kendiliğinden gelişen kültürün bir yansıması olmak zorundadır<sup>33</sup>.

Savigny'e göre, toplumsal bir fenomen olan hukuk, içinde yer aldığı toplumun tarihi göz önünde bulundurulmaksızın anlaşılabilir. Bir ulusun hukukunun yazılı hale getirilmesi, durmaksızın devam etmekte olan bir sürecin, kültürel gelişmenin, dondurulmuş bir ifadesinden başka bir şey değildir. Hukuk, dil ile birlikte "halk ruhu" nun (volksgeist) en önemli ifadelerinden birini oluşturur. Halk ruhu, bir halkın bütün tarihinin ve çağlar boyunca o halkı oluşturan toplumsal grupların deneyimlerinin oluşturduğu bir bütündür. Hukuki gelişme, yazısız gelenekler ile başlayarak geleneklerin yazılı hale getirilip kurallar halini almasıyla devam eder. Gelenek hukuku, yazılı hale gelmesiyle gelenek karakterini kaybeder, kurallar gibi yorumlanmaya başlar. Hukukun yazılı hale gelmesi politik otoritenin güçlenmesinin ve insanlar arası ilişkilerin otorite tarafından belirlenmeye başlamasının bir sonucudur. Savigny'e göre bu durum modern kanunlaştırmaların ve modern hukuk biliminin ortaya çıkmasına neden olur. Hukukun kendiliğinden oluşumuna ilişkin süreç etkili şekilde işlememeye başlayınca, kanunları hazırlayan kurumların ortaya çıkışı zorunlu hale gelmiştir. Kanunlaştırma hukukun evrim süreci içinde ortaya çıkan şüphe ve belirsizlikleri ortadan kaldırmak açısından önemli olduğu gibi, yerleşik gelenek hukukunu belirlemek açısından da önemlidir. Ancak bu kati, nihai ve kapsamlı ilkeler koyarak hukukun evrimci doğasını reddetmek anlamına gelmemelidir<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Bilindiği gibi 18. yüzyıl sonu, 19. yüzyıl başında Avrupa'da ilk büyük modern kanunlar ortaya çıkmıştır. Bu kanunların ortaya çıkışı, Aydınlanma'nın ürünü olan rasyonel doğal hukuk anlayışının bir sonucu olup, hukukun geleneksel kural ve yargı kurallarının toplamından çok mantıksal olarak düzenlenmiş, kavramsal ve geniş bir kuram olduğu şeklindeki görüşün yerleşmeye başlamasını sağlamıştır. Edwin W. Patterson, "Historical and Evolutionary Theories of Law", **Columbia Law Review**, Cilt: 51, Sayı: 6, Haziran 1951, s. 681-709.

<sup>34</sup> Savigny'e göre, ne yazık ki neredeyse kaçınılmaz bir şekilde kanun koyma faaliyeti gereken işlevlerinden giderek uzaklaşmakta ve kanun koyucu "halk ruhunun" asıl temsilcisi haline gelmektedir. Hukukun toplumsal köklerinden kopması, halk bilgisinin bir parçası olmaktan çıkması, bu bilginin hukuk eğitimi almış kişilerin özel düzenlemelerine konu olmasına neden olmaktadır. Hukukçuların görevi hukuk kurallarını ortaya çıkararak düzenli hale getirmekten ibaret olmasına rağmen hukuk giderek iki boyutlu bir yapı kazanmıştır. Hukuk geniş ölçekte ortak bilinçte yaşa-

Savigny, ortaya koyduğu hukuk yaklaşımı ile Aydınlanma karşısında Romanizmin savunuculuğunu yapmakta, insan hayatında aklın ürünü olmayan ve kendiliğinden gelişen davranış şekillerinin toplamı olarak kültürün insan hayatındaki önemini vurgulamaktadır. Savigny'nin kullandığı ifadelerden de anlaşılabilceği gibi tarihsel hukuk yaklaşımı hukuku toplumsal yaşamın ve kültürün içine yerleştirmekle birlikte, burada kültürden kasıt yerel yaşayış biçimlerinin birleştirilmesi ve farklılıkların asimile edilmesi ile oluşan tekil ve homojen bir ulusal kültürdür. Ulus devletin ortaya çıktığı dönemde geliştirilen bu hukuk anlayışı, tek hukuklu merkezi iktidar ihtiyacı ile örtüşür şekilde kültürü hukuku belirleyen bir birlik olarak ele almaktadır. Günümüzdeki kullanımlarından farklı olarak Savigny kültürü, saf, tutarlı ve açıkça sınırlanabilir bir varlık olarak ele almıştır. Savigny'nin hukukun temeli olarak gördüğü kültür bir anlam sistemi değil toplumda var olan uygulamalar toplamıdır<sup>35</sup>.

Savigny'nin 1814 yılında yayınladığı ve hukuk görüşünü ortaya koyduğu ünlü broşür Alman kanunlaştırma sürecinin bir yüzyıl gecikmesine neden olmakla birlikte, modern kanunlaştırma hareketinin önüne tamamen geçememiştir. Modern toplumun kazandığı karmaşık yapı hukuku daha karmaşık bir bütün haline getirmiş; hukuk ile toplum ve kültür arasındaki ilişki gözle görünür olmaktan çıkarak, hukukun mantıksal olarak düzenlenmiş, kavramsal ve geniş bir kuram olduğu şeklindeki modern yaklaşım giderek daha çok taraftar kazanmıştır. Bu süreçte halk ruhu gibi ampirik olarak incelenmesi mümkün olmayan, iki dünya savaşının ardından üzerine kolaylıkla yüklenebilecek milliyetçi ve ırkçı anlamlarla korku salan mistik bir kavrama dayalı kültür tanımları bir tarafa bırakılarak hukuk sadece normlar ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bu süreçte hukuk kültür ilişkisine dair arayışlar daha çok hukuk antropolojisi çalışmalarına kaymış, özellikle kültürel antropolojinin kurucusu Malinowski ilkel olarak nitelendirilen toplumlarda hukuk kurallarının biçimlerine değil işlevlerine göre tanımlanması gerektiğini belirterek sosyolojik gerçekliğin yani hukuk kurallarının uygulanmasını sağlayan kültürel mekanizmaların öne çıkarılması gerektiğini savunmuştur<sup>36</sup>. Malinowski'ye göre ilkel toplumlarda hukuku oluşturan güçler son derece dağınık ve karmaşık yapıdadır. Antropolojik olarak doyurucu sonuçlara varılabilmesi için hukuka uymayı zorunlu kılan karmaşık ruhbilimsel ve toplumsal nedenler araştırılmalıdır. Bu ise ancak hukukun geniş bir kapsamda ele alınmasıyla mümkündür<sup>37</sup>.

---

mayı sürdürürken, daha dar bir alanda hukukçuların muhafazası altına girmiştir. Bkz. Friedrich Karl von Savigny, *Of The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, Abraham Hayward (çev.), New Jersey: Lawbook Exchange Ltd., 2002, s. 28, 33-34, Friedrich Karl von Savigny, *System of Modern Roman Law*, William Hollaway (çev.), Madras: J. Higginbotham Publisher, 1867, s. 31-40.

<sup>35</sup> Menachem Mautner, "Three Approaches to Law and Culture", *Cornell Law Review*, Cilt: 96, 2011, s. 844-848.

<sup>36</sup> Simon Roberts, *Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş*, A. Erkan Koca (çev.), Ankara: Bileşik Yayınevi, 2010, s. 26.

<sup>37</sup> Bronislaw Malinowski, *Yabani Toplumda Suç ve Gelenek*, Şemsa Yeğin (çev.), Epsilon Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2003, s. 23-25.

Malinowski'nin hukuk antropolojisi çalışmaları, hukukun ne olduğundan çok ne işe yaradığı üzerinde duran Amerikan realist kuramcılarının, özellikle Karl Llewellyn dikkatini çekmiştir<sup>38</sup>. Columbia Üniversitesi'nde Franz Boas ile birlikte çalışan ve 1941 yılında dönemin bir diğer önde gelen antropoloğu olan Adamson Hoebel ile *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* adlı yapıta imza atan Llewellyn şüphesiz kültür kavramına ve kavrama dair tartışmalara uzak değildir. Yaşadığı dönemde kültür kavramının; antropolojinin tekelinde görülmesi ve devletsiz ya da Batılı olmayan toplumlara ilişkin olarak kullanılıyor oluşu, Llewellyn'in kültür kavramını ender olarak kullanmasına neden olduysa da, Llewellyn hukuk yaklaşımını kültürün kavramının üzerine inşa etmiştir. Llewellyn'e göre hukuk, mahkemeler tarafından yaratılıp uygulanan ayrı bir kültürel sistemden oluşmaktadır<sup>39</sup>.

Llewellyn'in yaklaşımının iki dayanak noktası bulunur. Bunlardan ilki hukukun içeriğini düzenleyen kategorilerin, hukuktaki düşünce biçimleri ve argümanlara karşılık geliyor oluşudur. Bu sava göre, hukukçular hukukun içeriği ile ve hukuktaki düşünce biçimleri ve argümanları içselleştirerek hukuk uygulamasını şekillendirirler. Dolayısıyla aynı hukuk sistemi içinde yer alan hukukçular benzer şekilde hareket ederek benzer uygulamalar ortaya çıkarır<sup>40</sup>. Llewellyn'in hukuk kültür ilişkisi üzerinden şekillenen hukuk yaklaşımının ikinci dayanağı ise, hukukçuların yani hakim ve avukatların sahip olduğu profesyonel kültürdür. Llewellyn'e göre hukukçuların, diğer zanaatçılar gibi mesleklerine özgü davranış kurallarına uymaları gerekmektedir. Mahkemelerin verdiği kararlar ve gerekçeler, hukuk mesleğinin davranış kurallarını inşa ederek hukuk uygulamasındaki davranışı nesnel hale getirir. Hakimler, avukatlar, akademisyenler ve hukuk öğrencileri mahkeme kararlarını okuyarak ve yorumlayarak profesyonel hukuk kültürünün standartları olurlar ve bu kültürün bir parçası haline gelirler. Dolayısıyla mahkemelerin yaratıp uyguladıkları hukuk bir çeşit kültür sistemidir<sup>41</sup>. Llewellyn'in kültür ve hukuk arasında kurduğu ilişkinin dönemin kültür tartışmalarından bağımsız olmadığı söylenebilir. Kendi ifadelerinden de anlaşılabilceği gibi Llewellyn kültürü, düşünce, beceri, inanç ve alışkanlıklardan oluşan bir bütün olarak değerlendirir. Özgün bir değer sistemine sahip ayrı bir kültürel bütün olarak hukukçuların sahip olduğu profesyonel kültürü ise belli bir alt kültür sistemi olarak tanımlar.

Hukuk kültür ilişkisi, Savigny, Malinowski ve Llewellyn gibi önemli isimler tarafından belirli aralıklarla gündeme getirildiyse de son yıllara kadar hukuk tartışmalarına fazla yön verebildiği söylenemez. Hukuk kültür arasında bir türlü

<sup>38</sup> Simon Roberts, s. 1 ve 26.

<sup>39</sup> Mautner, s. 841 ve 858.

<sup>40</sup> Karl N. Llewellyn, *The Brumble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*, Newyork: Oxford University Press, s. 76-77.

<sup>41</sup> Mautner, s. 859.

tam olarak kurulamayan ancak hatırlardan da uzak tutulmayan bağlantının güçlenmesi, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren mümkün olmuştur. Postmodernizm ve Kültürel Çalışmalar akımlarının hız kazandırdığı kültür tartışmalarına hukuk alanı da duyarsız kalamamış, sosyal bilimlerdeki pek çok çalışma alanı gibi hukukta da, özellikle hukuk sosyolojisi ve hukuk antropolojisi alanlarında, kültür kavramı yeniden kullanmaya başlanarak kültür ve hukuk ilişkisine dair yeni bakış açıları geliştirilmeye başlamıştır<sup>42</sup>.

Kültürün toplumsal ilişkilerin tamamını kapsayacak şekilde ele alınmaya başlanması, özellikle de geçirdiği kavramsal dönüşüm sonucu anlam ve simgeye dayalı görelî bakış açılarına imkan tanır hale gelmesi kültüre dayalı farklı ve yeni hukuk yaklaşımlarının hızla çoğalıp çeşitlenmesini sağlamıştır. Başlangıç olarak, karşılaştırmalı hukuk çalışmaları kültürü hukukla yeniden yan yana getirerek "hukuk kültürü" kavramına eğilmiş, küreselleşen dünya düzeninde hukukun ne derece uyumlu bir teknik vasıta olduğunu ve farklı kültürlerin hukuk uygulamasını ne ölçüde belirlediğini anlamaya çalışmıştır<sup>43</sup>. Hukuk kültürü çalışmalarının öncüsü Lawrence M. Friedman'a göre hukuk kültürü, toplumdaki insanların hukuk ve hukuk sistemine ilişkin olarak sahip oldukları düşünce, değer, tavır ve kanılardır<sup>44</sup>. Friedman farklı kültürlerin bir arada var olduğu toplumlarda farklı alt hukuk kültürlerinin var olduğunu, bunun da hukuki çoğulculuğu beraberinde getirdiği görüşündedir<sup>45</sup>. Zaman içinde önemli bir ölçüğe ulaşan hukuk kültürü tartışmaları içinde, tıpkı kültür gibi hukuk kültürü kavramı da daralmaya başlamış, kavramın daha çok bir anlamlar ve kavramsal ilişkiler toplamı olarak ele alınarak davranış modellerinin incelenmesinde ve hukuk sistemlerindeki belirlenmesinde kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>46</sup>.

Hukuk ve kültüre ilişkin çalışmaların çoğalmasında en büyük pay sahibi olan çok kültürlülük ve hukuk yaklaşımı ise hukuk kültür ilişkisine bambaşka bir açıdan bakmış, kültürün farklı grup çıkarlarının bir ifadesi olarak hukuk tarafından ne kadar tanındığı üzerinde durarak hukuk önünde eşitliğin sağlanabilmesi için çok kültürlülük tartışmalarının önemine vurgu yapmıştır<sup>47</sup>. Çok kültürlülük ve hukuk araştırmaları, Kültürel Çalışmalarda olduğu gibi kültürü politik bir kavram olarak görerek farklı toplumsal grupların hukuktan beklentileri üzerine yoğunlaşmıştır.

<sup>42</sup> Mautner, s. 841.

<sup>43</sup> Roger Cotterrell, **Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006, s. 98.

<sup>44</sup> Lawrence M. Friedman, "Is There a Modern Legal Culture?", *Ratio Juris*, Cilt: 7, Sayı: 2, 1994, s. 118.

<sup>45</sup> Lawrence M. Friedman, **The Legal System: A Social Science Perspective**, New York: Russell Sage Foundation, 1975, s. 196-199.

<sup>46</sup> Penisi, s. 108-110; Murat Yüksel, "Hukuk Kültürü", **AÜEHFD** (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt: 7, Sayı: 1-2, s. 293-297.

<sup>47</sup> Cotterrell, s. 98.

Çok kültürlülük, belli bir toplumda farklı kültürlere sahip grupların bulunabileceği ve bu grupların üyeleri arasında bireysel ve toplumsal yaşama dair önemli anlayış farkları ve toplumsal ilişki biçimleri olabileceği saptamasına dayanır<sup>48</sup>. Çok kültürlülük yaklaşımına göre, bütün modern devletler birden fazla ulusal ve dini gruptan oluşmaktadır. Bu açıdan bakıldığında bir devletteki tüm vatandaşlar devletin ortak ulusal kültürünü tanısalar dahi, genel itibariyle kendi kimliklerini belirleyen dini, etnik vb. alt kültürlere tabidirler. Dolayısıyla kültür geçmişte olduğu gibi hukukunun toplumsal zeminini oluşturan bir birlik olmaktan çıkıp bir çokluk olarak görülmeye başlanmakta, sosyopolitik talepler de ancak çok hukuklulukla giderilebilir kabul edilmektedir<sup>49</sup>.

Kültür kavramından norm ve davranışların çıkarılması ile kavramın birlik yerine çokluğu çağrıştırır şekilde toplumsal anlamlar içeren simgelere ve sembollere dolayısıyla kimliğe indirgenmesi, hukuk ve kültür ilişkisinde bambaşka tartışma başlıkları da ortaya çıkarmıştır. Çok kültürlülük ve hukuk tartışmalarının pozitivist hukuk anlayışına yönelttiği güçlü saldırının da etkisi ile etnik köken, ulusal köken, dil ve dinin yanında bölge, yaş, cinsel tercih, sınıfsal durum ve yaşam tarzı gibi farklı politik temsil şekilleri de hukuk ve kültür ilişkisinde ele alınan başlıklar haline gelmiştir. Özellikle, eleştirel ırk çalışmaları ve feminist hukuk yaklaşımları, hukukun toplumsal ilişki, kurum hatta kimlikleri belirlemedeki kurucu işlevi üzerinde durarak kültürün yok sayıldığı ya da görmezden geldiği pozitivist bir hukuk anlayışı içinde hukukun belli bir sınıfa, etnik gruba ya da cinsiyete mensup kişilerin toplumsal konumlarını belirleme gücünü ortaya koymuştur. Bu açıdan hukukun kültürel mücadelenin konusu olduğu üzerinde de durularak hukukun farklı kültürel yorumlarının uygulama açısından önemi tartışılır hale gelmiştir<sup>50</sup>. Hukuk ve kültür ilişkisi; ırka, cinsiyete, toplumsal sınıflara vb. gibi farklı kimliklere yönelik baskı biçimlerini üreten değer sisteminin oluşumu açısından belirleyicidir. Toplumda geçerli olan “akıl, mantık, otorite, objektiflik ve tarafsızlık” gibi değerlerin orta sınıfa mensup beyaz erkeklere göre tanımlanması, baskın kültür ve hukuk arasındaki ilişkinin kadınlar ve diğer toplumsal kimlikler tarafından sorgulanmasına yol açmıştır<sup>51</sup>.

Kültürün kavramsal dönüşümünde özellikle de kültürel çalışmalardan yola çıkılarak ortaya konan bir başka hukuk yaklaşımı ise hukuk bilinci anlayışıdır. Hukuk bilinci anlayışı, toplumsal imajların bir toplamı olarak popüler kültürün hukuk ile ilişkisini inceleyerek hukukun popüler kültürdeki görünüm biçimlerinin üzerinden açıklamakta, profesyonel bir uğraş olarak hukuk ile toplumsal olarak hukuk arasın-

<sup>48</sup> Ali Şafak Balı, “Çok Kültürlülük, Hukuk ve Adalet”, **HfSA** (Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi), Sayı: 8, 2003, 15-16.

<sup>49</sup> Mautner, s. 846-848.

<sup>50</sup> Cotterrell, s. 99-102.

<sup>51</sup> Margaret Davies, **Asking The Law Question**, Sydney: Thomson Lawbook Co, 2008, s. 215-216.

daki büyük farkı gözler önüne sermektedir<sup>52</sup>. Hukuka ilişkin kültürel bir inceleme çabası olarak da tarif edilen bu yaklaşıma göre toplumdaki kişilerin hukuk uygulamasından yola çıkarak hukuka ve hukuki kurumlara biçtikleri anlam ve değerler hukuk bilincini oluşturur. Dolayısıyla hukuk bilincinin oluşumu, bireysel bir süreç olmaktan çok, iktidar ilişkilerinin devamını sağlayan kurucu bir kültürel süreçtir<sup>53</sup>.

#### 4. Sonuç

Günümüzde daha çok toplumsal farklılıklara ve mücadelelere alan açan bir başlık olarak değerlendirilen hukuk kültür ilişkisine dair tartışmalar, hukuk çalışmaları içinde azımsanamayacak ölçekte bir literatüre sahiptir. Hukuk ve kültürü bir arada ele alan hukuk yaklaşımları bir bütün olarak gözden geçirildiğinde, hukuk kültür ilişkisine dair bakış açılarının dönemin kültür tartışmalarına paralel bir yol izlediği söylenebilir. Yapılan ilk bilimsel incelemelerde kültür belli bir topluma özgünlük kazandıran bir birlik olarak değerlendirilip hukuk kuralları da bir norm türü olarak bu kapsama dahil edilirken; zaman içinde kültür belli bir toplumsal anlama sahip simgeler ve sembol şeklinde görülmeye başlanmış, norm ve davranışlar kültür kavramının dışına itilerek kavram neredeyse kimlikle eşitlenmiştir. Bu dönüşüm hukuk çalışmalarına da yansımış, modern hukuk sisteminin doğuşuna tanıklık eden sosyolojik hukuk yaklaşımları kültürü, hukuku belirleyen bir birlik olarak algılanırken günümüzde kültürün; farklı etnik, dini, cinsel vb. kimlikleri kapsayan bir çeşitlilik olarak kabul edilmeye başlanması çoğulcu hukuk yaklaşımlarını beraberinde getirmiştir.

Hiç kuşkusuz kültür kavramının geçirdiği bu önemli dönüşümün altında yatan sebep kavramın sürekli politik müdahalelere maruz kalışıdır. Çalışmada da tespit edilmeye çalışıldığı gibi; kültür kavramı, önce ulus devletlerin daha sonra ise Batı merkezli dünya algısının gelişiminde ve sömürgeci dünya düzeninin oluşumunda önemli rol oynamıştır. Benzer şekilde moderniteye karşı yöneltilen eleştiriler de, daha dar kapsamda ve yeni bir bağlamda yeniden yapılandırılan kültür kavramından önemli ölçüde yararlanmış, özellikle kültürel görelilik tartışmaları bütün kabullerin kolaylıkla alaşağı edilmesini sağlamıştır. Dolayısıyla kavram içeriksel olarak önemli bir değişim geçirmekle beraber, politik açıdan yerine getirdiği rolde

<sup>52</sup> Cotterrell, s. 102.

<sup>53</sup> Susan S. Silbey, "Making a Place for Cultural Analyses of Law: (Commentary)", **Law & Social Inquiry**, Cilt: 17, Sayı: 1, 1992, s. 39-48; Hukuk kültür ilişkisi üzerinden ortaya çıkan yaklaşımları ele alan çalışmada Mautner, bu yaklaşımların sayısının on ikiye kadar çıkarmaktadır. Mautner'e göre, Tarihçi Hukuk Okulu'nun ulusal kültür ürünü olarak hukuk yaklaşımı, hukuk kültürü, çok kültürlülük ve hukuk, kültür kurucu hukuk yaklaşımları ile hukuk bilinci çalışmalarının yanında ayrı bir kültürel sistem olarak yargı yaklaşımı, hukuk ve antropoloji, hukuk ve popüler kültür, hukuk ve kültürel ürünler, hukuk ve gelişme, tekil hukuk branşların açısından kültür ve Autopoietik ve hukuk çalışmaları hukuk kültür başlığı altında incelenebilecek yaklaşımlardır. Mautner, s. 841-844.

önemli bir farklılık söz konusu değildir. Ancak dar kavramsal çerçevenin ve kültürel görelî yaklaşımın ortaya serdiği olanaklar çerçevesinde kültüre ilişkin olarak yapılan toplumsal çalışmaların artışı, bambaşka bir neticeyi de beraberinde getirmiş; kültür kavramına ilişkin araştırmaların çoğalması, kavramın politik içeriğinin ayrıntılarıyla gözler önüne serilmesini sağlamıştır. Özellikle hukuk alanında yapılan farklı kültürel incelemeler içinde kültürün politik bir kavram olarak ele alınmaya başlanması, hukuk, toplum ve iktidar ilişkilerinin ortaya konabilmesi açısından çığır açıcı niteliktedir.

Kültür kavramının politik niteliği göz ardı edilmeksizin yapılan hukuk kültür tartışmaları, hukuka toplumsal bir gerçeklik olarak yaklaşan çalışmaların hızla gelişmesini sağlamakta ve hukukun aydınlatılması bakımından büyük önem taşımaktadır. Hukuk kültür ilişkisine ilişkin literatür, kültürün kavramsal dönüşümü ile birlikte ele alındığında, hukukun kültürel incelemelerinin henüz yolun başında olduğu açıktır. Ancak, kültür kavramının toplum incelemeleri açısından önemi düşünülürken, kavramın geçirdiği dönüşümün tüm boyutları ile anlaşılması çıkılan yolda önemli bir dönemecin geride bırakılmasını sağlayacaktır.

#### KAYNAKÇA

- Baker, Chris, **Cultural Studies: Theory and Practice** (2. Baskı), London: Sage Publication, 2003.
- Balı, Ali Şafak, “Çok Kültürlülük, Hukuk ve Adalet”, **HFSA**, Sayı: 8, 2003, s. 12-58.
- Borlandi, Massimo ve diğerleri, **Sosyolojik Düşünce Sözlüğü**, (çev.) Bülent Arıbaş, İstanbul İletişim Yayınları, 2011.
- Briggs, Asa, “Kültür”, Sevim Kebeli (çev.), **Milli Folklor**, Sayı: 74, 2007, s. 99-103.
- Burke, Peter, **Kültür Tarihi**, Mete Tunçay (çev.), İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Burke, Peter, **Tarih ve Toplumsal Kuram**, (çev.) Mete Tunçay, İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayınları, 1994.
- Cotterrell, Roger, **Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006.
- Davies, Margaret, **Asking The Law Question**, Sydney: Thomson Lawbook Co, 2008.
- Denzin, N. K., “*Cultural Studies: Cultural Concerns*”, (ed.) Neil J. Smelser ve Paul B. Baltes, **International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences**, Berlin: Elsevier, 2001.
- Douglas, M., “*Cultural Studies of Science*”, (ed.) Neil J. Smelser ve Paul B. Baltes, **International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences**, Berlin: Elsevier, 2001, s. 3125-3127.

- Friedman, Lawrence M., "Is There a Modern Legal Culture?", **Ratio Juris**, Cilt: 7, Sayı: 2, 1994, s.117-131.
- Friedman, Lawrence M., **The Legal System: A Social Science Perspective**, New York: Russell Sage Foundation, 1975.
- Hall, Stuart, "The Emergence of Cultural Studies and the Crisis of Humanities", **The MIT Press**, Cilt: 53, 1990, s.11-23.
- Harouel, J.-L., "Sociology of Culture", (ed.) Neil J. Smelser ve Paul B. Baltes, **International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences**, Berlin: Elsevier, 2001, s.3179-3184.
- Keesing, Roger M., "Theories of Culture", **Annual Review of Anthropology**, Cilt: 3, 1974, 73-97.
- Llewellyn, Karl N., **The Brumble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School**, Newyork: Oxford University Press, s. 76-77.
- Malinowski, Bronislaw, **Yabani Toplumda Suç ve Gelenek**, Şemsa Yeğin (çev.), Epsilon Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2003.
- Mautner, Menachem, "Three Approaches to Law and Culture", **Cornell Law Review**, Cilt: 96, 2011, s. 839-867.
- Özbudun, Sibel ve Balkı Şafak, **Antropoloji: Kuramlar/Kuramcılar**, Ankara: Dipnot Yayınları, 2005.
- Özlem, Doğan, **Kültür Bilimleri ve Kültür Felsefesi**, İstanbul: İnkılap, 2000.
- Parekh, Bhikhu, **Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory**, London: Macmilan, 2000.
- Patterson, Edwin W., "Historical and Evolutionary Theories of Law", **Columbia Law Review**, Cilt: 51, Sayı: 6, Haziran 1951, s. 681-709.
- Penisi, Carlo, "Sociological Uses of The Concept of Legal Culture", David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot:Vermont, 1997, s.105-119.
- Peterson, Richard A., "Revitalizing the Culture Concept", **Annual Review of Sociology**, Cilt: 5, 1979, s. 137-166.
- Rapport, Nigel ve Joanna Overing, **Social and Cultural Anthropology, The Key Concepts**, London & Newyork: Routledge, 2003.
- Roberts, Simon, **Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş**, A. Erkan Koca (çev.), Ankara: Bileşik Yayınevi, 2010.
- Savigny, Friedrich Karl von, **Of The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence**, Abraham Hayward (çev.), New Jersey: Lawbook Exchange Ltd., 2002.
- Savigny, Friedrich Karl von, **System of Modern Roman Law**, William Hollaway (çev.), Madras: J. Higginbotham Publisher, 1867.



- Sewell, William H. Jr., “*The Concept(s) of Culture*”, **Beyond The Culture**, 1999, s. 35-61.
- Silbey, Susan S., “*Making a Place for Cultural Analyses of Law: (Commentary)*”, **Law & Social Inquiry**, Cilt: 17, Sayı: 1, 1992, s. 39-48.
- Williams, Raymond, **Kültür**, E. Başer (çev.), Ankara: İletişim Yayınları, 1993.
- Williams, Raymond, **Culture and Society: 1780-1950**, Middlesex: Penguin Book, 1977.
- Williams, Raymond, **Anahtar Sözcükler: Kültür ve Toplumun Söz Varlığı**, Savaş Kılıç (çev.), Ankara: İletişim Yayınları, 2005.
- White, Leslie A., “*The Concept of Culture*”, **American Anthropologist**, Sayı: 61, 1959, s. 227-251.
- Yüksel, Murat, **Hukuki Plüralizm**, İstanbul: Beta, 2003.
- Yüksel, Murat, “*Hukuk Kültürü*”, **AÜEHFD** (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt: 7, Sayı: 1-2, s. 283-312.



**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (m.6/3-c)  
KAPSAMINDA MÜDAFİ YARDIMINDAN  
YARARLANMA HAKKI**  
*(Right to Counsel Under European  
Convention on Human Rights)*  
*(Art. 6/3-c )*

**İsa BAŞBÜYÜK\***

*“Tabiatın insanlara en âdilce dağıttığı nimet akıldır. Çünkü hiç kimse akıl payından şikâyetçi değildir.”*

*Montaigne*

**ÖZET**

Savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi ile yakın ilişki içerisinde olan müdafî yardımından yararlanma hakkı, adil yargılamanın bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle teminat altına alınan müdafî yardımından yararlanma hakkına değinilecektir. Çalışma üç kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda adil yargılamada müdafî yardımını zorunlu kılan nedenler üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m.6/3-c) düzenlenen müdafî yardımından yararlanma hakkının içeriğine değinilecek, bu kapsamda müdafî seçme ve müdafî yardımından yararlanma hakkı ile ücretsiz müdafî görevlendirme yükümlülüğü ele alınacaktır. Nihayet son kısımda Türk ceza muhakemesine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Adil Yargılama, Müdafî, Zorunlu Müdafî, Savunma Hakkı, Ücretsiz Müdafî.

*Abstract*

Right to counsel which is connected with the right of defence and equality of arms is generally regarded as a constituent of the right to a fair trial. In this study, we deal with the right to counsel which is guaranteed under European Convention on Human Rights. This study composes of three part: Firstly, we try to show reasons why a counsel is necessary for a fair trail. Secondly, the right

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

to counsel will be explained within the scope of ECHR Art.6/3-c, allowing for the defendant to choose a counsel and to be assisted by him, and if he cannot afford his own lawyer, requiring that the government is obliged to appoint a free counsel for him/her. At the end of the study, we discuss several points in relation to the Turkish Criminal Procedure System.

**Keywords:** Fair trial, Counsel, Legal Consultant, Right of Defence, Free Counsel.

## GİRİŞ

Toplumun önemli bir kesiminin “suçluları savunduğu” gerekçesiyle avukatlık mesleğine karşı önyargıyla yaklaştığı bilinen bir gerçektir<sup>1</sup>. Kültürel, ekonomik ve sosyal düzeyleri farklılık arz etse de, söz konusu inanış toplumdaki savunma algısının ne kadar dar bir kalıba hapsedildiğini açıkça gözler önüne sermektedir. Bu dar kalıplı bakış açısının yarattığı ön yargı bazen biz hukukçuları bile farkında olmaksızın etkisi altına alarak, duygusal bir takım tepkiler vermemize yol açmaktadır. Peki, her şey açıkça ortadayken, savunulacak bir şeyi kalmayan (!) şüpheli veya sanıklar için müdafî yardımından yararlanma hakkı gerçekten iyimser bir inanıştan, içi boşaltılmış bir kutsamışlıktan öte bir anlam ifade etmemekte midir?

Bilindiği üzere, müdafî yardımından yararlanma hakkı, adil yargılama ilkesinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle adil yargılamada müdafî yardımının gerekliliğine değinilecektir. Bu gereklilik, müdafî kavramının içeriği ile savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesindeki önemden yola çıkmak suretiyle, yaşanmış tecrübelerin de ortaya koyduğu bir takım olgulardan, somut ve yakın ihtiyaçlardan hareketle temellendirilmeye çalışılacaktır. Müdafî yardımının gerekliliğine değinmemizin sebebi, adil yargılamada müdafî yardımından yararlanma hakkının basit bir slogandan ibaret olmadığını bir nebze olsun somutlaştırmak suretiyle ortaya koyma arzusundan ileri gelmektedir. Nitekim müdafî yardımı konusunda getirilen yasal güvencelerin teorik açıklamalardan sıyrılıp işlevsel hale gelebilmesi, müdafîin adil yargılamadaki rolüne gerçekten ve samimi olarak inanmaktan geçer. Bu role duyulan inanç, suçlu olup olmadığı, suçunun niteliği, delillerin açıklığı dikkate alınmaksızın herkesin kendisini savunmak üzere bir müdafîin yardımından yararlanmaya “gerçekten” ihtiyaç duyup duymadığına ilişkin bir önceki paragraftaki soruya verilecek yanıtın da belirleyicisi olacaktır.

Müdafî yardımının gerekliliğini ortaya koyduktan sonra çalışmanın ikinci kısmında, bu gerekliliğin zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkan müdafî yardımından yararlanma hakkının içeriğine değinilecektir. Müdafî yardımından yararlanma hakkı yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6/3-c ile bu konuda

<sup>1</sup> Çalışmanın hazırlanması sürecinde, kendileriyle fikir alış-verişinde bulunduğum İzmir Barosu üyeleri, dostlarım Av. Mehmet Harun ELÇİ ve Av. Nesim Orçun TOKAY'a katkılarından dolayı teşekkür ederim.

verilmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları<sup>2</sup> çerçevesinde ele alınacaktır. Bu kapsamda *müdafî seçme hakkı*, *müdafî yardımından yararlanma hakkı* ve *devletlerin ücretsiz müdafî görevlendirme yükümlülüğü* başlıkları AİHM içtihatları esas alınmak suretiyle açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın son kısmında ise, müdafî yardımından yararlanma hakkı konusunda Türk ceza muhakemesi sistemine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

## I- ADİL CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİ YARDIMININ YERİ VE ÖNEMİ

### A. Özel Bir Tercih Sebebi Olarak “Müdafî” Kavramı

Sözlük anlamıyla *savunucu* olarak ifade edilen müdafî<sup>3</sup>, CMK m.2/1-c’de “*Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat*” şeklinde tanımlanmıştır. O halde, sanığın yardımcısı olan bu kimse bakımından, niçin “**avukat**” kavramı yerine “**müdafî**” kavramı tercih edilmiştir? Bu soruya verilecek yanıt, adil yargılama ilkesinin hayata geçirilmesinde müdafîin üstlenmiş olduğu rolün ortaya konulması ve bu suretle adil yargılamada müdafî yardımından yararlanma hakkının kapsamının tespit edilebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Müdafîi, soruşturma evresinde şüpheli hakkında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli şüphenin bulunmadığı; kovuşturma evresinde ise sanığın atılı suç nedeniyle mahkûm edilmemesi ya da daha az cezaya mahkûm edilmesi konusunda savunma faaliyeti gösterir<sup>4</sup>. Müdafîi aynı zamanda muhakemenin yasalara ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılması için elinden gelen çabayı göstermek konusunda yetki ve görev sahibi olan bir sanık yardımcısıdır. Şu halde müdafîlik kurumunun, hem şüpheli veya sanığın çıkarılarının hem de suçun/suçluluğun aydınlatılması sürecinde kamu çıkarılarının korunmasında fonksiyon üstlendiği açıkça ortadadır<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Çalışmada yer verilen AİHM kararlarına, Mahkeme’nin resmi internet sitesinden ulaşılmıştır (bkz. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>3</sup> Bkz. [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

<sup>4</sup> Kavram için bkz. **Centel**, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, s. 2; **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 224; **Kocaoğlu**, Sinan, Müdafî, Ankara 2011, s. 56; **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F. Saygılar/**Özaydın**, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erdem**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 232; **Şahin**, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s. 188; **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 171; **Çula**, Rifat, “Müdafîinin İnsan Haklarını Koruma Görevi”, TBBDD, 2002/1, s. 129-155, s. 136.

<sup>5</sup> Nitekim, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında birey kadar devletin de menfaati vardır. Savunma, gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet ederek, adaletin sağlanmasına ve dolayısıyla da devletin temelini korumasına hizmet etmektedir. Bkz. **Kunter**, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 244; **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 35. Ayrıca bkz. **Derdiman**, Ramazan Cengiz, “Hazırlık Soruşturmasında Müdafiden Yararlanma Hakkı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 3, Yıl:1996, s. 117-119, s. 121.

Müdafî, savunma makamının içerisinde üstlendiği toplumsal savunma göreviyle şüpheli yahut sanığa profesyonel bir hukuki yardım sunan ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir takım hak ve yetkilere sahip ceza muhakemesi süjesidir<sup>6</sup>. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, müdafîin yalnızca sanığın yararına çalışmakla kalmayıp, aynı zamanda maddi gerçeğin adil yargılama kuralları çerçevesinde ortaya çıkarılması sürecinde kamunun yararını da gözetmesi, müdafîin bir temsilci olarak anılmasının önüne geçer<sup>7</sup>. Bunun en önemli sonucu ise, müdafîin sanıktan bağımsız hareket edebilmesinde kendisini gösterir<sup>8</sup>. Nitekim, sanığa ve müdafîe ayrı ayrı söz hakkı tanınması, bunu açıkça ortaya koymaktadır. Müdafîin temsilci olmamasının bir diğer sonucu da, aleyhe durum yaratmamak kaydıyla, adil yargılamanın temini için sanığın taleplerine aykırı hareket edebilmesidir. Örneğin, müdafîi sanık istemese dahi lehine delil ileri sürebilir, dosyayı inceleyebilir.

Görüldüğü üzere, müdafîi tipik bir temsilci olmaktan öte muhakeme içerisinde şüpheli veya sanığa yardımcı olan; bu yönüyle ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ilkelerin hayata geçirilmesine katkıda bulunmak suretiyle kamu yararına da hizmet eden bir süjedir. Müdafîe yüklenen bu misyon, onun adil bir ceza muhakemesindeki meşru varlığının en temel dayanağını oluşturmaktadır.

<sup>6</sup> **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 136; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 394; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 185; **Yurtcan**, s. 171.

<sup>7</sup> **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 398; **Yurtcan**, Erdener, “Ceza Yargılamasında Müdafîi Kimdir Vekil Kimdir”, İstanbul Barosu Dergisi, 1-3, 1999, s.73-74, s. 73; **Centel**, s. 48; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 164; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 225; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.236; **Mahmutoglu**, Fatih Selami/**Dursun**, Selman, Türk Hukukunda Müdafîin Görevden Yasaklılık Halleri, Ankara 2004, s. 20; **Kocaoğlu**, s. 56 vd; **Çula**, s. 139; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 230-231. Ceza yargılaması bakımından müdafîin yetkilerini hukuk yargılamasının tersine kural olarak “sınırsız” olduğundan, müdafîin sanığın talimatlarıyla bağlı olmaması ve maddi gerçeğin ortaya çıkması için sanık talimat vermemiş olsa dahi sanığın lehine isteklerde bulunarak sanığa ve adalete yardımcı olması gerekir. (Bkz. **Taşkın**, Ş. Cankat, “Müdafîinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, TBBD, S:69, 2007, s. 211-240, s. 218). Müdafîin hem sanığın savunmasına hem de adaletin tecellisine katkıda bulunması aslında müdafîin adli bir organ olduğu görüşünü de haklı çıkarmaktadır. Nitekim bu görüşe göre, müdafîi hem adliye organı hem de sanık yardımcısı olarak çifte role sahiptir. (Müdafîin adli organ olduğu görüşü konusunda açıklama için bkz. **Centel**, s. 44; **Zafer**, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, s. 307).

<sup>8</sup> Şöyle ki, ceza muhakemesinde kamu çıkarlarının korunması amaçlandığından, şüpheli/sanık ile müdafîisi arasında özel hukuk anlamında bir temsil ilişkisi yoktur. Dolayısıyla özel hukuk davalarının farklı olarak, müdafîi kamusal bir görev gördüğü ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olduğu için, “şüpheli/sanık yardımcısı” olarak anılmaktadır. Bu hususta bkz. **Ünver/Hakeri**, s. 230. Karşı yönde olan *Tosun*'a göre ise, sanık ile müdafîi arasındaki ilişki hizmet akdi olarak görülmeli; eğer müdafîi mahkeme tarafından atanmış ise, bu durumda müdafîi ile sanık arasında *sui generis* bir ilişkinin olduğu söylenmelidir (bkz. **Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, Genel Kısım, İstanbul 1981, s. 515-516).

## B. Savunma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi Karşısında Müdafî Yardımı

Ceza muhakemesi hukukunda “savunma”, suç işlediği şüphesi altında olan kimsenin yetkili makamlar önünde, söz konusu suçu işlemediği, eyleminin hukuka uygun olduğu yahut daha az cezayı gerektirdiği konusunda yapmış olduğu itirazlar şeklinde açıklanabilir<sup>9</sup>. Bu yönüyle şüpheli/sanık ile en yakın ilişki içerisindeki bir kavram olarak karşımıza çıkan “savunma”, hukuk düzeni tarafından kutsal ve vazgeçilemez bir hak olarak kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Devletlere düşen görev ise, bu hakkı korumak, geliştirmek ve genişletmektir<sup>11</sup>.

Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturma makamları önünde savunma hakkını bizzat kullanabileceği gibi, uzman bir kişinin yardımından yararlanarak müdafî aracılığıyla da kullanabilir<sup>12</sup>. Savunmanın bizzat şüpheli veya sanık tarafından yapıldığı durumlara bireysel (ferdi) müdafaa<sup>13</sup>, bir müdafî yardımından yararlanmak suretiyle yapıldığı durumlara ise, toplumsal müdafaa denilmektedir<sup>14</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da vurgulandığı üzere<sup>15</sup>, hukuk devleti “insan haklarının gerçekleştirilmesi”, “adaletin sağlanması” ve “güvenliğin temin

<sup>9</sup> **Centel**, s. 1; **Centel/Zafer**, s. 130; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s. 147. Geniş anlamda savunma ve dar anlamda savunma ayrımı için bkz. **Hafizoğulları**, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, s. 20-33, s. 21-22.

<sup>10</sup> **Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1978, s. 173-174; **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, Kasım 2009, 391; **Centel**, s. 13; **Yurtcan**, s. 164; **Kocaoğlu**, s. 48; **Soyaslan**, s. 185. **Zafer**, s. 261. Nitekim Anayasamızın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, herkesin, meşru olan bütün araç ve yollardan faydalanmak suretiyle savunma hakkından faydalanabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, adli makamlar tarafından yapılan bir suç isnadı karşısında her şahsın kendisini bu suçlamalara karşı koyabilecek bir savunma hakkına sahip olması gerektiği, çeşitli uluslararası antlaşma ve belgelerde de vurgulanmıştır (bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si m.8 ve m.11/1; Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, m.14/3; AİHS m.6/3).

<sup>11</sup> **Kunter**, s. 420-421; **Erem**, s. 174; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 131; **Soyaslan**, s. 185; **Derdiman**, s. 119. Kaldı ki, ceza adaletini hakkaniyete uygun olarak yerine getirmek, temellerini adalete dayandıran Devlet’in de yararındadır. (Bkz. **Kunter/Yenisey/Nuyhoğlu**, s. 391).

<sup>12</sup> Her iki hakkın da ayrı ayrı büyük öneme sahip olduğu konusunda bkz. **Eser**, Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, (Çev: Nur Centel), YD, S:3, 1990, s. 313-338, s. 236.

<sup>13</sup> Ferd adına müdafaa, şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi ya da yakınları tarafından da yerine getirilebilir. Bkz. **Soyaslan**, s. 186.

<sup>14</sup> Bireysel ve toplumsal müdafaa konusunda bkz. **Tosun**, s. 205-206; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 394-397; **Zafer**, s. 274 vd. Ayrıca bkz. **Soyaslan**, s. 185, **Yurtcan**, s. 171. Bireysel savunma-toplumsal savunma “maddi savunma”-“şekli savunma” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. **Centel**, s. 3-4.

<sup>15</sup> “Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.” AYM, 11.03.2003, E:2002/55, K:2003/8, (RG. 16.12.2003, No: 25318).

edilmesi” olmak üzere üç temel unsur üzerine odaklıdır<sup>16</sup>. Söz konusu unsurlar bir araya getirildiğinde, evrensel nitelikte bir hukuk devletinin varlığından söz edilebilir. Bu bakımdan, bir hukuk devletinde, şüpheli veya sanığa savunma hakkı tanınması tek başına yeterli olmayıp, “SAVUNMA İMKÂNI” yaratılarak adaletin sağlanması noktasında bu hakkın kullanılabilir kılınmasına yönelik meşru vasıtalarından şüpheli veya sanıkların yararlandırılması gerekir. Söz konusu meşru vasıtalarından en temel ve önemli olanlarından biri kuşkusuz “*müdafî yardımı*”dır. Şu halde müdafî yardımından yararlanma hakkı, savunma hakkını tamamlayan ve ona anlamını veren temel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Müdafî yardımından yararlanma hakkı bir taraftan savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlarken, diğer taraftan da adil bir ceza muhakemesi bakımından önem taşıyan bir diğer ilkeye, yani silahların eşitliği ilkesine hayat vermektedir. Şöyle ki, çağdaş devlet anlayışı ve özellikle “hukuka bağlı devlet” teorisi, hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesi için itham eden ile itham edilen arasında denge bulunmasını gerektirir<sup>17</sup>. İtham etme yetkisi, devletin bir organı olan savcılığa verildiğine göre, devlet otoritesini elinde bulunduran makamla, sanığın eşit durumda bulunması kolay gözükmemektedir. O nedenle ceza muhakemesinde iddia makamı ile savunma arasındaki bu güç dengesinin, “*silahların eşitliği*” ilkesi kapsamında, sanığa veya şüpheliye birtakım imkânlar tanımak suretiyle sağlanmaya çalışıldığı açıkça ortadadır.

Silahların eşitliği ilkesi, iddia makamını işgal eden savcı karşısında sanığın avantajsız duruma düşürülmemesi, sanığın hakları ile savcının yetkileri arasında bir eşitlik sağlanması anlamına gelmektedir<sup>18</sup>. Bu eşitlik, dengenin savunma aleyhine bozulmamasını, yani savunmanın yapılamaz duruma gelmemesini yahut savunma hakkının kısıtlanmamasını ifade eden bir eşitliktir<sup>19</sup>. O halde iddia makamı karşısında, savunma makamı da makul haklara sahip olmalıdır ki, silahların eşitliği ilkesiyle birlikte adil yargılama ilkesi yaşama geçirilebilsin<sup>20</sup>. Şüphesiz, kendini savunması

<sup>16</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırtı/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 107. Ayrıca bkz. Zafer, s. 255.

<sup>17</sup> Centel/Zafer, s. 160-161; Ayrıca bkz. Erem, s. 175.

<sup>18</sup> Harris, DJ./O’Boyle, M./Warbrick, C., Law of The Human Convention on Human Rights, London, 1995, s. 256. Ayrıca bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 393; Ambos, Kai, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları- Silahların Eşitliği, Çekişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-”, (Çev: Yener Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 15-64, s. 23 vd; Grabenwarter, Christoph, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS md.6)”, (Çev: Osman Can), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s.181-244, s. 215.

<sup>19</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 58-59; Centel/Zafer, s. 194.

<sup>20</sup> Adil yargılamanın zorunlu bir unsuru olarak görülen bu dengenin, savunma makamının iddia makamı karşısında dezavantajlı konuma düşmemesi için makul olanaklara sahip olmasını gerektirdiği konusunda bkz Mahoney, Paul, “Right to A Fair Trial In Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R”, Judicial Studies Institute Journal, Vol. 2:4, 2004, s.107-129, s. 112; Mole, Nuala/Harby, Catharina, The Right to Fair Trial, Human Right Handbooks, Ap. No:3, 2. Edition, Belgium, 2006, s. 46.



için şüpheli veya sanığa birtakım hakların sağlanmış olması tek başına yeterli olmayıp, verilen hakların fiilen etkin bir şekilde kullanılabilmesi de gerekmektedir<sup>21</sup>. Şu durumda, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde savunma faaliyetinin etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için sanık, üçüncü bir kişi olan müdafîin hukuki bilgisine ve tecrübesine ihtiyaç duyabilir<sup>22</sup>. Aşağıda da inceleneceği üzere, adil bir ceza muhakemesinde müdafîin üstlendiği rol, bu ihtiyacı açıkça ortaya koymaktadır.

### C. Adil Yargılamada Müdafî Yardımını Gerekli Kılan İhtiyaçların Değerlendirilmesi

Ceza muhakemesinde müdafî yardımının gerekliliği, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, savunma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin gerçek manada yaşama geçirilmesi yönündeki zorunluluğun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, müdafî yardımı olmaksızın savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanabilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Vurgulamak gerekir ki, bu ifade yalnızca teorik bir açıklamadan yahut slogandan ibaret olmayıp, daha önce yaşanmış tecrübelerin de desteklediği somut bir takım gerekçelere dayanmaktadır. Bu gerekçelerin ortaya koyduğu gerekliliklerin ele alınması, bir taraftan müdafî yardımından yararlanma hakkının önem derecesinin somutlaştırılması, diğer taraftan “*müdafî adil yargılamanın teminatıdır*” söyleminin slogan olmaktan öte, bir ceza muhakemesinde duyulan somut, yakın ve hissedilebilir ihtiyacın ifadesi olarak karşımıza çıktığının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Müdafî yardımının gerekliliğine duyulan inancı mantıklı bir temele oturtup içselleştiremediğimiz müddetçe, teorik düzlemde yapılan açıklamaların süslü kelimelerden öteye gitmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Adil yargılamanın temini için müdafî yardımını gerekli kılan halleri incele-

<sup>21</sup> Savunma hakkı, genel hukuk sistematğinde sübjektif kamu haklarından sayıldığı, bu bakımdan, savunma hakkının kullanılabilirliğinin sağlanması gerektiği hususunda bkz. **Erem**, s. 173.

<sup>22</sup> Yargılama makamlarının varmış olduğu sonuç bir tez, antitez ve sentez faaliyetinin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ortak faaliyetin maddi gerçeğe ulaşabilmesi ancak ceza muhakemesinde bağımsız olunması, birey hak ve özgürlüklerini koruması ve kollaması, dürüst muhakeme kurallarının uygulanması ile olanaklıdır. “Yargı” varılan bir sentez ise, bunu yapacak olan yargılama makamı iki taraflı olan kuşkuyu tek olan gerçeğe çevirmek zorundadır. Eğer bu iki yan, sav ve savunma ortak faaliyeti yoksa yargı da yoktur (bkz. **Çula**, s. 135 Ayrıca bkz. **Toroslu/FeYZioğlu**, s. 135). Fakat gerçek, adil bir yargının varlığından söz edilebilmesi için şekli anlamda savunmanın bulunması yetmez, aynı zamanda etkili de olması gerekmektedir. Bu nedenle, birçok yargılama faaliyetinde etkili bir savunma yapılabilmesi ve istenen yargıya ulaşılabilmesi için müdafîi yardımına ihtiyaç bulunmaktadır (bkz. **Simeneh** Kiros Assefa, Criminal Procedural Law, Principles, Rules and Procedures, 2010, s. 343). Bu husus isnadın ispata denkliği, yani isnat kadar savunmanın da örgütlenmiş olması gerektiği meselesiyle yakından ilgilidir (bkz. **Hafizoğulları**, s. 22). Müdafîi yardımından yararlanma hakkının, silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olduğu konusunda ayrıca bkz. **Derdiman**, s. 120; **Bıçak**, s. 171; **Zafer**, s. 286, **Yokuş-Sevük**, Handan, “Soruşturma Evresine Hakim Olan İlkeler”, Fasıkül, CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 21, 2011, s. 13-29, s. 17.

meye geçmeden önce, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin 1932 yılında verdiği, tarih olarak eski sayılabilecek *Powell v. Alabama* kararına değinmekte fayda buluyoruz. Nitekim söz konusu kararda, adil bir yargılama için müdafî yardımına niçin ihtiyaç duyulduğu genel hatlarıyla yanıtlanarak, konunun esası net bir şekilde ortaya konulmuştur. Şöyle ki, kararda müdafîsi olmayan suç isnadı altındaki kimselerin;

- *Kendisini kötü hissedebileceği,*
- *İspata ilişkin kurallara yabancı olabileceği,*
- *Yanında bir müdafî bulunmaksızın eksik ya da alakasız delillere dayanan mesnetsiz bir suçlamadan yargılanabileceği,*
- *Bunlar olmasa bile BİLGİ ve BECERİ eksikliğinin savunmanın hazırlanmasını güçleştireceği*

vurgulanarak, yargılamanın her aşamasında müdafîinin rehberliğinin bir ihtiyaç olduğu haklı sonucuna ulaşılmıştır<sup>23</sup>. Adil yargılamada müdafîe duyulan ihtiyacı ortaya koyan bu noktalara daha yakından ve ayrıntılı bakmakta fayda bulunmaktadır:

### *i. Şüpheli veya sanığın kendisini güvende hissetmesi*

Adli makamlar, her ne kadar hukukun çizdiği sınırlar içerisinde hareket etseler de, soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yerine getirirken kamu gücünü, yani devlet otoritesini kullanmaktadırlar. Adli makamların sahip olduğu devlet otoritesinin, şüpheli veya sanık üzerinde baskı oluşturması beklenen bir durumdur<sup>24</sup>. Oysa müdafî, ceza muhakemesi sükeleri arasında devlete ait buyurma gücüne, yani devlet otoritesine sahip olmaksızın, toplumsal savunma görevini yerine getirir<sup>25</sup>. Kabul etmek gerekir ki, müdafîin devlet otoritesine sahip olmaması, devletin yasalarına karşı gelmekle suçlanan kimselerin müdafîe karşı korkuya yahut huzursuzluğa kapılmalarının önüne geçerek, kendilerini onun yanında daha iyi ve güvende hissetmelerini sağlar. Böylece müdafîin kendi aleyhine hareket etmeyeceği düşüncesinde olan şüpheli veya sanık, kedisini daha sağlıklı ifade edebileceği bir imkâna kavuşur.

Bu konuda anti-tez olarak, Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için lehe olan delilleri de toplayarak, şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğu<sup>26</sup>; bu nedenle devlet otoritesine sahip

<sup>23</sup> *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), karar için bkz. **Neuhard**, Jim "Free Counsel: A Right, Not a Charity", *New York University Review of Law & Social Change*, Vol. 14, Issue 1 (1986), s.109-118, s. 114. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda yer verilen müdafî yardımından yararlanma hakkına ilişkin detaylı açıklama için bkz. **Samaha**, Joel, *Criminal Procedure*, 7. Edition, 2008, s. 418 vd.

<sup>24</sup> Bkz. **Bıçak**, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 174.

<sup>25</sup> **Toroslu/FeYZioğlu**, s. 20; **Kocaoğlu**, s. 33.

<sup>26</sup> Nitekim CMK m.160/2'de: "Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yar-

olsa bile, Cumhuriyet savcısının da şüpheli veya sanık yönünden adil yargılamayı tek başına temin edebileceği ileri sürülebilir. Fakat her ne kadar lehe olan delilleri toplamakla yükümlü olsa da, Cumhuriyet savcısı bir iddia makamıdır ve lehe olan hususların iddia makamı tarafından ileri sürülmesi savunma faaliyeti olarak nitelendirilemez<sup>27</sup>. Nitekim, iddia makamı maddi gerçeğin ortaya konulmasında görev üstlenmişken, savunma makamında yer alan müdafî ise **şüpheli veya sanığın yararlarıyla örtüştüğü ölçüde**<sup>28</sup> maddi gerçeğin ortaya konulmasında fonksiyon üstlenir. Diğer taraftan savunmayı teknik olarak “iddianın çürütülmesi” olarak açıkladığımız göre, savcının kendi yaptığı iddiayı kendisinin çürütmesi her zaman beklenir bir durum değildir<sup>29</sup>. Bu nokta, iddia ve savunmanın çelişik iki farklı görev olduğunu ortaya koymaktadır<sup>30</sup>. O halde lehe hususların öne sürülmesi bakımından görev ve yetkileri ne olursa olsun, iddia makamının mevcut konumu dikkate alındığında<sup>31</sup>, şüpheli veya sanığın kendisini rahat hissedebilmesi için savunma makamını işgal eden ve şüpheli/sanık haklarına işlerlik kazandırmaya yoğunlaşmış bir yardımcının, yani müdafîin varlığı zorunludur<sup>32</sup>.

## ii. Hukuki ve fiili imkânsızlıkların aşılması

Şüpheli veya sanığın savunmasını bizzat yapması, haklarındaki iddiaların çürütülerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını her zaman mümkün kılmaz. Şöyle ki, özellikle tutuklu olan şüpheli veya sanığın kendi lehine olan delilleri araştırarak, hakkındaki iddiaları çürütmesi, soruşturmaya yön vermesi fiilen mümkün değildir.

gılamının yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin **lehine ve aleyhine olan delilleri** toplayarak muhafaza altına almakla **ve şüphelinin haklarını korumakla** yükümlüdür” düzenlemesine yer verilerek, şüpheli veya sanığın lehine ya da aleyhine bir sonuç doğurduğuna bakmaksızın Cumhuriyet savcısının adil yargılamayı temin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

<sup>27</sup> İddia makamı tarafından lehe olan hususların savunma niteliğinde olduğu, fakat bunun müdafî ile savunmanın yerine geçmeyeceği konusunda bkz. **Eser**, s.329; **Centel**, s. 8; **Centel/Zafer**, s. 161. **Tosun** ise, iddia makamlarının sanığın lehine olan bir takım faaliyetlerini iddiadan vazgeçme olarak nitelendirmektedir (Bkz. **Tosun**, s. 206). Bizce de iddia makamının lehe delil öne sürmesi “savunma” olarak nitelendirilemez.

<sup>28</sup> **Ünver/Hakeri**’nin de belirttiği gibi, müdafîin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak değil, müvekkilinin lehine davayı yürütmektir (bkz. **Ünver/Hakeri** s. 237). Etik ve meslek kuralları, müdafîin maddi gerçeği sapturmasını da kabul etmeyeceğine göre, bu durumda, müdafîin maddi gerçeği ortaya çıkarma görevi sanığın yararlarıyla sınırlı bir görevdir (bkz. **Centel**, s. 179). Ayrıca bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 237.

<sup>29</sup> **Tosun**, s. 206.

<sup>30</sup> **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 392.

<sup>31</sup> İddia makamının kendisini devletin vekili olarak görme ihtimali, soruşturmaya konu fiil hakkında önyargıya sahip olması nedeniyle bazı hususları gözden kaçırmaya ve davanın başarısını kendi başarısı olarak görme tehlikesi müdafîe duyulan ihtiyaç konusunda dikkate alınmalıdır (bkz. **Zafer**, s. 287, **Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s. 113).

<sup>32</sup> **Eser**, s. 329.

Bu nedenle özgürlüğü kısıtlanmış olan birinin menfaatleri, müdafî yardımından yararlanmayı gerektirmektedir. Nitekim, tutuklu olan sanığa yasal müdafî atanmasını bir zorunluluk olarak ele alan AİHM kararları, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır<sup>33</sup>.

Kaldı ki, tutuklu olmasa bile günlük yaşam koşulları içerisinde (iş durumu, sağlık vs. gibi) şüpheli ve sanığın dosyaya giren bilgi ve belgeleri incelemesi fiili olarak güç olabilir<sup>34</sup>. Bu nedenle CMK m.153 çerçevesinde dosyayı inceleme yetkisi bulunan ve bu çerçevede suça konu bilgi ve belgelere erişme kolaylığına sahip olan müdafî, maddi gerçeğin ortaya konulmasında daha etkin rol üstlenecektir<sup>35</sup>.

### *iii. Hukuki bilgi eksikliği*

Savunma, *maddi (fili) savunma ve hukuksal savunma* olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. *Maddi savunma* yargılamaya konu eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğine; *hukuksal savunma* ise eylemin hukuk kuralları karşısındaki durumuna ilişkin bir savunma olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>36</sup>. Hukuksal savunmada, gerçekleştiği kabul edilen olayların hukuksal sonuçları ele alınacağından, bu savunma hukuk bilgisi ve deneyimi gerektirmektedir. Gerek yargılama makamını oluşturan hâkim, gerek iddia makamında yer alan savcı hukuk adamı olmasına karşın; şüpheli veya sanık genelde bu niteliğe sahip değildir. Dolayısıyla, hukuk bilgisi bulunma-

<sup>33</sup> Bkz. Benham v. United Kingdom, 10.06.1996, § 61; Perks and Others v. United Kingdom, 12.10.1999, Ap. No: 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95, 28456/95, § 46.

<sup>34</sup> Şüpheli ve sanığın dosyayı inceleme hakkı konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, 24.12.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 27795 No'lu Yönetmeliğin 1. maddesiyle, "**Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin** (bkz. RG. 01.06.2005, 25832)" 45. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, şüphelinin soruşturma dosyasını inceleme hakkı, açık bir düzenlemeye kavuşmuştur. (Savunma hakkının gereği olarak, bu hususun yasal zemine oturtulması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. **Centel/Zafer**, s.90). Diğer taraftan, sanık bakımından açık bir düzenleme bulunmasa da, doktrinde, uluslararası metinler karşısında sanığın dosyayı inceleme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. **Karakehya**, Hakan, "Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı", EÜHFD, C. XI, S. 3-4 (2007), s. 131-147, s. 135 vd.

<sup>35</sup> Belirtmek gerekir ki, müdafî olsa dahi, özellikle tutuklu şüphelilerin yer aldığı soruşturmalarda, tutuklamanın yerindeliliğinin "gizlilik kararı" (CMK m153/2) nedeniyle şüpheli ve müdafî tarafından denetlenmemesi, savunma hakkı ve kişi özgürlüğünün ihlaliyle sonuçlanan bazı sıkıntılar ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı inceleme için bkz. **Erdem**, Mustafa Ruhan, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", DEÜHFD, C:6, S:1, 2004, s. 67-110.

<sup>36</sup> Örnekle ifade etmek gerekirse, hırsızlık suçunun işlendiği sırada sanığın başka bir yerde bulunduğu yönündeki savunma maddi savunma iken, sanık tarafından eylemin hırsızlık suçunu oluşturmadığı yönündeki savunma hukuksal savunmadır. Maddi-hukuksal savunma ayrımı için bkz. **Tosun**, s. 208; **Zafer**, s. 274. **Bıçak**, maddi savunmayı "olgusal savunma" olarak adlandırmaktadır (bkz. **Bıçak**, s. 166).

dığı için bir çok kurala ve kavrama yabancı olan şüpheli veya sanığın, tek başına “yapmadım, gitmedim, çalmadım” şeklinde fiili savunmada bulunarak, kişisel çabalarla iddia makamı karşısında güçlü olması beklenemez<sup>37</sup>. Hukukçu gözlüğünden yapılan hukuksal savunmanın, diğerine nazaran daha etkili olması muhtemeldir. Nitekim, AİHM de müdafî yardımından yararlanma hakkına ilişkin kararlarında, fiili savunma ile hukuki savunma arasındaki farkı vurgulamaktadır<sup>38</sup>. Bu nedenle, hukuki bilgidен yoksun olan şüpheli veya sanığın hukuki bilgisizliğinin ve tecrübe eksikliğinin bir müdafî tarafından giderilmesi, silahların eşitliği prensibi karşısında savunma hakkının tam manasıyla kullanılabilmesi bakımından önemlidir<sup>39</sup>. Aksi halde, *Tosun*'un da ifadesiyle, “*sanık, savcının karşısında hafif kalır*” ve sırf bu durum suçsuzların mahkûm olma olasılığını arttırır<sup>40</sup>.

#### *iv. Suç isnadıyla karşı karşıya kalan kimsenin içinde bulunduğu psikolojik durum*

Hukukçu kimliğine sahip olsun veya olmasın, bir kimsenin suç isnadı karşısında yaşadığı tedirginlik ve korku, müdafî olmaksızın bizzat yapılacak savunmayı olumsuz etkileyebilir<sup>41</sup>. Kabul edileceği üzere, suç isnadının yarattığı korku ve endişeyle yapılan savunmaların inandırıcılık kabiliyetinin başarısı tartışmaya muhtaçtır<sup>42</sup>. Diğer taraftan, dışa yansıyan korku ve endişe, şüpheli veya sanığın “**korunma refleksi içerisinde hareket ettiği**”ne ilişkin bir ön yargının oluşmasına, bu ön yargının da şüpheli veya sanıkların lehe olan ifadelerinin ciddi bir değerlendirme konusu yapılmamasına yol açabilir. O halde, iddia makamı karşısında sanığın hukuki konularda güçsüz kalmasını önleyecek olan müdafî, yargılama konusunda deneyimi olduğundan ve kendisine yönelik bir suçlama da bulunmadığından, sanığı soğukkanlı ve profesyonelce savunup, iddiaların yanlışlığını etkili bir şekilde ortaya koyabilecektir.

<sup>37</sup> Eser, s. 328; Tosun, s. 206; Centel, s. 9; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 224; Centel/Zafer, s. 160; Zafer, s. 287; Yokuş-Sevük, İlkeler, s. 16; Bayilloğlu, Uğur, “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafî Yardımının Önemi”, Ankara Barosu Dergisi, 2004/2, s. 39-52, s. 50; Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2006, s. 199.

<sup>38</sup> Bkz. Gomien, Dona, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (Çev. Serkan Cengiz-Utku Kılınç), İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2008, s. 81.

<sup>39</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 216. Ayrıca bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 235; Kaşıkara, Serhat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara 2009, s. 209.

<sup>40</sup> Tosun, s. 206.

<sup>41</sup> Centel, s. 9; Tosun, s. 206; Zafer, s. 288; Bayilloğlu, s.49. Ayrıca Kocaoğlu'nun da belirttiği gibi, yargılama psikolojisi altındaki şüpheli veya sanık, “suçsuz bile olsa” kendisine bir suç şüphesinin yöneltilmesi neticesinde kendi aleyhine sonuç doğuracak hatalar yapmaya meyilli olmaktadır (Bkz. Kocaoğlu, s. 70).

<sup>42</sup> Eser, s. 328; Kocaoğlu, s. 68.

### v. Ceza adaletinin sağlanması

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında fonksiyon üstlenen müdafî, şüpheli veya sanığın yalnızca suçsuzluğunu ortaya koymak için değil, aynı zamanda hak ettiğinden daha çok ceza almasını önlemek suretiyle ceza adaletinin sağlanmasında önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla müdafî maddi olayların doğru saptanması ve saptanan olaylara yasanın doğru uygulanması için üzerine düşen görevi yerine getirmek durumundadır<sup>43</sup>. Bu görev, suçluluk hissi yahut başkaca sebeplerle sanığın kendisi hakkında verilen karara kayıtsız kalması halinde, müdafî -eğer karar hatalıysa- duruma müdahale yetkisi vermektedir. Kabul etmek gerekir ki, şüpheli veya sanığın hak ettiğinden fazla ceza almaması kamu yararı ve devletin saygınlığıyla ilişkili bir husus olduğu kadar<sup>44</sup>, adil yargılanmada bulunması gereken ceza adaletinin de bir gereğidir. Buna göre, müdafî temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmak durumunda kalan bireylerin “orantılı” bir yaptırıma tabi tutulması noktasında da rol üstlenerek, sanığın iradesine aykırı olsa dahi, adil yargılamanın ürünü olan adil bir kararın verilmesi için çaba sarf edecektir.

### vi. Denetleme İşlevi

Tahsili, görgüsü ve ahlak anlayışı ne olursa olsun, bir hukuk devletinde iddia ve yargı makamında görev alan kimselere peşinen güven duyulması ve bu kimselerin kendi otokontrol mekanizmalarıyla baş başa bırakılması, İŞLEYİŞTEKİ ADALETİN DIŞA YANSIMASINDA BİR TAKIM AKSAKLIKLARIN YAŞANMASI RİSKİNİ bünyesinde barındırmaktadır. Bu noktada karşımıza çıkan en önemli hususlardan bir diğeri de, savunma makamını oluşturan müdafîin yargılamada bir nevi denetleme işlevi görmesidir<sup>45</sup>. Şöyle ki, müdafî mahkeme veya iddia makamının yapmış olduğu işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarını değerlendirme ve gerekli yollara başvurma konusunda yetkin bir kimsedir<sup>46</sup>. Bu yetkinlikte bağımsız bir şüpheli yahut sanık yardımcısının varlığı dahi şüpheli veya sanık için bir güvencedir. Şüpheli ve sanık için güvence teşkil eden bu durum, aslında hukuka uygun karar vermekle mükellef olan mahkemelerin oluşturduğu yargı sisteminin işleyişi için de bir güvence oluşturmaktadır. Nitekim müdafîin bulunduğu bir yargılamada, beklenen o ki karar mercileri ölçüyü kaçırmadan, dikkatli ve özenli davranmak durumunda kalacaktır. Dikkatli ve özenli davranan karar mercilerinin bulunduğu yargı sistemi günden güne gelişir; gelişen bir yargı sisteminde muhakemenin adil bir şekilde yürütülmesi refleks haline gelir ve bunun sonucu olarak keyfiyet kavramına karşı yabancılaşma başlar.

<sup>43</sup> Müdafîin maddi olayların saptanması ve yasanın uygulanması konusunda yardımcı bulunma ödevinin sınırları için bkz. **Centel**, s. 177-179.

<sup>44</sup> **Centel**, s. 10; **Centel/Zafer**, s. 160.

<sup>45</sup> **Centel**, s. 10; **Yokuş-Sevük**, İlkeler, s. 17.

<sup>46</sup> Bkz. **Centel/Zafer**, s. 160.

Netice itibariyle, yukarıda sözünü etmiş olduğumuz ihtiyaçlar açıkça göstermektedir ki, silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkelerinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi için şüpheli veya sanığın, muhakemenin *başından sonuna* kadar bir hukukçunun yardımından yararlandırılması gerekmektedir. Bu gereklilik, hukuk devletine yakışır, adil bir yargılamayı amaç edinen AİHS m.6/3-c'deki müdafî yardımından yararlanma hakkının temelini oluşturmaktadır.

## II- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE (m.6/3-c) DÜZENLENEN MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKININ İÇERİĞİ

### A. Genel Açıklama

Yukarıda da etraflıca değindiğimiz üzere, müdafîin adil yargılamadaki önemi, müdafî yardımından yararlanmanın bir hak olarak tanınması zorunluluğunu beraberinde getirmiş ve böylece müdafî yardımından yararlanma hakkı adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6'nın üçüncü fıkrasının (c) bendinde düzenleme alanı bulmuştur<sup>47</sup>.

AİHS'nin 6/3. maddesinin (c) bendinde, şüpheli veya sanığın "*Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafîinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;*" hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir<sup>48</sup>. Söz konusu düzenleme, bir kimsenin ister bireysel olarak ister müdafîi yardımını almak suretiyle savunma hakkını kullanabileceğini hüküm altına almaktadır<sup>49</sup>. Şu halde herhangi bir suçla itham edilen (şüpheli veya sanık) kimse, savunma hakkının kullanılması bakımından dört hakka sahiptir: *Birincisi* kendisini bizzat savunma; *ikincisi* müdafîisini kendisi seçme, *üçüncüsü* kendi seçtiği müdafîin yardımından yararlanma; nihayet *dördüncüsü* bir müdafîe sahip olmak için gerekli mali olanaktan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir müdafîin yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkıdır<sup>50</sup>. Biz inceleme konumuzu müdafîi yardımından yararlanma hakkı özelinde yaptığımız için, "şüpheli veya sanığın kendini bizzat savunma hakkı"nı kapsam dışında tutuyoruz.

<sup>47</sup> Aynı şekilde, söz konusu düzenlemeye paralel olarak ceza yargılaması sistemimizde de, müdafîi yardımından yararlanma bir hak olarak şüpheli veya sanığa tanınmıştır (CMK 149 vd.).

<sup>48</sup> Sözleşme'nin Türkçe metni AİHM'nin resmi sitesinden alınmıştır (bkz. [www.echr.coe.int/echr/erişim](http://www.echr.coe.int/echr/erişim): 31.03.2013).

<sup>49</sup> Bkz. **Viering**, Marc, Right to A Fair and Public Hearing, (section 5-10), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Edition, 2006, s. 636.

<sup>50</sup> **Merrills**, J. G./**Robertson** A.H., Human Rights In Europe, Astudy of The European Convention on Human Rights, 4.Edition, 2001, s. 123. Ayrıca bkz. **Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara 2011, s. 302.

## B. Müdafii Seçme Hakkı

Müdafii yardımından yararlanma hakkının öncelikli basamağını, suç isnat edilen kimsenin “KENDİ SEÇECEĞİ” bir avukatın yardımından yararlanma hakkı oluşturmaktadır. Bu ifade, müdafii yardımından yararlanma hakkının, müdafii seçme hakkını da kapsadığını açıkça göstermektedir. Şu halde şüpheli veya sanığın seçtiği müdafii yerine yetkili merci tarafından başka bir müdafiiin görevlendirilmesi ya da bu kimselerin müdafii seçme hakkını kısıtlamaya yol açacak bir takım tedbirlere başvurulması, müdafii yardımından yararlanma hakkının ihlalini gündeme getirecektir.

Bir sanık kendisi için herhangi bir müdafii seçmek istemese dahi, bazı koşulların varlığına bağlı olarak, ulusal mevzuatta mahkeme önünde avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmesi müdafii seçme hakkına aykırı bir durum oluşturmaktadır<sup>51</sup>. Nitekim müdafii seçme hakkında kısıtlamaya gitmeksizin, bazı durumlarda, müdafii yardımından yararlanmanın zorunlu hale getirilmesi, adil yargılamanın tesisine yönelik bir güvence oluşturmaktadır. Fakat bu noktada ele alınması gereken sorun, sanığın seçtiği müdafii dışında, ayrıca mahkeme tarafından ikinci bir müdafii tayini yoluna gidilmesinin “müdafii seçme” hakkını ihlal edip etmeyeceğidir.

Sanığın kendi seçmiş olduğu müdafie ek olarak mahkeme tarafından da bir müdafii tayini yoluna gidilmesi müdafii seçme hakkının ihlalini gündeme getirecektir<sup>52</sup>. Nitekim Sözleşme’de müdafii tayini bakımından sanığın iradesine üstünlük tanınmıştır. Fakat AİHM, müdafii seçimini sanık bakımından mutlak bir hak olarak değerlendirmemektedir<sup>53</sup>. Almanya’ya karşı açılan *Croissant* davasında, AİHM “adaletin selameti” ne vurgu yaparak, somut olayda “yargılamanın uzun sürme ihtimali” ile “davanın çapı ve karmaşıklığı” yönündeki gerekçelerle, sanığın istemi ve rızası olmaksızın mahkeme tarafından ilave müdafii tayinine başvurulmasını AİHS m.6/3-c’ye aykırı bulmamıştır<sup>54</sup>.

Netice itibariyle, temel kural şüpheli veya sanığın kendi seçeceği bir müdafiiin yardımından yararlandırılmasıdır. Bunu ortadan kaldıran ya da sınırlandıran düzenlemeler ve/veya müdafiiin değiştirilmesi sonucuna götüren fiili uygulamalar -ki bunlar baskı, telkin gibi bazı tutum ve davranışlar olabilir- müdafii seçme hakkının ihlalini gündeme getirebilir.

<sup>51</sup> Bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 304, **Eser**, s. 330.

<sup>52</sup> Karş. **Grabenwarter**, s. 235.

<sup>53</sup> **Haris/O’Boyle/Warbrick**, s. 258; **Mole/Harby**, s. 62. **Grabenwarter**, s. 235.

<sup>54</sup> Bkz. *Croissant v. Germany*, 25.09.1992, Ap. No: 13611/88, § 29-30. Ek bilgi vermek gerekirse, Alman Yüksek Mahkemesi tarafından benimsenen uygulamaya göre, karmaşık davalarda seçilmiş müdafiiin yükümlülüklerini yerine getirememe riski varsa, onun yanına bir de atanmış müdafiiin görevlendirilebilmesi mümkündür. Bkz. **Eser**, s.332.



### C. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı

Müdafî yardımından yararlanma hakkı, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde uzman bir kişinin yardımından yararlanmasını ifade eder. Belirtmek gerekir ki, müdafî yardımından yararlanma hakkı, şüpheli veya sanığın diğer haklarının gözetilmesi bakımından yargılamanın “**her aşaması**” için geçerli olan bir haktır. Dolayısıyla yargılama öncesindeki (*pre-trial*) soruşturma aşamasında yapılan işlemler bakımından da adil yargılanma hakkı güvence altına alınmalıdır<sup>55</sup>. Nitekim İsviçre’ye karşı *Imbrioscia* davasında Mahkeme, AİHS m.6/3-c’nin etkinliğinden söz edilebilmesi için yargılama öncesi işlemler bakımından da söz konusu düzenlemenin uygulama alanı bulmasının zorunlu olduğunu; bu nedenle uyuşturucu kaçakçılığı şüphesiyle polis tarafından sorguya çekilen şüphelinin, sorgu aşamasında müdafî yardımından yararlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>56</sup>. *John Murray/İngiltere* davasında, Mahkeme bu durumu biraz daha aydınlığa kavuşturmuştur. Nitekim Mahkeme kararda, iç hukukun kollukta alınan ifade gibi şüphelinin davranışlarına sonuç bağladığı ilk aşamalar bakımından, ilke olarak Sözleşme’nin 6. maddesi çerçevesinde şüphelinin müdafî yardımından yararlandırılması gerektiğine işaret ettikten sonra, AİHS’de yer verilmeyen bu hakkın makul gerekçelerle kısıtlamalara konu olabileceğini; asıl sorunun yargılamanın bütünü göz önüne bulundurulduğunda söz konusu kısıtlamanın şüpheliyi adil yargılama hakkından mahrum bırakıp bırakmadığıyla ilişkili olduğuna vurgu yapmıştır<sup>57</sup>. Anlaşıldığı üzere, haklı sebeplere dayandığı müddetçe, bazı durumlarda müdafî yardımından yararlanma hakkına kısıtlama getirilebilir<sup>58</sup>. Müdafî yardımından yararlanma hakkının gecikmeli olarak sağlandığı hallerde, bu gecikmenin ihlal oluşturup oluşturmadığı, yargılamanın bütünü dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir.

Türkiye aleyhine açılan *Öcalan* davasında, başvuru 16 Şubat 1999’dan 23 Şubat 1999’a kadar, yaklaşık 7 gün boyunca Türkiye’de gözaltında tutulduğu süre içerisinde güvenlik güçleri, bir Cumhuriyet savcısı ve bir Devlet Güvenlik Mahkemesi hâkimi tarafından sorgulanmıştır. Söz konusu süre içerisinde avukat yardımı almayan başvuru, hakkındaki iddiaların önemli unsurları haline gelecek ve mahkûmiyetinde önemli dayanak olacak şekilde kendini suçlayıcı birçok ifade vermiştir. Başvurucunun Türkiye’deki avukatının, başvurunu ziyaret talebi reddedilmiş; buna ek olarak 22 Şubat 1999 tarihinde başvuranın ailesi tarafından tu-

<sup>55</sup> **Merrils/Robertson**, s. 124; **Nester**, Daniel C., “Distinguishing Fifth and Sixth Amendment Rights to Counsel during Police Questioning”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 16, Issue 1 (Fall 1991), s.101-132, s. 102. **Ambos**, s. 34; **Grabenwarter**, s. 235; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 361-362, **Yokuş-Sevük**, İlkeler, s. 19.

<sup>56</sup> *Imbrioscia v. Switzerland*, 24.12.1993, Ap. No: 13972/88, § 33.

<sup>57</sup> *John Murray v. United Kingdom*, 08.02.1996, Ap. No: 18731/91, § 63.

<sup>58</sup> **Gölcüklü**, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, İlhan Öztrak’a Armağan, AÜSBF, Ankara 1994, s. 199-234, s. 225; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 362.

tolmuş olan on altı avukata Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuruyla görüşme izni verilmemiştir. AİHM, avukattan yararlanma hakkının bu kadar uzun süre kısıtlanmasının, savunma hakkına telafi edilemeyecek şekilde zarar vereceğini belirterek, başvurucuya 6. maddeyle tanınması gereken savunma haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>59</sup>. Görüldüğü üzere, mahkeme kendisi bakımından sonuç doğuracak açıklamalarda bulunduğu sırada şüphelinin, müdafî yardımından yararlandırılmasını adil yargılamanın bir unsuru olarak görmektedir<sup>60</sup>. Buna karşılık *Brennan/İngiltere* davasında, başvuru 24 saat avukatıyla görüştürülmemiş olmasına rağmen, bu süre zarfında ifadesi alınmayan başvuru suçlamaya ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmadığı için Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır<sup>61</sup>.

Yine, *Poitrimol/Fransa* davasında, kaçak olan sanığın müdafî yardımından yararlandırılmaması yönünde benimsenen bir uygulamanın, AİHS m.6/3-c'nin ihlali niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Bu davada Mahkeme, duruşmada hazır bulunmanın önemi gereği, giyabi durumun (kaçaklığın) yasal düzenlemelerle caydırılmak istenmesinin kabul edilen bir yaklaşım olduğunu, fakat bunun önüne geçilmesi için müdafî yardımından yararlandırmama yolunun seçilmesinin ölçüsüz bir tedbir olduğunu vurgulamıştır<sup>62</sup>.

Mahkeme'nin birçok kararında da vurgulandığı üzere<sup>63</sup>, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol dikkate alındığında, müdafî yardımından yararlanma hakkını hükme bağlayan düzenleme teorik ve hayali değil, **“gerçek ve etkili”** anlamda bir savunma hakkını sağlamaya yöneliktir<sup>64</sup>. Bu bakımdan, şüphelinin müdafîsi olmasına karşın, müdafîin işini yapmasının engellenmesi, AİHS m.6/3-c'nin ihlalini gündeme getirebilecektir. Nitekim, sanığın duruşmada hazır bulunmaması halinde, temsilcinin de duruşmaya kabul edilmemesi<sup>65</sup>, sorgulamanın başında avukatın bulunmaması<sup>66</sup>, müdafî ile sanığın serbestçe gerek yazılı gerekse de sözlü iletişim kurmasının engellenmesi yahut bu iletişimin gizliliğinin korunmaması<sup>67</sup> gibi hususlar, gerçek anlamda müdafî yardımından yararlanma hakkını ihlal etmektedir. Bu çerçevede özellikle, tutuklu sanıkla görüşmek isteyen

<sup>59</sup> Bkz. *Öcalan v Turkey*, 12.05.2005, Ap. No: 46221/99, § 141-143.

<sup>60</sup> *“..başvuranın polise verdiği ifade mahkumiyette kullanıldığı için, başvuranın avukata erişim hakkına getirilen kısıtlamalardan etkilendiği şüphe götürmez bir gerçektir. Ne daha sonra sağlanan avukat yardımı ne müteakip kovuşturmanın çekişmeli niteliği gözaltı sırasında yapılan hataları telafi edebilir.”* *Salduz v. Turkey*, 27.11.2008, Ap. No: 36391/02, § 58.

<sup>61</sup> *Brennan v. United Kingdom*, 16.10.2001, Ap. No: 39846/98, § 48.

<sup>62</sup> Bkz. *Poitrimol v. France*, 23.11.1993, Ap. No: 14032/88, § 35.

<sup>63</sup> *Artico v. Italy*, 13.05.1980, Ap. No: 6694/74, § 33; *Imbrioscia v. Switzerland*, 24.12.1993, Ap. No: 13972/88, § 38, *Sakhnovskiy v. Russia*, 31.12.2010, Ap. No: 21272/03, § 95.

<sup>64</sup> *Merrills/Robertson*, s. 124; *Viering*, s. 639; *Gözübüyük/Gölcüklü*, s. 304; *Mahoney*, s. 127.

<sup>65</sup> *Van Geyseghem v. Belgium*, 21.01.1999, Ap. No: 26103/95, § 34.

<sup>66</sup> *Averill v. United Kingdom*, 06.09.2000, Ap. No: 36408/97, § 61.

<sup>67</sup> *S. v. Switzerland*, 28.11.1991, Ap. No: 12629/87 13965/88, § 48.

müdafie zorluk çıkartmaya yönelik uygulamalar, müdafî yardımından yararlanma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasına engel teşkil edeceğinden, Sözleşme'nin ihlali gündeme getirecektir<sup>68</sup>.

#### D. Ücretsiz Müdafî Görevlendirme Yükümlülüğü

Müdafî yardımından yararlanma hakkının adil yargılamanın tesisindeki önemi, bazı durumlarda bu haktan sanığın yararlandırılması yönünde devlete ait bir yükümlülüğün kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede Sözleşme'nin 6/3. maddesinin (c) bendiyle taraf devletler, “*yeterli maddi imkâna sahip olmayan kimse-lerin, adaletin selametinin gerektirdiği durumlarda müdafî yardımından yararlandırılması*” konusunda yükümlendirilmiştir. Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, şüpheli veya sanığın ücretsiz müdafî yardımından yararlanma hakkı iki koşula bağlanmıştır. Bunlar:

- i. Şüpheli veya sanığın müdafî tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunması,
- ii. Adaletin selametinin gerektirmesi.

“*Müdafî tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunma*” koşulu oldukça belirgin olduğu için bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Buna karşılık bir diğer koşul olan “*adaletin selameti*” konusunda farklı değerlendirmelerle karşılaşmaktadır<sup>69</sup>. Bu nedenle, ücretsiz müdafî yardımından yararlandırma hakkı içtihatlarla yön verilmeye çalışılan bir uygulama sorunu halini almıştır<sup>70</sup>.

Mahkeme, adaletin selametinin varlığını tespit etmek için üç nokta üzerinden inceleme yapmaktadır: **Birincisi**, sanığı risk altında bırakan cezanın ağırlığına bağlı olarak suçlamanın ciddiliği; **ikincisi** davanın karmaşık, güç bir yapıya sahip olması; nihayet **üçüncüsü** sanığın şahsi durumudur<sup>71</sup>. İsviçre'ye karşı açılan *Quaranta* davasında, uyuşturucu madde kullanmaktan yargılanan sanığın, ücretsiz müdafî yardımından yararlanma talebinin reddedilmesi adaletin selameti koşulu çerçevesinde ele alınmıştır: Buna göre Mahkeme, sanığın üç yıla kadar hapis cezası öngören bir suçlamayla karşı karşıya kalması (=suçlamanın ciddiliği); suç dosyasının kabarıklığı (=davanın karmaşıklığı); diğer taraftan sanığın yabancı kökenli olması, aşırı derecede uyuşturucu kullanması gibi kişisel özelliğinin bulunması (=sanığın şahsi durumu) karşısında “adaletin selameti” koşulunun gerçekleştiği, bu nedenle sanı-

<sup>68</sup> **Yokuş-Sevük**, Handan, “Tutuklu ve Hükümlünün Avukatla Görüşme Hakkı”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S:9, Y:2007, s. 63-78, s. 75.

<sup>69</sup> **Merrills/Robertson**, s. 124; **Viering**, s. 642.

<sup>70</sup> **Merrills/Robertson**, s. 125.

<sup>71</sup> *Granger v. United Kingdom*, 28.03.1990, Ap. No: 11932/86, § 47-48; *Quaranta v. Switzerland*, 24.04.1992, Ap. No: 12744/87, § 32-37; *Benham v. United Kingdom*, Ap. No: 10.06.1996, 19380/92, § 60-64. Bu hususta açıklama için bkz. **Viering**, s. 643, **Mahoney**, s. 126; **Haris/O'Boyle/Warbrick**, s. 262; **Mola/Herby**, s. 64; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 361.

ğın müdafiiyle temsil edilmesinin bir gereklilik olduğu sonucuna varmıştır<sup>72</sup>. Diğer taraftan *Boner/İngiltere* kararında, her ne kadar davadaki hukuki problemler karmaşık olmasa da, ağır bir suçlama ile karşı karşıya olan sanığın, temyiz yargılamasında avukat desteğinden yoksun bırakılması adil yargılama ilkesine aykırı bulunmuştur<sup>73</sup>. Yine İngiltere aleyhine açılan *Benham* davasında da Mahkeme, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılma tehlikesinin bulunduğu durumlarda adaletin selameti ilkesinin müdafii görevlendirilmesini gerekli kılacağını belirtmiştir<sup>74</sup>.

Adaletin selametinin gerekleri sanığın müdafii ile temsilini zorunlu kılıyor ise, Sözleşme'ye taraf devletlerin başkaca bir koşul öne sürmeksizin, müdafii görevlendirme konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Taraf devletlerin Sözleşme ile tanınan hakkın kapsamını ek koşullar öngörmek suretiyle daraltması kabul edilemez. Örneğin Almanya'ya karşı açılan *Pakelli* davasında, davalı Alman hükümeti, duruşmalı temyiz yargılamasında sanığın kendisine müdafii görevlendirilmesi talebinin reddedilmesinin haklılığını, tutuksuz olan sanığın mahkeme huzuruna çıkıp kendini savunabilir durumda olmasına dayandıran ilginç bir iddia öne sürmüştür<sup>75</sup>. Yukarıda müdafii yardımını gerekli kılan halleri vurguladıktan sonra, şüpheli veya sanık kendini savunabiliyorsa müdafii görevlendirilmesine gerek olmadığı sonucunu doğuran bu yorum tarzını onaylamak ne Sözleşme'nin ne de çalışmanın amacıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim Mahkeme de, davalı devletin müdafii yardımından yararlanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>76</sup>.

*Artico/İtalya* davasına konu olan olayda ise, İtalya Yüksek Mahkemesi tarafından başvuruçuyu savunması için bir müdafii görevlendirilir. Fakat müdafii, diğer sorumluluklarını ve sağlık durumunu gerekçe göstererek, başvuruçuyu adına savunma görevini yerine getirmeyi reddeder. Bunun üzerine savunmasını kendisi yapmak zorunda kalan başvuruçuyu, davalı devletin AİHS m.6/3-c'yi ihlal ettiği gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurur. Fakat İtalyan Hükümeti kendisine yöneltilen iddia karşısında, başvuruçuyu müdafii görevlendirerek Sözleşme'nin kendilerine yüklediği yükümlülüğü yerine getirdiğini, atanan müdafinin geri çekilmesi karşısında hükümetin tekrardan müdafii atanmasına gerek olmadığını, nitekim bu durumun Sözleşme'de garanti altına alınmadığını belirten bir savunmada bulunmuştur. Yapılan savunmayı yerinde görmeyen Mahkeme, hükümetin sonradan gelişen olayları dayanak göstermeden, müdafii atanması konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Quaranta v. Switzerland, 24.04.1992, Ap. No: 12744/87, § 33-35.

<sup>73</sup> Boner v. United Kingdom, 28.10.1994, Ap. No: 18711/91, § 44.

<sup>74</sup> Benham v. United Kingdom, 10.06.1996, Ap. No: 19380/92, § 61.

<sup>75</sup> Pakelli v. Federal Republic of Germany, 25.04.1983, Ap. No: 8398/78, § 35.

<sup>76</sup> Pakelli v. Federal Republic of Germany, 25.04.1983, Ap. No: 8398/78, § 39-40.

<sup>77</sup> Artico v. Italy, 13.05.1980, Ap. No: 6694/74, § 33. *Artico/İtalya* kararının değerlendirmesi için bkz. Bkz. **Merrills/Robertson**, s. 124-126.

Yine *Artico/İtalya* davasında davalı devlet, maddi imkânsızlık koşulu gerçekleşmiş olsa dahi, sanığın davasının oldukça açık olması sebebiyle, burada müdafî yardımından yararlandırma yükümlülüğünün varlığından söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Nitekim, müdafî açısından sıkıntı ve güçlük yaratacak böyle bir davaya müdafî görevlendirilmesi oldukça zor olacaktır. Fakat, böylesi bir müdafî atamama gerekçesinin sanıkta suçlu olduğu algısı yaratacağını düşünen Mahkeme, savunmayı yerinde bulmayarak, başvuranın müdafî yardımından yararlandırılmasının zorunlu olduğu ve davalı devletin AİHS m.6/3 bent (c)'yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>78</sup>.

Ukrayna'ya karşı açılan *Maksimenko* davasında, davalı devlet temyiz yargılaması sırasında sanığı ücretsiz müdafî yardımından yararlandırmamış, buna gerekçe olarak da sanığın ilk derece yargılaması aşamasında müdafî yardımından yararlandığını ve ilk derece mahkemesinde verilen ceza hükmünün temyiz aşamasında ağırlaşma ihtimalinin bulunmamasını göstermiştir. Gerçekten, dava konusu olayın geçtiği tarihte yürürlükte olan 1960 tarihli (eski) Ukrayna Ceza Muhakemesi Kanunu m.45/1'de soruşturma ve kovuşturma aşaması bakımından düzenlenen zorunlu müdafîliğe ilişkin hükümlerin temyiz aşamasında da uygulanması, aynı maddenin ikinci fıkrasıyla temyize konu mahkûmiyetin ağırlaşması yahut beraat kararının kaldırılması ihtimalinin varlığına bağlanmıştı<sup>79</sup>. Fakat Mahkeme, soruşturma ve yargılamaya konu işlemlerin inceleme konusu yapıldığı temyiz aşamasında da sanığın ücretsiz müdafî yardımından yararlandırılması gerektiğini belirterek, AİHS m.6/1-c'nin ihlaline hükmetmiştir<sup>80</sup>. Belirtmek gerekir ki, temyiz incelemesinde sanığın cezasının ağırlaşma ihtimalinin olmaması (aleyhe bozma yasağı) tek başına bir güvence teşkil etmemektedir. Nitekim, temyiz incelemesinin hukuka uygun bir şekilde yapılması ve temyiz sonucu cezanın azalması yahut ortadan kalkmasındaki menfaati göz önünde bulundurulursa, sanığın temyiz kanun yolunda ücretsiz müdafî yardımından yararlanma hakkının sınırlamaya tabi tutulması makul karşılanamaz.

Şüphesiz, müdafî yardımından yararlandırma devletler bakımından ciddi bir bütçe yükü oluşturabilir. Bütçe koşulları, medeni yargılamalara ilişkin adli yardımdan yararlanma hakkının kapsamının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilirse de, ceza yargılamalarında bütçe koşulları şüpheli veya sanığın savunma hakkından etkin bir şekilde yararlandırılmasında belirleyici olamaz<sup>81</sup>. Bu bakımdan özellikle ücretsiz müdafî yardımından yararlanma hakkının en az AİHM'nin ortaya koyduğu hassasiyetler çerçevesinde sağlanması gerekmektedir.

<sup>78</sup> *Artico v. Italy*, 13.05.1980, Ap. No: 6694/74, § 33.

<sup>79</sup> 2012 tarihli Yeni Ukrayna Ceza Muhakemesi Kanunu'yla birlikte yürürlükten kalkan 1960 tarihli Eski Ukrayna Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. [www.wipo.int](http://www.wipo.int), (*erişim:15.04.2013*).

<sup>80</sup> *Maksimenko v. Ukraine*, 20.12.2011, Ap. No: 39488/07, § 27-29.

<sup>81</sup> *Harris/O'Boyle/Warbrick*, s. 256.

## E. Ücretsiz Müdafinin Etkinliğinden Devletin Sorumluluğu

Müdafî yardımından yararlanma hakkı kapsamında son olarak, ücretsiz olarak görevlendirilen müdafîin yeterliliğinden devletin sorumlu olup olmadığı konusuna değinilmelidir.

Konuyu *Kamasinski/Avusturya* kararında ele alan Mahkeme, bir devletin, adli yardım kapsamında müdafîlik görevini yerine getiren avukatın her noksanlığından sorumlu olmadığını; avukatlığın bağımsız bir meslek olduğu gerçeği karşısında müdafîi ister özel olarak ister devlet tarafından görevlendirilmiş olsun, savunmanın yerine getiriliş şeklinin avukat ile sanık/şüpheli arasındaki bir sorun olarak algılanması gerektiğini belirtmiş; ancak atanmış müdafîin etkin bir hukuki yardımda bulunmadığı açık bir şekilde gözlemlenebiliyorsa veya eksiklik yetkili makamların dikkatine sunulmuşsa, ulusal mercilerin gerekli müdahalede bulunmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır<sup>82</sup>.

Portekiz aleyhine açılan *Czekalla* davasında Mahkeme, Portekiz yasalarının öngördüğü şekli prosedüre dikkat etmeksizin temyiz başvurusu yapan ve bu nedenle başvurunun temyiz hakkının ortadan kalkmasına yol açan müdafî hatasının aşikâr olup olmadığını değerlendirmiştir<sup>83</sup>. Mahkeme'ye göre, ihmali hatalar bazı durumlarda mantıksız savunma yahut önemsiz hata kapsamında ele alınamaz. Nitekim olaydaki ihmal, başvuru için üst derece yargı yoluna başvurma imkânından yoksun bırakmıştır. Ayrıca başvurunun yargılama dilini bilmediği ve ağır hapis cezasına çarptırılma tehlikesiyle karşı karşıya olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu koşullar çerçevesinde, atanmış müdafîin hatası, başvurunun ücretsiz müdafî yardımından etkin bir şekilde yararlanmasını engellemektedir<sup>84</sup>. Söz konusu hataya rağmen, Yüksek Mahkeme "pozitif önleme" yükümlülüğü çerçevesinde eksikliğin giderilmesini istemek yerine, temyiz başvurusunu reddetmesi davalı devletin sorumluluğunu gündeme getirir<sup>85</sup>. *Daud/Portekiz* kararında ise, başvuru kendisi için görevlendirilen müdafîinin bizzat yapması gereken savunma faaliyetlerini kendi başına, başarısız bir şekilde yapmak durumunda kalmıştır. İlerleyen aşamada başvuru için görevlendirilen müdafî, sağlık durumunu gerekçe göstererek müdafîlik görevinden çekilmeyi talep etmiş, bunun üzerine başvuru için ikinci bir müdafî tayini yoluna gidilmiştir. Fakat başvuru bu görevlendirmeyi, yargılamanın başlamasına üç gün kala öğrenmiştir. AİHM, ilk müdafîin gerekli tedbirleri almamış olmasına vurgu yaptıktan sonra, ilk müdafîin yerine görevlendirilen ikinci müdafîin, üç gün gibi kısa bir sürede, tutuklu olan başvuru için ziyaret edip gerekli savunmayı hazırlamasının mümkün olmayacağını belirterek, ücretsiz müdafî yardımından başvurunun etkin bir şekilde yararlandırılmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Kamasinski v. Austria, 19.12.1989, Ap. No: 9783/82, § 65.

<sup>83</sup> Czekalla v. Portugal, 10.10.2002, Ap. No: 38830/97, § 62.

<sup>84</sup> Czekalla v. Portugal, 10.10.2002, Ap. No: 38830/97, § 65-66.

<sup>85</sup> Czekalla v. Portugal, 10.10.2002, Ap. No: 38830/97, § 68.

<sup>86</sup> Daud v. Portugal, 21.04.1998, Ap. No: 22600/93, § 38-39.

Görüldüğü üzere, ücretsiz müdafî yardımından yararlandırma yükümlülüğü kapsamında, devletin şüpheli veya sanığa yetkili bir avukat atamakla yetinmesi mümkün değildir. Mahkeme tarafından görevlendirilen/görevlendirilmesi istenen müdafî konusunda sanık seçim hakkına sahip olmadığı için, savunma görevinin gerektiği gibi yerine getirilmediği durumlarda mahkeme duruma müdahale etmelidir<sup>87</sup>. Nitekim, “savunma hakkının gerçek ve etkili anlamda sağlanması” adına ulusal merciler tarafından görevlendirilen müdafilerin savunma faaliyetlerindeki etkinliklerinin denetlenmesi ve yapmış oldukları hatalara bağlı hak kayıplarının önlenmesi bakımından gerekli tedbirlerin alınması, devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamında ele alınmaktadır. Fakat söz konusu yükümlük dolayısıyla devletin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için;

- i. Etkin bir hukuki yardım sağlanamadığının bariz bir şekilde belli olması (*açık savunma hatası*) veya
- ii. Hata açık değilse, savunma hakkının etkin bir şekilde yerine getirilmesiyle sonuçlanan savunma eksikliklerinin yetkili mercilerin dikkatine sunulmuş olması gerekmektedir.

Bahsi geçen şartların dışında, görevini yerine getiren ve kendisinden beklenen niteliklere sahip olan müdafîin yetkinliğinin, mesleği icra ediş şeklinin, yaptığı savunmanın etkili olup olmadığının denetlenmesi müdafîlik kurumunun niteliği ve müdafîlik görevini yerine getiren avukatlık mesleğinin konumu ile bağdaşmaz. Bu nedenle “daha etkili savunma yapılsaydı” şeklinde bir argümanla karşımıza çıkan şüpheli veya sanığın, adli yardım kapsamında görevlendirilen müdafî dolayısıyla devletin sorumluluğunu gündeme getirmesi mümkün değildir. Buna karşılık, gerçekte kolluk tarafından alınan ifade sırasında hazır bulunmayan müdafîin, sonradan ifade tutanağını “**hazır bulunmuş gibi**” imzalaması, yetkili makamların harekete geçmesini gerektiren açık bir savunma hatasıdır.

### III – MÜDAFİ YARDIMINA İLİŞKİN OLARAK AİHS ve AİHM KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMİNE DAİR BAZI DEĞERLENDİRMELER

-i-

Müdafî seçme hakkı konusunda önemli olan husus, sanığın kendi istediği bir müdafîinin yardımından yararlanma hakkını ortadan kaldıracak uygulamadan kaçınılmasıdır. Bu nedenle ilave müdafî tayinine ihtiyaç duyulması halinde, mahkeme öncelikle sanıktan bir müdafî seçmek isteyip istemediğini sormalı, sanık eğer isterse ikinci bir müdafî de kendi seçmelidir. Bunun mümkün olmaması halinde mahke-

<sup>87</sup> **Gölcüklü**, s. 226; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 363; **Cengiz**, Serkan /**Demirdağ**, Fahrettin/**Ergül**, Teoman/**McBride**, Jeremy/**Tezcan**, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 181-182.

menin resen bir müdafî görevlendirme yoluna gitmesi Sözleşme'nin ruhuna uygun olacaktır. Oysa Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, sanığın zaten kendi seçtiği bir müdafisi varsa, mahkemenin sanıktan ikinci bir müdafî seçmesini isteme imkânı olmadığı gibi, böyle bir durumda barodan müdafî görevlendirilmesini talep etme yetkisi de bulunmamaktadır<sup>88</sup>. Dolayısıyla Türk hukukunda bu konuyla ilgili bir sıkıntı yaşanması beklenmemektedir.

Diğer taraftan kural olarak birden fazla şüpheli veya sanığın aynı müdafîin yardımından yararlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Zaten, CMK m.152'de yer verilen “*Yararları birbirlerine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafîe verilebilir*” şeklindeki düzenleme de, birden fazla şüpheli veya sanığın aynı müdafîin yardımından yararlanabileceği açıkça belirtilmiştir. Fakat vurgulamak gerekir ki, düzenlemenin karşıt anlamından “**YARARLARI ÇATIŞAN BİRDEN FAZLA ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN SAVUNMASININ AYNI MÜDAFİE VERİLEMEYECEĞİ**” sonucu çıkmaktadır<sup>89</sup>. O halde birden fazla şüpheli veya sanığın aynı müdafîin yardımından yararlanabilmesi için savunmada “**ortak yararın**” bulunması gerekir. Aksi durumda şüpheli veya sanıkların aynı müdafîin yardımından yararlanması mümkün değildir<sup>90</sup>. Müdafî yardımından yararlanma hakkına sınırlama getiren bu hüküm, görünüş itibarıyla sanığın kendi müdafisini seçme hakkını düzenleyen AİHS m.6/3-c'ye aykırı gibi dursa da, tam tersine tutarlı bir savunmanın yapılarak şüpheli veya sanığın müdafî yardımından etkin bir şekilde yararlandırılmasını sağlama amacına yöneliktir. Nitekim, işlenen suçtan dolayı birbirlerini sorumlu tutma örneğinde olduğu gibi<sup>91</sup>, menfaatleri çatışan şüpheli veya sanıkların aynı müdafî tarafından tutarlı bir şekilde savunulması mantık kurallarına ters düşmektedir. Şu halde “**adaletin selameti**” kıstası çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme, menfaatleri birbirine uymayan şüpheli veya sa-

<sup>88</sup> Nitekim CMK m.150'deki “bir müdafî” ibaresi söz konusu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

<sup>89</sup> “..sanıklardan birisinin savunulmasının diğer sanık yönünden savunmada zaafiyet yarattığı durumlarda sanıklar arasında menfaat uyumsuzluğu bulunduğu kabulü gerektiğinden, aynı öldürmeye teşebbüs olayının failleri olarak yargılanan ve anne-oğul olan sanıklardan İ.'in aşamalarda suçu kendisinin tek başına işlediğine yönelik beyanları, sanık U.'in aşamalarda inkara yönelik beyanlarıyla sanıklar müdafîinin, sanıkların beyanları doğrultusundaki savunmaları karşısında, **sanıklar arasında menfaat uyumsuzluğu bulunduğu anlaşılmalı;.. Sanıkların ayrı ayrı müdafîiler yerine aynı müdafîi tarafından savunmalarının yapılması hukuka aykırıdır.**” (11 CD., 27.09.2011, E. 2011/1491, K. 2011/5501). Benzer yönde; 6. CD., 05.07.2011, E. 2010/29236, K. 2011/22556; 5. CD., 15.03.2011, E. 2011/1303K. 2011/1989. (Kararlar için bkz. www.kazanci.com).

<sup>90</sup> Diğer taraftan, müdafîlik görevinin avukatlar tarafından üstlenildiği dikkate alındığında, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları gereğince, avukatlar birinin savunmasının diğerinin savunmasına zarar verecek olan iki kişinin birden vekâletini kabul edemeyecektir. (Bkz. **Mahmutoğlu/Dursun**, s. 122-124; **Dursun**, Selman, “5271 Sayılı CMK'da Müdafî”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 3, 2005, s. 125-130, s. 128.)

<sup>91</sup> Yine sanıklardan birinin, diğer sanık tarafından suç işlemeye yöneltildiğini iddia etmesi, bir sanığın savunulmasının diğer sanığın suçlanmasına bağlı olması gibi durumlarda çatışan menfaatlerden söz edilmelidir. **Eser**, s.334.



nıkların ayrı müdafiler tarafından savunulmasını gerektirmektedir. Bu gerekliliğin aynı zamanda devletin müdafî görevlendirmekle yükümlü olduğu halleri de kapsadığı göz önünde bulundurulursa, menfaatleri çatışan her bir şüpheli veya sanık için ayrı ayrı müdafî görevlendirilmesi konusunda devletler üzerine düşeni yapmalıdır. Aksi halde, AİHS m.6/3-c'nin ihlali gündeme gelecektir<sup>92</sup>.

Yukarıdaki açıklamadan sonra ele alınması gereken sorun, CMK m.152 çerçevesinde menfaatleri ortak olan birden fazla şüpheli ve sanık için tek bir müdafî görevlendiren devletin müdafî görevlendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olup olmadığıdır. Kanımızca menfaatleri ortak olan şüpheli veya sanıklar için tek bir müdafî görevlendirilmesi Sözleşme'ye aykırı değildir. Fakat müdafî görevlendirme yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda birden fazla şüpheli ve sanık için tek bir müdafî tayini yolunu seçerken, yalnızca “menfaat ortaklığı” noktasından hareket edilmemeli, savunma hakkının etkin kullanılması bakımından önem taşıyan dava-ya ilişkin diğer koşullar da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, her ne kadar menfaatleri ortak olsa dahi, etkili ve gerçek anlamda bir savunma hakkının sağlanması bakımından “şüpheli ve sanık sayısının fazlalığı”, “davanın karmaşıklığı” gibi kriterler birden çok müdafî görevlendirilmesini gerekli kılabılır. Somut olay bakımından böyle bir gereklilik olmasına rağmen, birden fazla şüpheli veya sanığa tek bir müdafî görevlendirilmesi AİHS m.6/3'ün ihlalinin gündeme getirebilecektir.

### -ii-

CMK m.150'de yer verilen düzenlemeye göre “*Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.*” Söz konusu düzenleme “**isteğe bağlı müdafilik**” sistemini işletmeye yöneliktir. Şöyle ki, öncelikle şüpheli veya sanıktan müdafî seçmesi istenecektir. Müdafî yardımından yararlanmak isteyen, fakat maddi durumu iyi olmayan şüpheli veya sanık ise, beyanda bulunmak suretiyle kendisine bir müdafî görevlendirilmesini sağlayabilecektir. Buradan çıkan ilk sonuç, maddi durumu iyi olduğundan bahisle sanığın müdafî görevlendirilmesine yönelik talebinin reddedilmesi AİHM içtihatları karşısında bir ihlal oluşturmamaktadır. Diğer bir sonuç ise, istem üzerine görevlendirilen müdafî ücretinin yargılama gideri sayılarak mahkûmiyet hâlinde sanıktan tahsil edilmesi<sup>93</sup> de –sanığın maddi

<sup>92</sup> “Aralarında hukuksal çıkar çatışması bulunan sanıkların aynı zorunlu savunman tarafından savunulması hukuka aykırıdır.” (6. CD., 05.07.2011, E. 2010/29236, K. 2011/22556, www.kazanci.com).

<sup>93</sup> **Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik** (R.G. 02/03/2007, 26450) madde 5/1: “Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, görevlendirilecek müdafî yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği hususu hatırlatılarak talep ettiği takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesi istenir”.

durumunun bir önemi olmaksızın- AİHS'ne ters düşmemektedir. Elbette ki, aksi AİHS'ne ters olmasa bile CMK m.150/1 kapsamında görevlendirilen müdafinin ücretinin, mahkûm olsun veya olmasın, maddi durumu iyi olmayan sanıktan tahsil edilmemesi hakkaniyete daha uygun bir yaklaşım tarzıdır<sup>94</sup>.

Diğer taraftan “**ücretsiz müdafî görevlendirme yükümlülüğü**” nün söz konusu olduğu durumlarda, müdafinin ücretinin sanıktan tahsil edilmesi AİHS'nin ihlalini gündeme getirecektir. Nitekim yukarıda da ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere, “*müdafî seçebilmek için gerekli olanaklardan yoksunluk*” ve “*adaletin selameti*” koşullarının bir arada gerçekleşmesi durumunda, AİHS m.6/3-c uyarınca şüpheli veya sanığın müdafî yardımından ücretsiz olarak yararlandırılması gerekmektedir. Bu nedenle zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda, dava mahkûmiyetle sonuçlansa dahi müdafî ücretinin dava sonunda müdafî tutmak için mali olanaklardan yoksun olan sanıktan tahsil edilmesi AİHS'ne aykırıdır. Şu durumda “Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin” 5. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “...görevlendirilen müdafîye ödenecek ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği...”<sup>95</sup> yönündeki düzenlemenin AİHS m.6/3-c ile ters düştüğünü ifade etmek gerekir.

### -iii-

Zorunlu müdafiliğin geçerli olduğu şartlar Kanun'da açıkça belirtilmiştir<sup>96</sup>. Söz konusu şartların, geneli itibariyle AİHM'nin ücretsiz müdafî görevlendirme yükümlülüğüne ilişkin öngördüğü kriterlerle örtüşmektedir. Fakat zorunlu müdafî görevlendirilmesi için CMK m.150/3'teki “*alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını*

<sup>94</sup> Sanığın çekinmeden müdafî talep edebilmesi için, adli yardım kapsamında görevlendirilen müdafinin ücretinin, yargılama sonunda mahkûm edilse dahi sanığa yükletilmemesi gerektiği konusunda bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 402-403.

<sup>95</sup> **Madde 5/2:** “Şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malûl veya sağır ve dilsiz ise ya da hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma yapıyorsa istemi aranmaksızın barodan bir müdafî görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için şüpheli veya sanığın müdafinin olmaması şarttır.”

**Madde 5/3:** “İkinci fıkrada sayılan hâllerde kovuşturma aşamasında sanığa iddianamenin tebliği için çıkarılan çağrı kâğıdına ayrıca “tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafî bulunup bulunmadığını bildirmesi, bildirimde bulunmadığı takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesinin isteneceği, *görevlendirilen müdafîye ödenecek ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği*” hususunu hatırlatan meşruhat verilir.”

<sup>96</sup> Bu haller: Şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını doldurmamış veya sağır ve dilsiz yahut kendisini savunamayacak derecede malûl olması (m.150/2); soruşturma ve kovuşturması yapılan suçun cezasının alt sınırının beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi (m.150/3); şüpheli veya sanığın tutuklama talebiyle sorguya sevk edilmesi (CMK m.101/3); kaçak sanık hakkında duruşma yapılması (CMK m.247/3); şüpheli veya sanığın resmi bir kurumda gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (CMK m.74/2); sanığın duruşmanın düzenini bozduğu için oturumlara yokluğunda devam edilmesi (CMK m.204).

gerektiren suçlar” şartının tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir. AİHM adaletin selameti kıstasını cezanın ağırlığı, davanın karmaşık yapısı ve sanığın durumunu dikkate alarak değerlendirmektedir. Bu noktada alt sınırı beş yıl veya daha az cezayı gerektiren her suçun kapsam dışı bırakılması yerinde değildir<sup>97</sup>. Kanımızca yirmi birinci yüzyılın gelişen Türkiye’inde hapis cezası gibi hürriyeti kısıtlayıcı bir yaptırımla karşı karşıya olan sanığın yargılaması müdafisiz olmamalı; kendisi için müdafî seçmeyen sanık bakımından gerekli tedbirler ilgili makamlar tarafından alınmalıdır.

Diğer taraftan “Şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını doldurmamış veya sağır ve dilsiz yahut kendisini savunamayacak derecede malul olması (m.150/2)” düzenlemesine “şüpheli veya sanığın yargılama dilini anlayamayacak durumda olması” koşulunun da eklenmesi gerektiği, fakat bu eksikliğin “kendini savunamayacak derecede malul olma” ifadesinin geniş yorumlanması suretiyle giderilebileceği belirtilmektedir<sup>98</sup>. Bizce de, yargılamanın dilini anlama konusunda güçlük çeken şüpheli ve sanığın müdafî ile temsili sağlanmalıdır. Bu nedenle, yargılamanın diline yabancı olan şüpheli veya sanığa sağlanan tercümanın, yargılamadaki konumu itibarıyla müdafîin yerini doldurmayacağını düşünüyoruz.

Kanaatimizce burada yapılacak en sağlıklı çözüm, Kanun’da belirtilen şartların dışında, adaletin selametinin müdafî görevlendirilmesini zorunlu kıldığı hallerin somut olay çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirilmesine ve bu çerçevede müdafî görevlendirilmesine imkân tanıyan bir düzenlemeye yer verilmesidir.

#### -iv-

Terörle Mücadele Kanunu’nun müdafî ile görüşme hakkını düzenleyen 10. maddesinin (e) bendine göre, “Gözetimdeki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.” Söz konusu düzenleme müdafî ile görüşme hakkı bakımından bir kısıtlama getirmektedir. Fakat yukarıda sözünü ettiğimiz *Brennan/İngiltere* davasında da vurgulandığı üzere, suçlamanın kapsamı itibarıyla meşru sebeplere dayanan bu kısıtlama çok uzun bir süreyi kapsamadığı ve kısıtlılık süresi içerisinde şüphelinin ifadesine başvurulmadığı için, AİHS m.6/3-c anlamında bir ihlali gündeme getirmeyecektir.

<sup>97</sup> Örneğin, TCK m.158/1-f çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun cezasının alt sınırı 3 yıl, üst sınırı ise 7 yıldır. Üst sınırı dikkate alındığında bu suçlamanın “adaletin selameti” çerçevesinde ele alınan “suçlamanın ağırlığı” kıstasının kapsamı dışında kaldığını düşünmüyoruz; kaldı ki, AİHM’nin “kişi hürriyetinden yoksun kalma tehlikesinin bulunduğu durumlarda adaletin selameti koşulunun gerçekleştiği” yönündeki *Benham/İngiltere* kararını vurgulamakta fayda görüyoruz (bkz. *Benham v. United Kingdom*, 10.06.1996, Ap. No: 19380/92, § 61).

<sup>98</sup> Eleştiri için bkz. *Tezcan/Erdem/Sancakdar*, s. 363.

-v-

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin<sup>99</sup> 23. maddesinin (d) bendindeki “Müdafî sadece hukuki yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukuki yardım maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafî şüpheliye bütün kanunî haklarını hatırlatabilir ve müdafîin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir.” düzenlemesinin AİHS m.6/3-c ile uyumlu olup olmadığı değerlendirilmelidir<sup>100</sup>. Öncelikle, şüpheli olay hakkında doğrudan doğruya bilgi sahibi olan tek kişidir ve bu kimselerin açıklamaları olayın aydınlatılması bakımından son derece önemli bir delildir<sup>101</sup>. Bu bakımdan, müdafîin “hukuki yardım” haricinde, şüpheliye sorulan sorulara onun yerine cevap vermesi yahut onun yerini aldığı izlenimini uyandıracak davranışlarda bulunması, “**delil elde etme aracı**” olan ifade alma işlemi olumsuz etkileyebilir<sup>102</sup>. Fakat bu durum, müdafîinin ifade sırasında herhangi bir açıklamada bulunamayacağı anlamına gelmez. İfade sırasında şüpheliye susma hakkının hatırlatılması, ilgili soruya cevap vermek zorunda olmadığı söylenmesi konusunda müdafî hukuki yardımda, yani “müdahalede” bulunabilir. Hatta müdafîin, sorgunun stres ve baskısı altında olan şüpheliye bazı noktalarda yardımda bulunması veya ondan belli hususları aydınlığa kavuşturmasını istemesi de hukuki yardım kapsamında değerlendirilmelidir<sup>103</sup>. Bu bakımdan ifade sırasında belirsiz, karmaşık yanıtlar veren şüphelinin müdafî tarafından uyarılması, yine şüphelinin ortaya koymak istediği anlamdan farklı yönde anlaşılabilir bir ifadenin netleştirilmesini istemesi müdafîinin hukuki yardımı olarak ele alınmalıdır. Bu müdahaleler ifade sırasında baskı, stres ve korku altında bulunan şüphelinin kendi aleyhine sonuçlanacak hatalardan kaçınmasını sağlamak adına yanında müdafî bulunmasını öngören düzenlemelerin amacını oluşturmaktadır. Şu durumda, müdafîin hukuki yardımda bulunma imkânını ortadan kaldırmayan Yönetmelik hükmü, teorik düzlemde AİHS m.6/3-c'ye aykırı değildir.

<sup>99</sup> R.G. 01/06/2005, 25832.

<sup>100</sup> Müdafîin, yalnızca yapılan işlemin şeklen hukuka uygun olduğunu teyit eden bir noter olmayıp, aynı zamanda şüphelinin hakkının ihlal edilmemesi ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında görev üstlendiğini; oysa müdafîin görevini gerektiği gibi yapmasına engel olan bu düzenlemenin AİHS m.6/3'e aykırı olduğu konusunda bkz. **Taşkın**, s. 223.

<sup>101</sup> **Centel/Zafer**, s. 201; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s. 280; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 595; **Zafer**, s. 351.

<sup>102</sup> Benzer şekilde bkz. **Derdiman**, s. 130; **Demirbaş**, s. 133.

<sup>103</sup> Müdafîin, ifadenin düzenini bozmayan müdahalelerde bulunabileceği, yönlendirici olmamak kaydıyla kolluk üzerinden soru sorabileceği konusunda bkz. **Zafer**, s. 351. Aynı şekilde müdafîin ifadenin düzenini bozmayacak nitelikteki müdahalelerinin “*meram anlatma ilkesi*”nin gereği olduğu konusunda bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 236. Karşı görüşte olan **Demirbaş** ise, müdafîin ifade sırasında soru sorma ve itirazda bulunma yetkisine sahip olduğunu, fakat müdafîin delil elde etme amacı taşıyan ifade işlemi sırasında sınırlı yetkiye sahip olması gerektiğini, bu nedenle “hukuki yardımda bulunma” ibaresinin sırf “yanında bulunma” şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı belirtmektedir (bkz. **Demirbaş**, s. 132-134).

Diğer taraftan uygulamada, “**ifade sırasında müdafii herhangi bir açıklamada bulunamayacağı, yalnızca hazır bulunmakla yetinmesi gerektiği**” yönünde yasal düzenlemelere ters düşen bir anlayışa rastlanabilmektedir. Yukarıda müdafii yardımını gerekli kılan halleri teker teker ele aldıktan sonra, ifadede şüphelinin yanında yer alan müdafii “**gözlemci statüsünde**” kabul eden bu anlayışı onaylamak mümkün değildir. Şüphesiz ki bu anlayış, hukuki yardım kapsamında kalan birçok müdahalenin tutanağa geçirilmesine meydan verecektir. Fakat yapılan müdahalenin hukuki yardım kapsamında olduğu tutanaktan anlaşıldığı müddetçe, bu durumun savunma hakkı bakımından bir sorun yaratmayacağını umuyoruz<sup>104</sup>. Nitekim müdafii tarafından yapılan müdahalelerin hukuki yardım kapsamında kaldığını gören savcılık ve/veya mahkeme, zaten bunları dikkate almayacaktır, almamalıdır. Tam tersi bir uygulamada ise, söz konusu tutanağa geçme eylemleri bir baskı aracı haline dönüşerek, müdafii pasifleştirilmesine yol açar ki; bu uygulama AİHS m.6/3-c’ nin ihlali anlamına gelir.

-vi-

CMK m.203/2’de mahkeme başkanı veya hâkimin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek şartıyla, duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkarılmasını emredebileceği belirtilmiştir. Müdafii yargılamanın şekli bir unsuru olmayıp, savunma faaliyetinin asli unsuru olduğu göz önünde bulundurulursa, CMK m.203/2’deki yetkiyi müdafii bakımından kullanacak olan hâkimin dikkatli bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Özellikle yargılamanın işleyişini aksatmadığı ve yargılamayı yapılamaz hale getirmediği müddetçe yargılamaya dair bir hukuka aykırılığı dile getirmek üzere, savunma hakkının kullanılmasyla yakından ilişki içerisinde olan davranışlar dolayısıyla müdafiiin salondan çıkarılması AİHM içtihatları karşısında savunma hakkının ve müdafii yardımından yararlanma hakkının ihlalini gündeme getirebilecektir. Üstelik, söz konusu yetkinin müdafii sindirme, disipline etme, belli bir davranış kalıbına girmeye zorlayarak savunmasını etkisizleştirme amacıyla kullanıldığının tespit edilmesi durumunda AİHM’nin ihlal kararı vereceğine kuşku bulunmamaktadır. Bu bakımdan salondan çıkarma emri, **makul, somut bir gerekçeye dayandırılarak** tutanağa geçirilmelidir. Nitekim bu husus emrin haklılığının dışı yansıtılabilmesi ve hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi bakımından önemlidir. Ayrıca hâkimin orantılılık ilkesini gözetmesi ve bu kapsamda müdafii uyarmayı denemek yerine doğrudan salondan çıkarma tedbirine başvurmaması gerekir.

<sup>104</sup> Özellikle müdafiiin her türlü müdahalesinin tutanağa geçirilmesinin; savunma hakkını icra eden müdafii duraksama içerisinde kalmasına ve hakkında soruşturma açılabilceği tehlikesi ile görevini gerektiği gibi yapamamasına yol açması bakımından sakıncalı olduğu eleştirisi için bkz. **Taşkın**, s. 223.

**-vii-**

Ülkemizde özellikle zorunlu müdafilik uygulaması, müdafilik görevini üstlenen avukatların görevlerini gereği gibi yerine getirmediği ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması amacına hizmet etmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. CMK m.151'de "150 nci madde hükmüne göre görevlendirilen müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir" düzenlemesine yer verilmiştir<sup>105</sup>. Buradaki "görevini yerine getirmekten kaçınırsa" ifadesinden, müdafî yardımından somut ve gerçek anlamda yararlanmaya engel olan bir halin varlığı anlaşılmalıdır. Buna göre, müdafîin etkin bir hukuki yardımda bulunmadığı çok açık bir şekilde anlaşılabilir ya da bu husus yetkili makamların bilgisine sunulmuşsa derhal inceleme yapıp, gerekli tedbirler alınmalıdır. Her ne kadar madde metninde tedbir olarak müdafîin değiştirilmesi ile oturum ertelenmesi veya ara verilmesinden söz edilmişse de, aynı zamanda müdafî hatası nedeniyle meydana gelen hak kayıplarının telafi edilmesi de gerekmektedir. Nitekim, zorunlu müdafîin açık hatası, sanığın aleyhine bir durum yaratmamalıdır. Aksi durumda *Czekalla/Portekiz* kararında olduğu gibi, AİHS m.6/3-c'nin ihlali gündeme gelebilir.

Diğer taraftan gerek ücretlendirme politikası gerekse de ücretlerin geç ödemesi konusunda yaşanan sıkıntıların, avukatlar bakımından zorunlu müdafîliği bir külfet haline getirdiği, bu nedenle mecburi müdafîlik kapsamında gelen dosyalara yeterli ilgi ve alakanın gösterilmediği uygulamada dile getirilen bir eleştiridir. Şüphesiz, belirlenen ücretin zorunlu müdafîlik kapsamında yapılan işin niteliğine uygun düşmesi gerekir ve bu yönde gelen taleplerin desteklenmeyecek bir yanı yoktur. Fakat bir taraftan hak ve adalet savunuculuğunu avukatlık mesleğinin merkezine yerleştirirken, diğer taraftan düşük ücret politikası nedeniyle müdafîlik görevinin etkin bir şekilde yerine getiril(e)memesi kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Nitekim, olaya salt ticari bakış açısıyla yaklaşarak, mevcut uygulamayı normal görme çabası, yargılamanın adil bir şekilde sürdürülmesi için rol üstlenen müdafîlik mesleğinin kamusal niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, ücret politikasından kaynaklanan sorunlara yönelik tepkiler farklı bir şekilde yansıtılmalı ve böylece zorunlu müdafîlik kapsamında gelen dosyalara geçiştirilmesi gereken rutin işler gözüyle bakılmasına son verilmelidir.

AİHM'nin önüne gidiş şekline bağlı olarak, zorunlu müdafîlik uygulamasında yaşanan sıkıntılar dolayısıyla Türkiye'nin ileride başının ağrıyıp ağrımayacağını şimdiden kestirmek her ne kadar güç olsa da, sistem bir bütün olarak değerlendiril-

<sup>105</sup> Hükmün, şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafîleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği konusunda bkz. **Dursun**, s. 128.

diğinde, mecburi müdafiliğin “**PROSEDÜREL MÜDAFİ**” olarak algılanmasının önüne geçilmesi için gerekli çaba sarf edilmelidir. Özellikle, “*Avukat bey sizi bekletmemek için biz ifadeyi aldık, siz şuraya imza atarsanız işlem tamamdır*” şeklinde kolluk ile müdafî arasında geçen diyaloglara son verilmelidir. Bu noktada kolluk bilinçlendirilmeli, müdafî de kolluğun bu gibi uygulamalarına izin vermemelidir. Vurgulamak gerekir ki, İFADEDE HAZIR BULUNMAMASINA RAĞMEN, TUTANAĞA HAZIR BULUNMUŞ GİBİ İMZA ATAN MÜDAFİ, ŞÜPHELİNİN HÂKİM VEYA MAHKEME HUZURUNDA KOLLUK İFADESİNDEN DÖNME İMKÂNINI ORTADAN KALDIRMAKTADIR. Kanun’a aykırı olan bu uygulama, meslek etiği ve müdafie yüklenen anlamla örtüşmemekte; adil yargılanma ilkesine ters düşmektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, müdafiiin öyle olmadığı halde, ifadede hazır bulunmuş gibi tutanağa imza atması, AİHS m.6/3-c anlamında önlem alınması gereken bir “**savunma hatası**”dır. Böyle bir durumun varlığı, şüpheli/sanık tarafından dile getirilmesine rağmen, yetkili mercilerin gerekli incelemeyi yapmadan söz konusu ifadenin mahkûmiyet hükmüne esas alınması, AİHS m.6/3-c karşısında Devlet’in sorumluluğunu gündeme getirebilir.

## SONUÇ YERİNE

“Savunma hakkı kutsaldır” ifadesi basit bir slogandan ibaret değildir. Suç isnadının, güçlü ve örgütlü bir yapıya sahip olan devlet tarafından ileri sürüldüğü göz önünde bulundurulursa, bu isnada karşı kullanılacak savunma hakkının kamusal niteliğiyle ön plana çıktığını kabul etmek gerekir. Şu durumda savunma görevini üstlenmek üzere bir kamusal faaliyeti yerine getiren müdafiiin ceza muhakemesindeki pozisyonunu içselleştirmek durumundayız. İçselleştirmenin yerini **MÜDAFİYE KATLANMA HALİ** aldığı yerde, gerek ulusal gerekse de uluslararası düzenlemelerin somut, gerçek ve etkili anlamda yaşama geçirilmesi zorlaşarak, müdafî yardımı şekli gerekliliğe hapsolür. Oysa çalışmamızda değindiğimiz müdafî yardımının gerekliliğini ortaya koyan somut ihtiyaçlar ve adil yargılamanın temini için bu somut ihtiyaçların giderilmesini amaçlayan AİHS ve AİHM kararları, gerçek ve etkili bir müdafî yardımına işaret etmektedir.

Vurgulamakta fayda gördüğümüz üzere, bir taraftan müdafî yardımının kutsallığından söz ederken, diğer taraftan “*suçu açıkça orada olan tecavüz failinin*” yahut “*emekli aylığını elinden almak için yaşlı annesinin boğazını kesip, cesedini çöpe atan evladın*”, savunulacak bir yanının kalmadığından bahisle müdafî yardımından yararlanma hakkına mesafeli bakılması kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Unutmamak gerekir ki yargılama bir disiplin işidir ve yargılamanın belirli bir disiplin içerisinde yürütülmesinde, yargılanan kimse yanında hukuk devleti şemsiyesi altında yaşayan toplumdaki her bireyin menfaati bulunmaktadır. Özellikle adaletli bir düzenin teminat altına alındığı hukuk sistemlerinde, adli vakıaların insan hakları ve hukuk devleti perspektifinde ele alınıp, en sağlıklı çözüme ulaşılması hususunda

gösterilen hassasiyet, bu menfaati koruma arzusunun açıkça ortaya koymaktadır. Şu durumda müdafinin öncelikli görevi, suçun yahut suçlunun niteliği ve/veya açıklığı ne olursa olsun yargılamanın hukuk devletine yakışır, adil ve insan odaklı sürdürülmesi için üstüne düşeni yapmaktır. Nitekim hukuk disiplini içerisinde sürdürülen ceza muhakemesi, haklının hakkını, haksızın ise haksızlığıyla orantılı bir ceza almasının önemli bir teminatıdır. Bir yargılamadaki disiplinsizlik (yani keyfi uygulama), diğer yargılamalara da sirayet etme riskini bünyesinde barındırmaktadır ki, böyle bir durumda adaletin gereğini yerine getirmek kabul edileceği üzere çok güçtür.

İşte bu nedenle, müdafî yardımından yararlanma hakkı konusunda hassas davranılmalı ve AİHM'nin ortaya koyduğu esasları göz ardı edilmemelidir. Özellikle meslek örgütü olan Barolar da, savunma makamını teşkil eden avukatların sorumluluk bilinci ile hareket etmesi için üzerine düşeni yaparak, müdafîlik görevinin layıkıyla yerine getirilmesini sağlamak için denetim ve disiplin mekanizmalarını sağlıklı bir şekilde işletmelidir.

#### KAYNAKÇA

- Ambos**, Kai, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları- Silahların Eşitliği, Çekişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-", (Çev: Yener Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 15-64.
- Bayilloğlu**, Uğur, "Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafî Yardımının Önemi", Ankara Barosu Dergisi, 2004/2, s. 39-52.
- Bıçak**, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Cengiz**, Serkan/**Demirdağ**, Fahrettin/**Ergül**, Teoman/**McBride**, Jeremy/**Tezcan**, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008.
- Centel**, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Çula**, Rıfat, "Müdafîinin İnsan Haklarını Koruma Görevi", TBBD, 2002/1, s. 129-155.
- Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996.
- Derdiman**, Ramazan Cengiz, "Hazırlık Soruşturmasında Müdafiden Yararlanma Hakkı", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 3, Yıl:1996, s. 117-139.
- Dinç**, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2006.
- Dursun**, Selman, "5271 Sayılı CMK'da Müdafî", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, 2005, s. 125-130.



- Erdem**, Mustafa Ruhan, "AIHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", DEÜHFD, C:6, S:1, 2004, s. 67-110.
- Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1978.
- Eser**, Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", (Çev: Nur Centel), YD, S: 3, 1990, s. 313-338.
- Gomien**, Dona, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (Çev: Serkan Cengiz-Utku Kılınç), İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2008.
- Gölcüklü**, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", İlhan Öztrak 'a Armağan, AÜSBE, Ankara 1994, s. 199-234.
- Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara 2011.
- Grabewarter**, Christoph, "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS md.6)", (Çev: Osman Can), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 181-244.
- Hafizoğulları**, Zeki, "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, s. 20-33.
- Harris**, DJ./ **O'Boyle**, M./**Warbrick**, C., Law of The Human Convention on Human Rights, London, 1995.
- Karakehya**, Hakan, "Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı", EÜHFD, C. XI, S. 3-4 (2007), s. 131-147.
- Kocaoğlu**, Sinan, Müdafî, Ankara 2011.
- Kunter**, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, Kasım 2009.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Dursun**, Selman, Türk Hukukunda Müdafîin Görevden Yasaklılık Halleri, Ankara 2004.
- Mahoney**, Paul, "Right to A Fair Trial In Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R.", Judicial Studies Institute Journal, Vol. 2:4, 2004, s. 107-129.
- Merrills**, J. G./**Robertson** A.H., Human Rights In Europe, Astudy of The European Convention on Human Rights, 4.Edition, 2001.
- Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina, The Right to Fair Trial, Human Right Handbooks, No:3, 2. Edition, Belgium, 2006.
- Nester**, Daniel C., "Distinguishing Fifth and Sixth Amendment Rights to Counsel during Police Questioning", Southern Illinois University Law Journal, Vol. 16, Issue 1 (Fall 1991), s. 101-132.
- Neuhard**, Jim, "Free Counsel: A Right, Not a Charity", New York University Review of Law & Social Change, Vol. 14, Issue 1 (1986), s. 109-118.

- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasmine F. Saygılar/**Özaydın**, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erdem**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 4. Baskı, Ankara 2012.
- Samaha**, Joel, Criminal Procedure, 7. Edition, 2008.
- Simeneh**, Kiros Assefa, Criminal Procedural Law, Principles, Rules and Procedures, 2010.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.
- Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007.
- Taşkın**, Ş. Cankat, “Müdafii ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, TBB, Sayı: 69, 2007, s. 211-240.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, Genel Kısım, İstanbul 1981.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Viering**, Marc, Right to A Fair and Public Hearing, (section 5-10), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Edition, 2006.
- Yokuş-Sevük**, Handan, “Tutuklu ve Hükümlünün Avukatla Görüşme Hakkı”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı: 9, Yıl: 2007, s. 63-78.
- Yokuş-Sevük**, Handan, “Soruşturma Evresine Hakim Olan İlkeler”, Fasikül, CE-HAMER Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 21, 2011, (**Yokuş-Sevük**, İlkeler).
- Yurtcan**, Erdener, “Ceza Yargılamasında Müdafii Kimdir Vekil Kimdir”, İstanbul Barosu Dergisi, 1-3, 1999, s. 73-74.
- Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005.
- Zafer**, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafii Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

#### **YARARLANILAN AİHM KARARLARI (Kaynak: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))**

- Artico v. Italy, 13.05.1980, Ap. No: 6694/74.
- Averill v. United Kingdom, 06.09.2000, Ap. No: 36408/97.
- Benham v. United Kingdom, Ap. No: 10.06.1996, 19380/92.
- Boner v. United Kingdom, 28.10.1994, Ap. No: 18711/91.

- Brennan v. United Kingdom, 16.10.2001, Ap. No: 39846/98.  
Croissant v. Germany, 25.09.1992, Ap. No: 13611/88.  
Czekalla v. Portugal, 10.10.2002, Ap. No: 38830/97.  
Daud v. Portugal, 21.04.1998, Ap. No: 22600/93.  
Granger v. United Kingdom, 28.03.1990, Ap. No: 11932/86.  
Imbrioscia v. Switzerland, 24.12.1993, Ap. No: 13972/88.  
John Murray v. United Kingdom, 08.02.1996, Ap. No: 18731/91.  
Kamasinski v. Austria, 19.12.1989, Ap. No: 9783/82.  
Maksimenko v. Ukraine, 20.12.2011, Ap. No: 39488/07.  
Öcalan v. Turkey, 12.05.2005, Ap. No: 46221/99.  
Pakelli v. Federal Republic of Germany, 25.04.1983, Ap. No: 8398/78.  
Perks and Others v. United Kingdom, 12.10.1999, Ap. No: 25277/94, 25279/94,  
25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95, 28456/95.  
Poitrimol v. France, 23.11.1993, Ap. No: 14032/88.  
Quaranta v. Switzerland, 24.04.1992, Ap. No: 12744/87.  
S. v. Switzerland, 28.11.1991, Ap. No: 12629/87 13965/88.  
Sakhnovskiy v. Russia, 31.12.2010, Ap. No: 21272/03.  
Salduz v. Turkey, 27.11.2008, Ap. No: 36391/02.  
Van Geysegem v. Belgium, 21.01.1999, Ap. No: 26103/95.



## GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK m.257)

*(Official Misconduct)*

Pınar MEMİŞ KARTAL\*

### ÖZET

Görevi kötüye kullanma kamu idaresi aleyhine işlenen bir suçtur. 765 sayılı TCK'da üç madde halinde düzenlenmiş iken 5237 sayılı TCK ile tek madde ile hüküm altına alınmıştır. Yeni düzenleme ile kazuistik halden çıkmış, anlaşılır ve kolay uygulanabilir bir hale gelen görev kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki menfaat kamu idaresinin güvenilirliğidir. Kamu idaresinin işleyişi, kişilerin devletin idaresine olan güveninin temini olan kamu görevlileri tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu fail yönünden bir başka ifadeyle failin sadece kamu görevlisi olması nedeniyle özgü, mahsus bir suçtur. Eski düzenlemeden farklı olarak görevi kötüye kullanma kamu görevlisi failin görevine giren işin gereklerine aykırı hareket ederek ya da işi ihmal veya geciktirmesi halinde kanunda ifadesini bulan zarar neticesinin meydana gelmesi halinde söz konusu olur. Bu nedenle artık bir zarar suçu olan görevi kötüye kullanma zararın meydana gelmemesi halinde söz konusu olmaz.

**Anahtar kelimeler:** Kamu idaresi, Kamu görevi, Kamu görevlisi, Memur, Görevi kötüye kullanma, Basit rüşvet.

### *Abstract*

Official misconduct is an offence committed against public administration. While it was promulgated under three separate articles is the TCC no 765, it has been regulated under a single article in the New Criminal Code No. 5237. The legitimate interest protected by the recently promulgated legislation is the credibility of public administration. This offence is by definition a special offence which can be committed only by public servants who are agents charged with the proper application and execution of public administration duties and the confidence of the general public in the execution of those duties. This offence is committed where a public servant, through wilful misconduct or through

\* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

negligence or indifference in the performance of the public duty with which he or she is charged, causes damage to persons or property as defined by the law. There is no offence where misconduct, negligence or indifference does not result in damage.

**Keywords:** Public administration, Public duty, Public servant, Official, officer, Official misconduct, Bribery.

## I. GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) suçlar bahsini düzenleyen ikinci kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı 4. Kısımının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu<sup>1</sup>, kamu idaresi aleyhine işlenen suçlardan bir tanesidir. Görevi kötüye kullanma fail bakımından kamu görevlisi tarafından işlenen bir suç olmakla özgü, mahsus bir suç özelliği taşımaktadır. Bu nedenden dolayı, görevi kötüye kullanma suçunun, suç genel teorisi içerisinde unsurlar yönünden incelenmesine geçmeden evvel kamu idaresi ve kamu görevlisi kavramlarına kısaca açıklık getirme ihtiyacı doğmaktadır. Bunun sebebi suçun kamu idaresine karşı işlenmesi ve kamu görevlisi tarafından işlenmesidir.

## II. KAMU İDARESİ VE KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMLARI

Kamu idaresi, genel olarak, toplumun belirli bir düzen içerisinde yaşaması bakımından zorunlu ve ihtiyari tüm faaliyetlerini ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, "toplumun kamusal hayatını kapsayan bütün fonksiyonları"<sup>2</sup> olarak ifade edildiği gibi; "Devlet'in bireysel faaliyetleri tamamlamak ve toplumun korunmasını, refahını ve gelişmesini garanti altına almak için zorunlu olan varlıkları ve hizmetleri vermeye, sosyal güvenliği ve düzeni garanti altına almaya yönelik somut ve pozitif bir faaliyet gerçekleştirdiğinde kamu idaresi olarak ortaya çıkması"<sup>3</sup> şeklinde de açıklanmaktadır. Kamu idaresinin işlerliği çok önemlidir. Bir devletin işlerliği kamu idaresine olan güvenle ilgilidir. Görüldüğü gibi kamu idaresinin iyi işleyebilmesi, toplumdaki bireylere güvenilir hizmet verebilmesi gereklidir. Bu nedenle de kamu idaresinin hukuki bakımdan korunması önemli bir koşuldur. Bu da kamu idaresinin birey için

<sup>1</sup> ÜNVER Yener, TCK'nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar, in Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, Ankara 2010, sh.578'de müellif görevi kötüye kullanma ifadesine terminolojik bir belirlemede bulunmaktadır. Buna göre; "Görevi kötüye kullanma ifadesi yerine görevden kaynaklanan yetkinin ya da nüfuzun kötüye kullanılması ifadelerinin suçu ifade etmekte daha yerinde olacağı çünkü burada kötüye kullanılan görev olmayıp, görevden kaynaklanan yetki olduğudur".

<sup>2</sup> ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul, 1992, sh.1.

<sup>3</sup> OKUYUCU-ERGÜN, Güneş; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, sh.3. Ayrıca bkz., TOROSLU, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, sh.363.

güvenilir, tarafsız, sürekli ve dürüst bir şekilde çalışmasını temin edecektir<sup>4</sup>. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 2. Kitabının 4. Kısımının 1. Bölümü "Kamu idaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında bu korumayı, bir başka ifadeyle kamu idaresinin güvenilirliğini korumayı amaçlamaktadır.

Kamu idaresinin güvenilirliği kural olup bu faaliyetin yürütülmesi kamu idaresi bünyesinde çalışan kamu görevlileri ile sağlanmaktadır. Kamu görevlisi kamu idaresinin güvenilirliğinin bir ölçütü olarak ortaya çıkmakta ve çalışma konumuz olan görevi kötüye kullanma suçu bakımından da suçun oluşması yönünden zorunlu bir unsur olmaktadır.

Kamu görevlisi, 5237 sayılı TCK'nın Tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde tanımlanmıştır. Buna göre kamu görevlisi "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*"dir. Burada belirtilmesi gereken husus kamu görevlisinden kamu idaresi ile sürekli, süreli veya geçici olarak, bir başka ifadeyle her ne surette olursa olsun, özel olarak belirtilmediği sürece, istihdam ilişkisi içinde olan kişi anlaşılmaktadır<sup>5</sup>. Kamu görevlisi sıfatının sadece maddi ceza hukuku açısından değil aynı zamanda ceza muhakemesi açısından da önemli olduğunu kısaca vurgulamakta fayda vardır<sup>6</sup>. Çünkü bu tip suçlarda failin kamu görevlisi olması halinde soruşturma ve kovuşturma usulü farklı olabilecek ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun ve diğer bağlantılı Kanunlar çerçevesinde gerçekleşebilecektir.

5237 sayılı Kanun ile 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu arasında kamu görevlisi anlayışı bakımından fark bulunmaktadır. 765 sayılı eski TCK'da suçun faili memur ve kamu hizmeti ile görevli kişiler olarak ifade edilmekteyken, 5237 sayılı TCK'da kamu görevlisi ifadesi ile bu ayırım ortadan kaldırılmıştır<sup>7</sup>. Mevcut 5237 sayılı TCK'da yer alan kamu görevlisinden anlaşılması gereken bireyin bir hizmet sözleşmesine dayanarak istihdam ediliyor olsa bile veya *belli bir takım görevleri ifa eden kişilerin istihdam* biçimi ne olursa olsun kamu görevlisi gibi sorumlu olacaktır<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> ERMAN/SAHİR, age., sh.2.

<sup>5</sup> OKUYUCU-ERGÜN, age., sh.10.

<sup>6</sup> OKUYUCU Güneş, Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi, in Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, Ankara 2010, sh.533.

<sup>7</sup> 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alan memur ve kamu hizmeti gören diğer kişilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., ERMAN Sahir, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.2, S. 2-3, Ankara 1947; SELÇUK Sami, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, C.XXIII, S.1-2, Ocak-Nisan, 1997; ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2010, sh.750-756; ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, sh.92-97; ÖZGENÇ İzzet, Zimmet Suçu, Ankara 2009, sh.40; OKUYUCU, Zimmet, 9-13; OKUYUCU, Kamusal Faaliyet..., sh.535.

<sup>8</sup> ÖZGENÇ, age., sh.41.

5237 sayılı TCK uyarınca kamusal faaliyetten anlaşılması gerekenin de “Hizmetin yerine getirilmesinde kanunlarla belirlenmiş usullere göre verilmiş olan siyasi bir kararın etkili olması, diğer bir söyleyişle hizmetin yerine getirilmesinde devlet otoritesinin hissediliyor olması ve ayrıca hizmetin kamu adına yürütülüyor olmasıdır”<sup>9</sup>. Failin kamu görevlisi olması da görevi kötüye kullanma suçunun kurucu unsurudur<sup>10</sup>.

### III. TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Kamu idaresi yukarıda belirtilen sebepler nedeniyle sadece işleyişi ile ilgili düzenlemelerle değil aynı zamanda ceza kanunları ile de korunmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde 765 sayılı eski TCK ve 5237 sayılı TCK bağlamında görevi kötüye kullanma suçunun düzenleniş biçimini kısaca ortaya koyduktan sonra, mevcut düzenleme çerçevesinde suçun unsurlarını incelemeye çalışacağız.

#### 1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu

765 sayılı eski TCK’nın Cürümler başlıklı İkinci Kitabının, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlıklı Üçüncü Babının Dördüncü Faslında, Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar düzenlenmiştir. Bu faslında yer alan 228., 230. ve 240. maddelerde de görevi kötüye kullanma suçu ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır. Buna göre;

*“Madde 228 - Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.*

*Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.*

*Madde 230 - Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.*

*Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolunur.*

<sup>9</sup> ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi, in Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, İstanbul 2012, sh.219.

<sup>10</sup> ZAFER, agm., sh.215.



*Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettilir.*

**Madde 240** - *Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”*

765 sayılı TCK görevi kötüye kullanma suçunu üç ayrı maddede düzenlemiştir<sup>11</sup>. Bu çerçevede kanun koyucu idare aleyhine işlenen suçlardan rüşvet, irtikap, zimmet dışında kalan ihtimalleri kazuistik bir bakış açısıyla ele alıp, ayrıntılı düzenleme yoluna gitmiş olduğunu tespit etmek mümkündür. 5237 sayılı Kanun, 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak söz konusu suç tek bir madde içinde ele almış, dağınık düzenlemeleri toparlamaya çalışmıştır<sup>12</sup>.

## 2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi Görevi Kötüye Kullanma Suçunu düzenlemektedir. Çok yakın bir tarihe kadar üç fıkra halinde düzenlenen hükmün son fıkrası basit rüşvet fiilini öngörmekte ve doğru yerde düzenlenmediğine ilişkin çeşitli eleştirilere maruz kalmaktaydı<sup>13</sup>. Ancak 6352 sayılı Üçüncü Yargı Paketi olarak da anılan Kanun<sup>14</sup> ile yapılan çeşitli değişikliklerle birlikte 257. maddenin 3. fıkrası yürürlükten kaldırılarak (6352 sy. Kanun m.105) bu eleştiriler son bulmuş ve basit rüşveti öngören hüküm TCK m.252 içerisinde yerini almıştır.

Yapılan bu değişikliklerle görevi kötüye kullanma suçu TCK m.257'ye göre; *“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2)Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevlerinin gereklerini yapmaktan ihmal ya da gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Madde gerekçesinde de görevi kötüye kullanma suçunun düzenlenmesinde-

<sup>11</sup> 765 sayılı Eski TCK düzenlemesine göre görevi kötüye kullanma suçu bakımından bkz., ERMAN/ÖZEK, age., sh.207-216; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.929.

<sup>12</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.930.

<sup>13</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.931; ÜNVER, agm., sh.579-582.

<sup>14</sup> 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, Yayımlandığı R.Gazete Tarih: 5/7/2012, Sayı : 28344, Yayımlandığı Düstur: Tertip : 5 Cilt : 52.

ki amaç ifade edilmektedir. Buna göre; “Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Bu yükümlülüklerle bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, bu bakımdan genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır”<sup>15</sup>.

Her iki fıkrada da kanun koyucu görevin gereklerini ifade etmektedir. Bu bağlamda kamu görevlisi failin görevinden kaynaklanan işi görevinin gereklerine aykırı bir biçimde yapması, yapmaması, geciktirmesi ve bundan da bir zarara doğması arandığını tespit etmek mümkündür.

### 3. 765 sayılı Eski TCK ile 5237 sayılı TCK Arasındaki Farklar

765 sayılı eski TCK ile 5237 sayılı TCK’ da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçları arasındaki başlıca farklılıklar şu şekilde belirtilebilir:

- 765 sayılı TCK görevi kötüye kullanmayı teşkil eden fiilleri üç ayrı maddede düzenlemiştir. Bunlar da görevi kötüye kullanma (ETCK m.240); görevi ihmal (ETCK m.230) ve kişilere karşı keyfi ve sert muamele (ETCK m.228) dir. 5237 sayılı TCK ise görevi kötüye kullanma başlığı altında söz konusu suçu 257. maddede düzenlemiştir. 765 sayılı Kanun’da yer alan görevi kötüye kullanma hallerinin bir kısmı ile birlikte 212/1’de yer alan basit rüşveti de içine alarak tek bir hüküm öngörmüşken yukarıda belirtildiği gibi üçüncü yargı paketi olarak nitelendirilen 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle TCK m.257/3’te yer alan basit rüşvet kaldırılmıştır. Belirtmek gerekir ki bu düzenleme biçimi daha yerinde olmuştur.

- 765 sayılı TCK’da suçun faili memur<sup>16</sup> iken 5237 sayılı TCK’da kamu görevlisidir. Eski Kanun döneminde yer alan ceza hukuku anlamında memur ve diğer kamu görevlileri ayrımı yeni TCK’da yer almamıştır.

- 765 sayılı TCK m.228/2’ de yer alan memurun keyfi ve sert muamelesi, 5237 sayılı TCK m.257’ de açıkça düzenlenmemiştir.

- 765 sayılı eski TCK m.228/1 ve m.240, 5237 sayılı TCK m.257/1’e denk gelmektedir. Eski TCK m.240’da yer alan “Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan” ifadesi 5237 sayılı TCK’da “görevinin gereklerine aykırı hareket etme” olarak daha yerinde bir şekilde ifade edilmiştir. Çünkü ilk ifade biçimi keyfiyete ve geniş yoruma yol açabilecekken, yeni düzenlemede

<sup>15</sup> <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, site içinden erişim linki: Yeni TCK madde-gereççeleri. Erişim tarihi: 16/06/21012. ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner , Gereççeli Ceza Kanunları, 12. Bası, Ankara 2012, sh.278.

<sup>16</sup> ERMAN, agm., sh.253.

bir görev tanımına aykırılık hali söz konusu olacaktır. Nitekim 765 sayılı eski TCK m.240, kanunda kullanılan bu ifade nedeniyle Anayasa Mahkemesi<sup>17</sup> önüne gelmiş ve her ne kadar itiraz reddedilmiş olsa bile suçta ve cezada kanunilik ilkesi karşısında tartışma konusu olmuştur.

- 765 sayılı eski TCK m.240'da görevin kötüye kullanılmış olması yeterli olup, zararın gerçekleşmesi aranmamaktayken, 5237 sayılı Kanun zarar neticesinin meydana gelmesini aramıştır<sup>18</sup>. 765 sayılı eski TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçları tehlike suçu iken, 5237 sayılı TCK'da öngörülen görevi kötüye kullanma suçu zarar suçudur<sup>19</sup>.

- 765 sayılı eski TCK m.230'da belirtilen görevi ihmal suçu, 5237 sayılı TCK m.257/2'ye karşılık gelmektedir. Yine burada da eski TCK'da zarar neticesinin meydana gelmesi aranmamakta iken 5237 sayılı TCK'da görevinde ihmal ve gecikme gösteren kamu görevlisinin bu hareketinden ötürü bir zarar doğmuş olması aranmaktadır. Eski TCK'da tehlike suçu olarak öngörülen hüküm, yürürlükteki TCK'da zarar suçu olarak düzenlenmiştir.

- 765 sayılı eski TCK'da belirtilen görevi kötüye kullanma halleri bakımından genel olarak teşebbüs mümkün kabul edilmemekteyken, olayın oluş biçimine bağlı olarak eksik teşebbüsün mümkün olabileceği ifade edilmekteydi<sup>20</sup>. 5237 sayılı TCK ile düzenlenen görevi kötüye kullanmada belirtilen "*kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan...*" durumların nitelendirilmesine bağlı olarak teşebbüs değerlendirilmektedir. Gerçekten de bu haller, fiilin neticesi olarak kabul edildiği gibi cezalandırılabilme şartı olarak da kabul edilmektedir. Belirtilen durumlar netice olarak kabul edildiği takdirde teşebbüs mümkün denilmekte; cezalandırılabilme şartının kabulünde teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Nitekim 5237 sayılı TCK m.257'de objektif cezalandırılabilme şartı aranırken<sup>22</sup>, 765 sayılı eski TCK'da böyle bir şart öngörülmemiştir denilmektedir.

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1965/27, K.1965/55, T. 12.10.1965.

<sup>18</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.930; ÖNDER, age., sh.173.

<sup>19</sup> ÜNVER, agm., sh.578; Müellif görevi kötüye kullanma suçunun zarar suçu olarak düzenlenmiş olmasını yerinde bulmamaktadır. Buna göre "*Kişi ve kurumlara kasten zarar verme eylemlerini karıştıran birçok suç tipi vardır. Bu suçtaki fail, kamu görevinin gereklerine aykırı davranarak, görevden kaynaklanan yetkiyi kötüye kullanarak, görevden kaynaklanan yetkiyi kullanması gereken durumlarda kullanmayarak veya geciktirerek.... söz konusudur. Bir haksız menfaat elde edilmese, kişi veya kurumlar zarara uğramasa, mağduriyetleri olmasa dahi, bu suçun oluştuğu madde metninde düzenlenmeliydi*".

<sup>20</sup> ŞAHİN Cumhur, Türk Hukukunda Memurluk Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçları (TCK m.230, 240), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1987, sh. 122-124.

<sup>21</sup> Görevi kötüye kullanma suçunu unsurları yönünden incelerken teşebbüs tartışmalarını ileride aldığımız için burada kısa bir karşılaştırma yapmakla yetiniyoruz.

<sup>22</sup> ÜNVER, agm., sh.580.

- 765 sayılı eski TCK da yer alan görevi kötüye kullanma suçları bakımından 228 ve 230. maddeler bakımından genel kast yeterli kabul edilmekteyken, 240. madde bakımından tartışma bulunmakta ve Yargıtay'ın da bazı kararlarında genel kastı, bazı kararlarında ise özel kastı uyguladığı görülmektedir<sup>23</sup>. Burada faildeki saike bakılması gerektiği konusunda yaşanan tartışmada “görevi kötüye kullanma suçunda faildeki kast ihmal suçundan farklı olarak memuriyete ilişkin yetkileri çeşitli maksatlarla- bu maksatlar kendisine veya başkasına menfaat sağlama yahut başkası için bir zarar meydana getirme olabilir-yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerlerde gerekli tasarrufu yapmamak veya zamanında yapmamak şuur ve iradesidir”<sup>24</sup> olarak ifade edilmektedir.

#### IV. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

##### 1. Genel Olarak

Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenleme genel, tamamlayıcı bir düzenlemedir. 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin gerekçesinde de bu düzenlemenin tali ve tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmiştir. TCK m.257'de yer alan “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ifadesi bu hükmün “ikame hüküm” niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır<sup>25</sup>. Söz konusu düzenlemenin tali olmadığını, genel bir düzenleme olduğunu belirten müellifler görüşlerini şu şekilde açıklamaktadırlar; “TCK m.257 ‘tali bir norm değildir. Dolayısıyla m.257 ve diğer hükümler arasında asli-tali değil, genel-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Asli-tali norm ilişkisinden söz etmek için tali norm niteliği taşıyan hükümde bunu belirten bir ibarenin bulunması gerekir. Örneğin TCK m.245/3,. TCK m.257’de bu özelliği ortaya koyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK m.257’nin tali norm olduğuna ilişkin görüşlere katılmıyoruz.”<sup>26</sup>. 765 sayılı eski TCK döneminde de aynı şekilde niteleme yapılmıştır. Nitekim Erman/Özek’e göre: “bu hüküm herhangi bir ceza hukuku kaidesiyle özel olarak cezalandırılmış olan fiillerin dışında kalan bütün keyfi muameleleri kapsamına alması itibariyle genel ve tamamlayıcı niteliktedir”<sup>27</sup>.

##### 2. Korunan Hukuki Menfaat

Görevi kötüye kullanma suçunda korunan hukuki menfaat genel olarak kamu idaresinin işleyişine olan güvendir. Doktrinde suçla korunan hukuki menfaatin

<sup>23</sup> ÖNDER, age., sh.215.

<sup>24</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., 946, dipnot 38.

<sup>25</sup> ÖZGENÇ İzzet/ ŞAHİN Cumhuriyet, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VI, S.1-2, Haziran-Aralık 2002, sh.193; ÜZÜLMEZ, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1, sh.193.

<sup>26</sup> ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR M.Nihat/DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, sh.1026, dipnot 272, 257.

<sup>27</sup> ERMAN/ÖZEK, sh.207.

“kamu görevinde disiplinini cari olmasını sağlamak suretiyle kamu idaresine zarar gelmesini önlemek”<sup>28</sup> olduğu ifade edildiği gibi, “kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin kamusal menfaat”<sup>29</sup> in de korunduğu belirtilmektedir.

TCK'nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanma farklı şekillerde düzenlenmiş olsa bile, bu suçlarla korunan hukuki menfaat aynıdır<sup>30</sup>.

### 3. Maddi Unsur

#### a) Fail

Görevi kötüye kullanma suçunun faili kamu görevlisidir. Kamu görevlisi kavramına yukarıda değinilmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse, TCK'nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisi tanımı verilmektedir. Görevi kötüye kullanma fail yönünden özgü, mahsus bir suç olup, fail kamu görevlisi değilse bu suç gerçekleşmeyecektir. Gerçekleştirilen fiil tipe uygun ise güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m.155) bahsedilebilir. Kamu görevlisi olmayan kişiler bu suçun faili kural olarak olamazlar. Ancak iştirak hükümleri çerçevesinde kamu görevlisi olmayanlar da görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilirler. Konu iştirak kısmında daha ayrıntılı belirtilecektir.

Fail kamu görevlisi iken görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş, daha sonra görevinden ayrılmış ise bu durum suçta etki etmeyecek, fail görevi kötüye kullanmadan dolayı sorumlu olacaktır<sup>31</sup>. Özel kanunlarda işledikleri suçlardan kamu görevlisi gibi sorumlu olacakları belirtilen kişiler de bu suçun faili olabileceklerdir.<sup>32</sup>

#### b) Mağdur

Görevi kötüye kullanma suçunun mağdurunun suçla korunan hukuki menfaat ve suçun düzenlendiği bölüm de dikkate alındığında ilk olarak kamu idaresi olduğu ifade edilebilir<sup>33</sup>. Görevi kötüye kullanma suçunun diğer mağduru ise suçtan zarar gören kişilerdir. Nitekim TCK m.257 içerisinde de kişilerin mağduriyeti ifade edilmektedir. Her ne kadar maddenin düzenlendiği yer itibarıyla kamu idaresinin

<sup>28</sup> ERMAN/ÖZEK, sh.207

<sup>29</sup> TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, sh.302; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ /TEPE, age., sh.1027; ayrıca bkz., TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, sh.810; ÖZGENÇ/ ŞAHİN, agm.,sh.195.

<sup>30</sup> ÜZÜLMEZ, agm., sh.194.

<sup>31</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.945; OKUYUCU-ERGÜN Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, sh.142.

<sup>32</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.810; ÜZÜLMEZ, agm.195.

<sup>33</sup> ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ /TEPE, age., sh.1027

güvenilirliği ve Devlet'in mağdur olduğu ifade edilse de kanaatimizce burada kişiler de mağdurdur. Bu durumda mağdur yönünden bir özellik yoktur. Herkes bu suçun mağduru olabilir.

### c) Hareket ve Netice

Görevi kötüye kullanma suçu TCK m.257'de iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bunun nedeni görevi kötüye kullanmanın iki ayrı hareket biçimiyle işlenebildiği halleri hüküm altına almaktır<sup>34</sup>. Bu çerçevede görevi kötüye kullanma suçu ilk olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ya da ikinci olarak görevlerinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek işlenebilir. Değişiklikten önce 257. maddenin 3. fıkrasında yer alan görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlamak da suçu gerçekleştiren hareketlerdendi<sup>35</sup>. Burada belirtilmesi gereken asıl önemli husus, kamu görevlisinin görevine giren bir işlem ya da faaliyet yapıyor olmasıdır. Bu durum tüm görevi kötüye kullanma şekilleri için geçerlidir. Bir başka deyişle görevin kötüye kullanılması için kamu görevlisinin görevini usulüne uygun edinmiş ve aynı zamanda suçun göreviyle de bağlantılı olması gereğidir<sup>36</sup>. Bununla birlikte kamu görevlisi failin görevinin kapsamına giren bir işte görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi aranacaktır<sup>37</sup>. Görevin gereklerine aykırılık da, "kamu görevlisine kamunun yararına kullanılması için verilen yetkinin, kamu görevlisi tarafından göreviyle ve kamunun yararına olarak değil, özel menfaat güdülerek kötüye kullanılması" olarak belirtilmektedir<sup>38</sup>.

Kamu görevlisi failin görevinin gereklerine aykırı hareket etmediği ya da bir başka ifadeyle kamu görevlisinin fiili "objektif ve sübjektif olarak hukuka uygun ise, bu fiille beraber işlenen veya bu fiille sonradan eklenen bazı hareketler nedeniyle asıl fiil görevi kötüye kullanma teşkil etmez. Mesela kamu görevlisi, hukuka uygun olarak yapmış olduğu bir işleme hakaret teşkil eden bir takım ibareler eklemiş ise burada artık hakaret suçu vardır."<sup>39</sup>

Her iki halde de suçun gerçekleşmesi için hareketlerin yapılmış olması yetmez, bir başka ifadeyle fail görevinin gereklerine aykırı hareket etmekle ya da ihmal ya da gecikme göstermekle suçu tamamlamış olmaz. Bu suçun tamamlanması için

<sup>34</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.934.

<sup>35</sup> 6352 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce TCK m.257/3 şu şekilde düzenlenmişti; "İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır".

<sup>36</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.945; OKUYUCU-ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, sh.145.

<sup>37</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel, sh.304.

<sup>38</sup> RICCIO, "Abuso di ufficio", sh.109'dan nakleden OKUYUCU-ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, sh.147.

<sup>39</sup> SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2012, sh.696.

söz konusu hareketlerden kamusal bir zarar, kişiler yönünden bir mağduriyet veya kazanç doğmuş olması gerekli olduğu<sup>40</sup> ifade edildiği gibi bunun netice olmayıp cezalandırılabilme şartı olduğunu kabul edenler de hareketin gerçekleşmesi ile suçun meydana geldiğini ifade etmektedirler<sup>41</sup>. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi görevi kötüye kullanma suçu eski düzenlemeden farklı olarak aranan netice yönünden artık zarar suçu haline gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli bir kararında etik kurallara aykırılığın zarar neticesi doğurması halinde görevi kötüye kullanma suçunu meydana getireceği ifade edilmiş ve burada etik kurallara aykırılık ile zarar arasında bağlantı kurulmuştur<sup>42</sup>.

Kişiler yönünden gerçekleşen mağduriyet kavramı iktisadi olabileceği gibi, kişilerin herhangi hak ve menfaatinin de ihlal edilmesi halinde de gerçekleşebilecektir<sup>43</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2009 tarihli bir kararında da mağduriyet kavramının sadece ekonomik bakımından uğranılan zararlar sınırlı olmadığı, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade ettiği belirtilmiştir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel, sh.305.

<sup>41</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.948; Dış alemde meydana gelen değişikliğe bağlanan sonuca ilişkin tartışmalara teşebbüs bahsinde ayrıntılı olarak yer verildiği için burada kısaca belirtmekteyiz.

<sup>42</sup> YCGK, E. 2007/5-83, K. 2007/244, T. 20.11.2007 kararında yargı görevi yapanların uyacağı kurallar bir başka ifadeyle görev tanımı, etik kuralların kişilerin zararına yol açması halinde görevi kötüye kullanma söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir; "Yargı mensupları, bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat koşullarına sahip olmalıdırlar.

*Hakim ve savcılar kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, ulusal hukuk normları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığında kuşku bulunmayan, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" kurallarına tabi olarak yerine getirmelidirler.*

*Hakim ve savcıların hukuka veya etik kurallarına aykırı davranışlarının, kişilerin mağduriyetine yol açması veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde yaptırma bağlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur."* Olayda Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'nce 24.11.2006 gün ve 2-5 sayı ile; "...sanık Semih ile uyuşturucu suçundan sanık ve tutuklu bulunan Arif'in kardeşi D.Rüfai, Erdoğan ve AV.Mehmet'in halde K... Restoran'ta birlikte yemek yedikleri, sanık D.Rüfai'nin yemek sırasında kardeşinin yargılanması ile ilgili olarak sanık Semih'ten yardım talep ettiği, sanık Semih'in Arif'in yargılandığı A ... Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde iddia makamı temsil eden görevli C.Savcısı olduğu, dolayısıyla Arif'i yargılayan heyete dahil bulunduğu, görülmekte bulunan bir dava ile ilgili olarak davanın sonucunu değiştirebilecek ve etki edebilecek bir mahiyette sanığın kardeşine 'Avukatın var ama Mehmet Bey'i de tut, tamam ben gerekeni yapacağım, kaleme git, benim ismimi ver, dosyayı 2 nolu DGM'ye düşürsünler, bir sorun olursa beni ararsın diye talimat verdiği" yargılama dosyasını sanığın görevli olduğu A ... 2 nolu DGM'ye düşmüş olmasını maddi bir vaka olması karşısında sanığın eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma şeklinde sübut bulduğunu kabul etmek gerekmektedir." Karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2007-5-83.htm&query=görevi\\_kötüye\\_kullanma#fmc](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2007-5-83.htm&query=görevi_kötüye_kullanma#fmc).

<sup>43</sup> OKUYUCU-ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, sh.150.

<sup>44</sup> YCGK, E. 2005/4-47, K. 2005/104, T. 20.9.2005 için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-47.htm&query=görevi\\_kötüye\\_kullanma#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-47.htm&query=görevi_kötüye_kullanma#fm).

“Kamunun zararına neden olma” tespiti güç bir kavramdır. Ancak hakim işin niteliğini, yapılışını dikkate alarak ve gereklerine aykırı hareket yapılmıyorsa sonucun ne olacağını değerlendirerek, mevcut sonuçla karşılaştırarak her olay bakımından ayrı değerlendirme yapabilir ve kamu zararını belirleyebilir. Yine de keyfiliğe engel olmak bakımından buradaki zararın somut bir zarar olması gerektiği belirtilmelidir<sup>45</sup>.

Kişilere haksız kazanç sağlama kavramı, failin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucu ortaya çıkan diğer bir sonuçtur. Burada haksız kazancın ne olduğunun tespiti önemlidir. Haksız kazançtan anlaşılması gereken, görevlerinin gereklerine aykırı hareket eden failin üçüncü kişilere sağladığı kazancın hukuka aykırı olmasıdır<sup>46</sup>. Gerçekten de fail yapması gerekenin dışında ve hatta görevine aykırılık teşkil eden fiil ile bir kazanç sağladığı içindir ki burada bir haksızlık söz konusu olacak ve kişilere sağlanan kazanç da haksız olarak nitelendirilebilecektir. Haksız kazancın değerlendirilmesi de haksız kazanç sağlanan kişiye göre olmayıp, objektif kriterlere göre tespit edilecek ve kişiler arasındaki yakınlık haksız kazanç bakımından karine teşkil etmeyecektir<sup>47</sup>.

Bu çerçevede görevi kötüye kullanma fiilini oluşturan hareketleri sırasıyla, TCK m.257/1’de yer alan görevinin gereklerine aykırı hareket etmek ve TCK m.257/2’de yer alan görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek olarak incelemeye çalışacağız.

#### aa. Görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek

5237 sayılı TCK’nın 275. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen fiil kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama şeklinde işlenmesidir<sup>48</sup>. Burada kamu görevlisi failin, kendisine tevdi edilen görevin gereğine aykırı hareket etmesi söz konusudur. Daha önce de belirttiğimiz gibi failin kendisine resmen verilmiş, kendi görev tanımıyla bağlantılı bir görevin gereğine aykırı hareket etmesi gereklidir ki suçun hareket kısmı gerçekleşebilsin. Görevin gerekleri kanundan, idari işlemde ya da düzenlemeden veya talimat, resmi usul ve esasları kaynaklanıyor olabilir<sup>49</sup>. Burada önemli olan failin, hukuken geçerli ve kendisine tevdi edilmiş olan görevin gereğine aykırı hareket etmesi ve bundan da bir kamu zararı veya kişiler yönünden mağduriyet yahut haksız kazanç doğurmasıdır.

<sup>45</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.811 vd.

<sup>46</sup> BENUSSI, I delitti dei pubblici ufficiali’ den nakleden, OKUYUCU-ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, sh.152.

<sup>47</sup> İbid.

<sup>48</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.934; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.811; ÜZÜLMEZ, agm., sh.196; ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/ BACAĞIZ /TEPE, age., sh.1028.

<sup>49</sup> ERMAN/ÖZEK, age., sh.158; OKUYUCU-ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, sh.147.



Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2012 tarihli bir kararında<sup>50</sup> kamu görevlisi sanığa tevdi edilen bir görev olmadığının tespit edilmesi sonucu verilen beraat kararına konu olan olayda şu ifadelere yer verilmektedir: “*Görevi kötüye kullanma suçunda uyuşmazlık, suç tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı müsteşarı olan sanığın bu suçu işleyip, işlemediğinin belirlenmesine ilişkindir. Katılan, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Eğitim Bakanı imzalı üçlü kararname ile başka bir göreve atanmak üzere Milli Eğitim Müdürlüğünden alındığını, Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün kararı ile katılanın Çıracılık ve Yaygın Eğitim Genel Müdürlüğü Ankara Yaygın Eğitim Enstitüsü sınıf öğretmenliğine atandığını, kararnamenin iptali istemiyle açılan davayı inceleyen İdare Mahkemesince davanın kabulüne, katılanın Milli Eğitim Müdürlüğünden alınmasına ilişkin kararnamenin iptaline karar verildiğini belirtmiştir. Mağdurun gerek alındığı gerekse atandığı görevler, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Yasa uyarınca müşterek kararnama ile atanmayı gerektiren görevlerdendir. Üçlü imzayı gerektiren müşterek kararnamelerin, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından önce incelenerek ve yapılan denetim sonucu hukuka uygunluğu saptanarak imzalandığı ve ardından Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girdiği nazara alındığında, sanık müsteşarın bu kararnamenin hazırlanmasında icrai bir görevi bulunmamaktadır. Kararnama taslağında sanığın imzası bulunmamakla birlikte, sanığın müsteşarı bulunduğu Milli Eğitim Bakanlığında hazırlanması suç teorisi yönünden icrai hareket niteliğinde değil, hazırlık hareketi mahiyetinde bir eylemdir. Sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekir.*”

Fail görevinin gereğine aykırı hareketi icrai bir davranışla gerçekleştirmektedir<sup>51</sup>. Burada kanun koyucu icrai bir davranış aramaktadır, aksi halde aynı maddenin 2. fıkrasındaki suç oluşacaktır.

Fail görevine giren işin gereğine aykırı hareket etmesi için üstünden talimat almış ise durum fail yönünden değişmeyecektir zira kanunsuz emir olarak bilinen ve konusu suç teşkil eden emri yerine getiren kişi de suçun faili olacaktır. Bunun dayanağını da Anayasa m.137/2<sup>52</sup> oluşturmaktadır. Konusu suç teşkil eden emrin istisnasını yine Anayasa 137/3. maddesi oluşturmaktadır. Buna göre askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır. Dayanağını Anayasa'nın 137. maddesinden alan bu düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinde de ifadesini bulmaktadır.

<sup>50</sup> YCGK, E. 2012/4-265, K. 2012/246, T. 26.6.2012, karar için bkz., <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2012-4-265.htm&query=görevi kötüye kullanma#fm>.

<sup>51</sup> YCGK, E. 2006/4-196, K. 2006/204, T. 3.10.2006 Görevde keyfi işlemin görevin gereklerine aykırılık teşkil ettiği ve sanığın idare mahkemesi kararına dayanarak göreve başlatılan katılanı yine aynı gün geçici görevle bir başka ilçede süresiz olarak görevlendirmesinin TCK m.257/1'i oluşturduğu ifade edilmektedir. Karar için bkz., <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2006-4-196.htm&query=görevi kötüye kullanma kast#fm>.

<sup>52</sup> 1982 TC. Anayasası'nın 137/2. maddesi uyarınca; “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulmaz.*”

Failin görev alanına girmeyen hukuka aykırı bir iş yapması durumunda burada artık görevi kötüye kullanmaktan değil fiilin tipine bağlı olarak bir başka suçtan ya da kabahat nevinden bir fiilden bahsetmek mümkün olabilecektir<sup>53</sup>.

### bb. Görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek

Görevi kötüye kullanma suçunun ikinci işleniş biçimi olan ve TCK m.257/2'de yer alan görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme, tıpkı birinci fıkrada yer alan görevinin gereklerine aykırı hareket etme gibi tamamlayıcı nitelikte torba bir hükümdür. Burada kamu görevlisi failin iki fiil bulunmaktadır. İlki görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi; ikincisi görevini geciktirmesidir. Burada yer alan söz konusu fiil seçimlik hareketlidir. Fail bu iki harekettten birini yaptığı takdirde görevi kötüye kullanma suçunun hareket unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Failin görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi hali, kendisine tevdi edilmiş olan görevle ilgili olarak yapması gereken ve yapılması mümkün olan işi yapmamasıdır. Kendisinden beklenen işi yapmama, harekete geçmeme durumunu gösteren ihmalde görevin yerine getirilmemesi söz konusudur<sup>54</sup>. Görevin ihmali her olayın oluş biçimi değerlendirilerek tespit edilebilecektir. Faile tevdi edilen görevin ya belli bir sürede gerçekleştirilmemiş olması ya da artık o görevin yapılmasında herhangi bir menfaatin kalmaması halinde ihmalin gerçekleştiği ifade edilebilecektir. Failin bu ihmali dolayısıyla kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı ya da kişilere haksız menfaat sağlama söz konusu olur ise görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.

Failin görevinin gereklerini yapmakta gecikme göstermesi hali ise ihmalden farklı olarak kendisine tevdi edilen işi yapmaması olmayıp, zamanında yapmamasını ifade etmektedir. Bu eylemde failin gecikmesi dolayısıyla kanunda belirtilen mağduriyetlerden birinin gerçekleşmesi hali söz konusu olacaktır. Burada tespit edilmesi gereken husus failin yapması gereken işte ihmali mi yoksa gecikmesi mi olduğudur. Çünkü fail işi zamanında yapmayarak her halukarda gecikme göstermektedir. Nitekim doktrinde Üzülmöz "*görevin yerine getirilmesi bakımından olağan iş akışının gereklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğinden; görevin niteliği ve somut olayın değerlendirilmesi*" gerektiğini ifade etmektedir<sup>55</sup>. Ünver de aynı şekilde Yargıtay uygulamasından örnek vererek iş yoğunluğu nedeniyle görevini ihmal eden kimsenin bu suçu işleyip işlemediğini ortaya koymuştur<sup>56</sup>. Doktrinde de görevin geciktirilmesi halinde özellikle işin belli bir zamana bağlı olmadığı hallerde somut olay ve işin niteliğinin gözetilmesi gerektiği ifade edilmekte ve bunun iş yoğunluğundan kaynaklandığı tespit edilebiliyor ise görevi kötüye kullanma olarak kabul

<sup>53</sup> ÖZGENÇ/ŞAHİN, agm., sh.196.

<sup>54</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel, sh.307; ÜZÜLMEZ, agm., sh.204.

<sup>55</sup> ÜZÜLMEZ, agm., sh.205.

<sup>56</sup> ÜNVER, agm., sh.585.

edilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>57</sup>. Gerçekten de görevi kötüye kullanma suçunda özellikle gecikme hali dolayısıyla fiilin gerçekleştiğinden bahsedebilmek için somut olayın doğru bir biçimde değerlendirilmesi ve keyfi uygulamaların önüne geçilmesi gereklidir.

#### d) Teşebbüs

5237 sayılı TCK m.257'de belirtilen görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı meydana gelen ve dış aleme yansıyan değişikliğin nitelendirilmesi ile ilgili olduğu için önemlidir. 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak burada cezalandırılabilme şartı<sup>58</sup> öngörüldüğü ifade edilmektedir.<sup>59</sup> Bilindiği üzere cezalandırılabilme şartı içeren suçlar bakımından teşebbüs söz konusu olamayacağından<sup>60</sup> söz konusu görüş benimsenecek olursa görevi kötüye kullanma suçu açısından da teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Nitekim Yargıtay uygulamasında da maddede belirtilen neticelerin bulunması objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmekte ve teşebbüsün olmayacağı ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

Ancak görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs olabileceğini belirten görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre; *“üç neticeden biri objektif cezalandırılabilme şartı olmayıp suçun maddi unsurunun netice kısmıdır. Bu çerçevede teşebbüs mümkündür”*<sup>62</sup>. Diğer görüş ise hareketler bölünebildiği hallerde suça teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmektedir<sup>63</sup>. Çünkü bu görüşe göre de belirtilen neticeler objektif cezalandırılabilme şartı olmayıp suçun unsuru olarak kabul edilmektedir. Buna göre kişinin mağduriyet veya haksız menfaat sağlamasına veya kamunun zararına sebebiyet vermeyi *“suçun unsuru saymak ceza hukukunun ilkelerine daha uygundur: Objektif cezalandırılabilme şartı sayılırsa failin kişinin mağduriyetine veya haksız menfaat sağlamasına veya devletin zarara uğramasına sebep olduğunu bilmesi gerekmez. Ancak suçun unsuru sayılırsa bunları bilmesi gerekir. O halde suçun unsuru saymak subjektif ceza hukuku ilkelerine daha uygundur”*<sup>64</sup>.

Doktrinde yukarıda belirtilen her iki görüşe de katılmayan bir başka görüş şu şekildedir: *“Görevi kötüye kullanma suçunda teşebbüs, görevin gereklerine aykırı dav-*

<sup>57</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.823; ÖZGENÇ/ŞAHİN, agm., sh.216.

<sup>58</sup> DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:I, Ondördüncü Bası, İstanbul 1997, sh.316-318; CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, sh.208.

<sup>59</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.948.

<sup>60</sup> DÖNMEZER/ ERMAN, age., sh.456; DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2011, sh.449;

<sup>61</sup> YCGK, 18.10.2005 gün ve 96/118 sayılı kararı, nakleden, MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet-Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008, sh.304-313.

<sup>62</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.831; ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/ BACAĞSIZ /TEPE, age., sh.1040.

<sup>63</sup> SOYASLAN, age., sh.696.

<sup>64</sup> SOYASLAN, age., sh.697.

ranışın icrasının tamamlanması safhasına kadar mümkündür. Zira teşebbüs, kastedilen suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanıp elde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen elde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleştirilememesini ifade etmektedir. Buna göre, bünyesinde neticeye haksızlığın bir unsuru olarak yer vermeyen “sırf hareket suçları” fiilin icrası aşamasında teşebbüs halinde kalabilmektedir. Bu nedenle doktrinde ileri sürülen objektif cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçların teşebbüse elverişli olmadığı görüşüne katılmadığımız gibi, görevin gereklerine aykırı davranışa rağmen kamunun zararının, kişilerin mağduriyetinin veya kişilere haksız bir yarar sağlamanın söz konusu olmadığı hallerde teşebbüsten bahsedilmesi gerektiğini belirten görüşe de iştirak etmiyoruz<sup>65</sup>. Bu görüş görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsü kabul etmekle birlikte, cezalandırılabilme şartı öngören suçlar bakımından da teşebbüsün şayet hareket bölünebiliyor ise mümkün olabileceğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce yukarıda belirttiğimiz gibi bu suç bakımından öngörülen neticelerin gerçekleşmesi cezalandırılabilme şartı olup, gerçekleşmediği takdirde herhangi bir ceza verilebilmesi mümkün olmayacaktır. Cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda, fail cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesini istemese dahi şartın gerçekleşmesi durumunda cezalandırılır. Nitekim görevi kötüye kullanma suçu bakımından her davranışı yaptırma bağlamamıştır. Söz konusu eylemin cezalandırılabilmesi fail tarafından kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmasına ya da kişilere haksız kazanç sağlanmasına bağlı tutulmuştur. Şayet ifade edilen kavramlar netice olarak kabul edilse idi fail netice gerçekleşmemiş olsa bile hareketlerinden ötürü teşebbüs aşamasında sorumlu tutulabilecek idi.

#### 4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçun bir hukuka uygunluk nedeni işlenmesi mümkün görülmemektedir. Görevi kötüye kullanan kamu görevlisi kanunsuz bir emri yerine getirmiş olsa bile suç oluşur. Zira kanunsuz emir gerek Anayasa m.137/2<sup>66</sup>, gerek TCK m.24/3<sup>67</sup> te belirtildiği üzere hukuka uygunluk nedeni sayılmaz.

#### 5. Manevi Unsur

Manevi unsur yönünden 5237 sayılı TCK'daki düzenleme bir özellik arz etmemektedir. Eski TCK döneminde söz konusu olan özel kast- genel kast tartışması bu yeni düzenleme bakımından ortadan kalkmıştır. Suçun kanunda belirtilen tüm biçimleri açısından genel kast yeterlidir. Kastın varlığından söz edilebilmesi için

<sup>65</sup> ÜZÜLMEZ, agm., sh.210-211.

<sup>66</sup> Anayasa 137/2 şu şekildedir; “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”

<sup>67</sup> 5237 sayılı TCK m.24/2 şu şekildedir; “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”

kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini bilmesi ve istemesi gerekir. Şayet kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini bilmiyorsa manevi unsur gerçekleşmiş olmayacağından suç oluşmayacaktır<sup>68</sup>.

Yargıtay da görevi kötüye kullanma suçunun genel kastla işlenen suçlardan olduğunu belirterek suça konu eylemlerin bilerek yapılması, sonucunun da sanık tarafından istenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2005 tarihli bir kararında bu durum şu şekilde ifade edilmektedir; “savcı olan sanığın olayda suç kastının bulunmadığı sonucuna varılmış infaz işlemlerine katılan diğer görevliler gibi insani yanılığa ile yanlış uygulama yaptığından beraatinin gerektiği; hükümlünün cezasının infazı sırasında birden fazla müddetname tanzim etme yanlış yapılan infaz işlemlerinin görevi savsama kastı ile yapılmadığı insani yanılığa ile yanlış uygulama yapıldığı ifade edilmektedir”<sup>69</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2009 tarihli bir başka kararı da yine savcı olan sanığın görevini geciktirmesi dolayısıyla hakkında açılan görevi kötüye kullanma davasında sanığın iş yükünün çokluğu, personel azlığı, bütün işlerin takibinin tarafından yapılıyor olmasında bu gecikmenin olağan olduğu ifade edilerek sanıkta görevini geciktirmeye yönelik kastının bulunmadığına yönelik beraat kararı örnek teşkil edilebilir<sup>70</sup>.

Burada tartışmalı olan husus kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini bilmesi ile birlikte mağduriyete yahut kamunun zararına yol açacağını ya da kişilere haksız kazanç sağlayacağını bilmesi gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe göre failde zarara yol açtığını bilmesinin de aranması gerektiği ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Bir diğer görüşe göre ise failin artık belli bir mağduriyete ya da zarara yol açıp açmadığını bilmesi aranmayacaktır çünkü belirtilen bu zarar ve mağduriyetler objektif cezalandırılabilme şartı olup, failin bu şartı bilmesine gerek yoktur<sup>72</sup>.

Görevi kötüye kullanma suçunun olası kastla işlenebilmesi kanaatimizce mümkündür. TCK m.21/2'ye göre; “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır”. Bu norm görevi kötüye kullanma suçu bakımından da uygulanabilecektir.

Görevi kötüye kullanma suçu taksirle işlenemez. İstisnai bir kusurluluk biçimi olan taksir sorumluluğu TCK'da bu suç bakımından öngörülmemiştir.

<sup>68</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.828; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel, sh.308.

<sup>69</sup> YCGK, E. 2005/4-163, K. 2006/14, T. 7.2.2006, karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-163.htm&query=görevi\\_kötüye\\_kullanma\\_kast#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-163.htm&query=görevi_kötüye_kullanma_kast#fm).

<sup>70</sup> YCGK, E. 2008/4-267, K. 2009/59, T. 17.3.2009, karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2008-4-267.htm&query=görevi\\_kötüye\\_kullanma\\_kast#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2008-4-267.htm&query=görevi_kötüye_kullanma_kast#fm).

<sup>71</sup> ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/ BACAŞIZ /TEPE, age., sh.1040; SOYASLAN age., sh.697.

<sup>72</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.947.

## 6. Suçların İçtimalı (Birleşmesi, Toplanması)

Görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresine karşı işlenen ve kendine özgü yapıları bulunan irtikap, rüşvet gibi suçlar içerisinde yer almayan durumların idarenin güvenilirliğini temin etmek için öngörülmüş torba bir düzenlemedir. Bu nedendir ki örneğin zimmet suçunun gerçekleştiği bir durumda görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilemeyecek ve kamu görevlisi meydana getirdiği eylemler görevi kötüye kullanma teşkil etse bile fiilin kanuni tanımına uyan zimmet suçundan cezalandırılacaktır. Burada artık özel bir düzenleme olup, tipe uygun hareket bu kanun hükmüne girmektedir.

Ancak dikkat edilmesi gereken husus kamu görevlisi failin hem zimmet hem de görevi kötüye kullanması halinde artık tek bir suçtan yani özel hükümden bahsetmek mümkün olmayacak, her iki fiil bakımından gerçek içtima kuralları uygulanacaktır<sup>73</sup>.

Görevi kötüye kullanma suçundan daha hafif cezayı gerektiren bir başka kamu idaresi aleyhine suç işleyen kamu görevlisi cezanın hafifliğine bakılmaksızın özel düzenlemeyle cezalandırılacaktır<sup>74</sup>.

Suçların içtimalı anlamında görevi kötüye kullanma suçu zincirleme suç şeklinde işlenebilir. Fail aynı suç işleme kararı icrası kapsamında birden fazla defa görevi kötüye kullanma suçu işlemişse eylemleri TCK m.43/1 kapsamında ele alınabilecektir<sup>75</sup>. Ancak kamu görevlisi farklı zamanlarda görevinin gereklerine aykırı davranarak farklı kişileri mağdur etmiş ise artık burada zincirleme suç hükümlerinden bahsedebilmek mümkün olmayacaktır<sup>76</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli bir kararında da açıkça zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği şu şekilde ifade edilmektedir: *“Sanığın Cumhuriyet savcısı olarak soruşturmasını yürütüp dava açarak sonuçlandığı bir olayın tutuklu sanığı olan katılanı bu suçtan tahliye olduktan sonra adliyedeki makamına çağırarak şahsi ilişki kurması, sıfatını kullanarak Z.'yi katılanın şirketinde işe yerleştirmesi, katılanın giyabi tutuklu olarak arandığı bir suçtan yakalandığında kendisine ayrıcalıklı davranılmasını sağlamak amacıyla Cumhuriyet savcısı olarak karakola gitmesi, kendisinin yürüttüğü ve katılan Y'nin sanık konumunda bulunduğu soruşturmanın mağduru olan H'nin alacaklı olarak elinde*

<sup>73</sup> ERMAN, age., sh.215.

<sup>74</sup> ÖNDER, age., sh.217; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.949

<sup>75</sup> YCGK., 21.02.2006-2005/165-2006/31; *Sanığın görevli olduğu mahkemede hükmü bağladığı 297 davanın gerekçeli kararlarını bu sürelerden çok sonra ve yedi aya varan gecikmelerle yazması nedeniyle, kanun yoluna başvurulmadan kesinleşen hükümler bakımından infaz işlemlerinde gecikme yaşandığı, kanun yoluna başvurulmuş bulunan hükümler bakımından ise yargılamanın olağan dışı uzadığı anlaşılmıştır. Sanığın zincirleme biçimde gerçekleştirdiği eylem, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 230/1. Maddesinde öngörülen görevi savsama suçunu oluşturmaktadır”*. Nakleden YALVAÇ Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, sh.1432.

<sup>76</sup> ÜZÜLMEZ, agm., sh.214.

bulundurduğu ...Amerikan Doları bedelli senedi katılan lehine geri almak için H.'yi telefonla adliyedeki makamına çağırması, gelmemesi üzerine de katılanla birlikte işyerine gidip “bu borç M.’nin borcu, Y’nin senedini geri ver yoksa senin için iyi olmaz.” biçiminde konuşarak senedi H.’den alıp katılana vermesi, katılanın tutuklanıp cezaevine girmesi üzerine kendisiyle savcı odasında görüşerek hakkındaki şikayeti geri almasını istemesi şeklindeki eylemler, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY’nın 240. maddesinde öngörülen “görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu” oluşturmaktadır. Sanığın, görevi gereği kendisine tanınan yetkileri amaç dışında kullanarak kişilerin mağduriyetine neden olması ve ayrıca kişilere haksız kazanç sağlaması biçimindeki eylemleri suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Sanığın aynı suç işleme kararı kapsamında “zincirleme biçimde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu sabit olduğu halde anılan eylemleri suç oluşturmadığından bahisle sanığın beraatına karar verilmesi isabetsizdir.”. Gerek Yargıtay içtihadı gerek doktrin değerlendirildiğinde görevi kötüye kullanma suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesinin mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır.

## 7. İştirak

Görevi kötüye kullanma suçunun özgü, mahsus bir suç olduğu dikkate alınarak bu çerçevede iştirak kurallarının<sup>77</sup> uygulanacağı belirtilmelidir. TCK m.40/2, özgü suçlara ilişkin bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre; “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”. Bu durumda kamu görevlisi olmayan bir kişi suça ancak, azmettiren ya da yardım eden<sup>78</sup> olarak suça katılabilir<sup>79</sup>. 765 sayılı TCK döneminde bu düzenleme mevcut bulunmadığından 1988 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı görevi kötüye kullanma suçunda iştiraki şu şekilde ifade etmiştir; “*sanık Atilla’nın SSK.....Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu Üyesi bulunan Tezcan ile hayali şirketler adına teklif mektubu düzenleyip ve kendisine en düşük teklif mektubu verip ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıktan sonra kurum hastanesine yukarıda yazılı miktarda mal vermek ve bu arada kuru maddelerde 76.655 lira, tüketilen yaş sebze ve meyve satın alımlarında ise saptanamayan miktarda idareyi zarara soktukları ve bu suretle; hakkında TCK’nın 240/1. maddesi ile verilen hükümlülük kararı kesinleşen Memur sanık Tezcan ile birlikte suçu işlediği yani, memuru görevini kötüye kullanmaya azmettirmeyip doğrudan doğruya suçu birlikte işledikleri anlaşılmıştır.*<sup>80</sup>

<sup>77</sup> ÖZGENÇ İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.

<sup>78</sup> EVİK Sonay Vesile, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011, sh.187 vd.

<sup>79</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.948; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.811; OKUYUCU-ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, sh.142.

<sup>80</sup> YCGK, E. 1988/5-301, K. 1988/336, T. 3.10.1988, karar için bkz., <http://www.kazanci.com/cgi->

Görevi kötüye kullanma suçunun birden fazla kamu görevlisi tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda TCK'nın müşterek failiği düzenleyen 37/1. madde hükmü uygulanacak ve her bir kamu görevlisi müşterek fail olarak cezalandırılacaktır<sup>81</sup>.

## 8. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Görevi kötüye kullanma suçunun failinin kamu görevlisi olması sebebiyle kural olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması icap etmektedir. 4483 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre “*Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir*”. Bu suç kural olarak 4483 sayılı Kanun gereğince verilen izin üzerine takip edilebilir. Kamu görevlisi olup da iznin aranmadığı halleri gösteren özel bir hüküm olarak CMK m.161/5 şu şekildedir; “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.*”. Burada özel bir düzenleme söz konusu olup, adliye ile ilgili görev ve işlerde görevi kötüye kullanma suçunu meydana getiren kamu görevlileri ve ayrıca Cumhuriyet savcılarının sözlü ya da yazılı istem ve emirlerini yapmakta görevi ihmal ya da görevi kötüye kullanan kolluk görevlileri bakımından izin gerekmeksizin re'sen soruşturma yapılabilecektir. Burada hükümden de anlaşıldığı üzere adalet sistemi özellikle korunmak istenmekte ve bu konuya ilişkin işlerin geciktirilmesinin önüne geçilmesi istenmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunun yaptırımı bu suçu düzenleyen 257.maddesi de öngörülmüştür. Buna göre ilgili maddenin 1. fıkrasında belirtilen kamu görevinin gereklerine aykırı biçimde hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına işlenmesi hali “*altı aydan iki yıla kadar hapis cezası*” ile yaptırım altına alınmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen ve suçun kamu görevlisi tarafından görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek işlenmesi halinin cezası ise “*üç aydan bir yıla kadar hapis cezası*”dır.

bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1988-5-301.htm&query=görevi kötüye kullanma iştirak#fm

<sup>81</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, age., sh.949.



## V. SONUÇ

Görevi kötüye kullanma suçu Türk ceza hukukunda yeni bir kavram değildir. 765 sayılı eski TCK döneminde de düzenlenmiş bir suç tipi olan görevi kötüye kullanma 5237 sayılı TCK ile yeniden düzenlenmiştir. Görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar içerisinde yer alan ve torba hüküm niteliğini haiz önemli bir düzenlemedir. Bu hüküm ile kamu idaresinin güvenilirliği korunmaktadır. Kamu idaresinin ajanı olarak görev yapan kamu görevlileri tarafından işlenebilen bu suç söz konusu özelliği ile özgü bir suçtur.

Görevi kötüye kullanma suçu netice ve dolayısıyla teşebbüs bakımından tartışmalıdır. TCK m.257 uyarınca görevinin gereklerine aykırı hareket eden fail, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olur ya da kişilere haksız yarar sağlar ise sorumlu tutulacaktır. Burada belirtilen “*kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız yarar sağlama*” kavramlarının netice mi yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu konusunda tartışmada biz bunların cezalandırılabilme şartı olduğunu düşünmekteyiz. Zira kanunkoyucu kamu görevlisinin eyleminin cezalandırılabilmesini yukarıda ifade edilen koşullara tabi tutmuştur. Aksi halde fail görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulamayacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu torba hüküm olma özelliği ile önemli bir düzenlemedir. Çünkü böyle bir hüküm öngörülmekle kamu idaresinin güvenilirliğinin her koşulda korunmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

## KAYNAKÇA

- ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner , Gerekçeli Ceza Kanunları, 12. Bası, Ankara 2012.
- ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2010.
- CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.
- DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2011.
- DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:I, On-dördüncü Bası, İstanbul 1997.
- ERMAN Sahir, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.2, S. 2-3, Ankara 1947.
- ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul, 1992.
- EVİK Sonay Vesile, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011.

- MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet-Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008.
- OKUYUCU-ERGÜN, Güneş; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008.
- OKUYUCU-ERGÜN Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009.
- OKUYUCU Güneş, Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi, in Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, Ankara 2010.
- ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994
- ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR M.Nihat/DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
- ÖZGENÇ İzzet, Zimmet Suçu, Seçkin, Ankara 2009.
- ÖZGENÇ İzzet/ ŞAHİN Cumhur, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VI, S.1-2, Haziran-Aralık 2002
- SELÇUK Sami, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, C.XXIII, S.1-2, Ocak-Nisan, 1997.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2012.
- ŞAHİN Cumhur, Türk Hukukunda Memurluk Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçları (TCK m.230, 240), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1987.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010.
- TOROSLU, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2012.
- ÜNVER Yener, TCK'nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar, in Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, Ankara 2010.
- ÜZÜLMEZ, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257), in Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1.
- YALVAÇ Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008.
- ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi, in Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, İstanbul 2012.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, site içinden erişim linki: Yeni TCK madde-ge-rekçeleri. Erişim tarihi: 16/06/2012.

Anayasa Mahkemesi, E.1965/27, K.1965/55, T. 12.10.1965.

YCGK, E. 2007/5-83, K. 2007/244, T. 20.11.2007

[http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2007-5-83.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma#fmc](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2007-5-83.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma#fmc) .

YCGK, E. 2005/4-47, K. 2005/104, T. 20.9.2005 için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-47.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-47.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma#fm) .

YCGK, E. 2012/4-265, K. 2012/246, T. 26.6.2012, karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2012-4-265.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2012-4-265.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma#fm) .

YCGK, E. 2006/4-196, K. 2006/204, T. 3.10.2006 Karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2006-4-196.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma\\_kast#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2006-4-196.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma_kast#fm) .

YCGK, E. 2005/4-163, K. 2006/14, T. 7.2.2006, karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-163.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma\\_kast#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2005-4-163.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma_kast#fm) .

YCGK, E. 2008/4-267, K. 2009/59, T. 17.3.2009, karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2008-4-267.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma\\_kast#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2008-4-267.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma_kast#fm) .

YCGK, E. 1988/5-301, K. 1988/336, T. 3.10.1988, karar için bkz., [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1988-5-301.htm&query=gorevi\\_kotuye\\_kullanma\\_istirak#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1988-5-301.htm&query=gorevi_kotuye_kullanma_istirak#fm)



## CEZA MUHALEMESİNDE ALEYHTE DEĞİŞTİRME YASAĞI (*Prohibition of Reformatio in Peius*)

Seydi KAYMAZ\*

### ÖZET

Mahkemelerce verilen hükümlere karşı yasa yollarına başvurmak, gerek uluslararası metinlerde ve gerekse mevzuatımızda bir hak olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uyulması zorunlu olan AİHS'nin Ek-7. Protokolü'nde, yasal çarelere başvurmak bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak yasa yollarına başvuru üzerine hükmün aleyhine daha da ağırlaştırılabileceği kabul edildiğinde, sanık daha fazla ceza alabileceği korkusu ile yasa yollarına başvurmaktan çekinebilecek ve belki de haksız bir mahkumiyet hükmünü kabul etmek zorunda kalacaktır. İşte bu sakıncanın önüne geçilebilmesi amacıyla birçok ülkede ve bu arada ülkemizde, sanık lehine temyiz veya istinaf yoluna başvurulduğunda hükmün sanık aleyhine değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Aleyhte değiştirme yasağı veya literatürde yaygın kullanılan adıyla "*Reformatio in Peius*" ilkesinin amacı, sanığın sonuçta daha kötü bir duruma düşmek korkusuna kapılmaksızın yasa yollarına başvurma hakkını kullanmasına imkân tanınmasıdır. Ülkemizde uzun süredir uygulama alanı bulmasına rağmen, aleyhte değiştirme yasağının kapsamı ve uygulama alanı üzerindeki tartışmalar halen devam etmektedir. Bu çalışmamızda, aleyhte değiştirme yasağına ve hukuksal temeline ilişkin bilgiler verildikten sonra, lehe yasa yolu ve cezanın tespiti, yasağın kapsamı ve uygulama alanı üzerinde durulacak ve en sonda da bazı önerilerimize yer verilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Aleyhte değiştirme yasağı, reformatio in peius, yasa yolu, temyiz, ceza, güvenlik tedbirleri, infaz rejimi, erteleme, tekrerrü.

### *Abstract*

Filing appeal against the court decisions is accepted as a right both in the international texts and in our legislation. In the Protocol 7 of European Convention on Human Rights, resorting to the legal ways is given as a right. However, accepted that the punishment can be increased against the applicant

---

\* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

upon filing an appeal, defendants refrain from pursuing the legal procedures and maybe they abide by a punishment which they do not deserve. To overcome this disadvantaged point, in our country like many other countries, it is accepted that when a defendant files an appeal, the punishment cannot be increased against the defendant. The purpose of prohibition to change the decision against defendants or as commonly mentioned in literature "Reformatio in Peius" principle is to pave the way for the defendants so that they do not refrain from using their legal rights for filing an appeal for the fear that they shall be given more punishment. Although it has been applied for a long time in our country, the discussion regarding the scope of prohibition on changing against the applicant defendant and its field of application is still going on. In this study, after giving information regarding the prohibition of changing the decision against the applicant defendants and its legal base; the legal way in favour of applicant and determining the punishment, scope of the law and field of application are analysed, and at the end, some of our recommendations are given.

**Keywords:** Prohibition on changing the decision against the applicant, reformatio in peius, legal remedy, appeal, punishment, security precautions, execute regime, suspending sentences of imprisonment, repeat offending.

## I. GENEL OLARAK

Yerel mahkeme hükmü, istinaf veya temyiz mahkemesince bozulup, mahkemece buna uyulduğunda ortada hukuken geçerli bir karar mevcut olmayacaktır. Dolayısıyla mahkeme yeniden hüküm verirken, kural olarak ne önceden vermiş olduğu kendi kararıyla ne de istinaf veya temyiz mahkemesinin kararı ile bağlı olacaktır. Buna bozmadan sonra serbestlik kuralı da denilmektedir.<sup>1</sup> Ancak 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan<sup>2</sup> 1412 sayılı CMUK'nun 326/son maddesinde, "*hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz*" denilmektedir. Aynı hüküm 5271 sayılı CMK'nın 307/4 maddesinde, "*hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*" şeklinde ifade edilmiştir. Yine CMK'nın 265. maddesine göre, "*... Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içermez.*" Buna göre, hüküm sanık veya sanık lehine C.Savcısı veyahut CMK'nın 262.

<sup>1</sup> Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bası, İstanbul 2010, s. 1782.

<sup>2</sup> 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesine göre, istinaf mahkemelerinin göreve başlaması tarihine kadar 322. maddesinin bazı fıkraları hariç, 1412 sayılı CMUK'nun 305 ila 326. maddeleri uygulanacaktır.

maddesinde yazılı sanığın yasal temsilcisi veyahut eşi tarafından sanık lehine temyiz edilmiş ise, bozma kararından sonra ilk kurulan hükümde yer alan cezadan daha ağır bir ceza tayin edilemeyecektir. Böylece bozmadan sonra serbestlik ilkesine bir sınırlama getirilmiştir.<sup>3</sup> Sanık veya onun lehine yasa yoluna başvurulduğunda hükümün sanık aleyhine sonuç doğurmasını yasaklayan bu kural karşılaştırmalı hukukta genellikle “*reformatio in peius*” veya “*prohibition reformatio in peius*” olarak adlandırılmaktadır.<sup>4</sup> Kural yalnızca temyiz yasa yolu bakımından değil, istinaf, (CMK 283 md) kanun yararına bozma (CMK 309/4 md) ve yargılamanın yenilenmesi (323/2 md) bakımından da geçerlidir. Buna göre, sanık lehine başvuru halinde istinaf, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi sonucu kurulacak yeni hükümdeki ceza da önceki hükümlerde yer alan cezadan daha ağır olamayacaktır.

“*Reformatio in peius*” olarak adlandırılan kuralın tarihi geçmişinin Roma Hukuku’na kadar uzandığı, Digesta’da bu yönde hüküm bulunduğu belirtilmektedir.<sup>5</sup> Ancak bu hükmün, alt derece mahkemesinin kararını değiştirme etkisinin olup olmadığı veya ne ölçüde bu etkiye sahip olduğu hususunda bir açıklık olmadığı; 19. yüzyılın başlarına kadar bu kavramın ceza muhakemesi hukukunda bilinmediği ve ilk defa bu yüzyılın başlarında kullanıldığı da ifade edilmektedir.<sup>6</sup>

Latince’de “*reformatio*”, değiştirme, dönüştürme; “*peius*” ise kötü, fena anlamına gelmektedir. Buna göre *reformatio in peius*, “kötüye değiştirme” veya “kötüye dönüştürme” şeklinde Türkçeye çevrilebilir.<sup>7</sup> Karşılaştırmalı hukukta İngilizce kaynaklarda, yasağı ifade etmek üzere “*reformatio in peius*” ifadesinin önüne İngilizce “yasak” anlamına gelen “*prohibition*” kelimesi eklenmek suretiyle “*prohibition of reformatio in peius*” terimi kullanılmaktadır. Türk doktrininde bu kural, “bozma sınırını aşmamak yasağı”<sup>8</sup>, “aleyhe bozma yasağı”, “aleyhe bozmamak zorunluluğu”<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Mahkeme, uymadan sonra vereceği son karar yönünden kural olarak serbesttir. Yani mahkeme, Yargıtay’ın görüşü ile bağlı olmadığı gibi uyma kararıyla tamamen ortadan kalkmış olan eski son kararı ile de bağlı değildir. “Uymadan sonra serbestlik ilkesi” adı verilen bu ilke, ceza muhakemesinde güdülen gerçeğin araştırılması ve en doğru kararın verilmesi amacının sonucudur. (Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası Ankara 2012, s.371). Bozmadan sonra serbestlik ilkesinin iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi son kararın bir eksiklik nedeniyle bozulması, diğeri de sanık lehine temyiz davası açılması halinde verilecek yeni hükümle belirlenecek cezanın öncekinden daha ağır olamamasıdır.

<sup>4</sup> Almanya’da bu kurum “Das Verschlechterungsverbot” ve “Das Verbot der *reformatio in peius*”; İtalya’da “Il divieto della *reformatio in peius*” olarak; İngilizce hukuk terminolojisinde ve birçok ülkede “prohibition of the *reformatio in peius*” ve “*ban of the reformatio in peius*” olarak adlandırılmaktadır. Herke, Csongor/Toth, Csenge Theoretical and Practical Issues of the Prohibition of *Reformatio in Peius* in Hungary, Issues of Business And Law, Volume 3 (2011), s. 97. www.ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/3/4 (Erişim Tarihi: 2.3.2012).

<sup>5</sup> Selçuk, Sami, Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt.1, Yıl.2, Sayı.7, Ekim 2001, s. 9-10; Herke/Toth, Prohibition of *Reformatio of in Peius*, s. 95-96.

<sup>6</sup> Herke/Toth, Prohibition of *Reformatio in Peius*, s. 95-96.

<sup>7</sup> Selçuk, s.10; Herke/Toth, Prohibition of *Reformatio in Peius*, s. 96-97.

<sup>8</sup> Yüce, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanunyolları, Erzurum 1967, s. 166.

<sup>9</sup> Erem, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996, s.751.

“aleyhte düzeltme yasağı” ve “aleyhte değiştirmeme mecburiyeti” olarak adlandırılmıştır.<sup>10</sup> Taner ise, “hükmü müktesep” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.<sup>11</sup> Selçuk, kuralın kapsamı dikkate alındığında hukukumuz bakımından “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı” deyişinin isabetli olacağını belirtmektedir.<sup>12</sup> Yüksek Mahkememiz, “aleyhe bozma yasağı”, “aleyhe düzeltme yasağı” ve “aleyhe bozmama zorunluluğu” ifadelerini kullanmakta; sanık lehine temyiz üzerine verilen bozma kararından sonra bir önceki kararda yer alan cezadan daha ağır ceza verilememesini sanık lehine “kazanılmış hak”, “müktesep hak” olarak kabul etmektedir.<sup>13</sup> Biz, gerek karşılaştırmalı hukukta kullanılan terimin Türkçe çevirisi ve gerekse de hukukumuzdaki yasal düzenlemelere göre kuralın kapsamı dikkate alındığında, “aleyhte değiştirme yasağı” teriminin uygun olacağını düşünmekteyiz.

Aleyhte değiştirme yasağı, ancak hükmün yalnızca sanık lehine istinaf veya temyiz yoluna başvurulması halinde uygulama olanağı bulabilir. Dolayısıyla sanık aleyhine bir temyiz mevcut ise kuralın uygulanma imkânı yoktur. Sanık aleyhine temyizde de hükmün sanık lehine bozulması mümkündür. (CMUK'nun 294 md)<sup>14</sup> Kanunumuzda bu yönde açık bir hüküm olmamasına rağmen, temyiz davası sanık aleyhine de olsa eğer hüküm sanık lehine bozulmuş ise bu halde de aleyhte değiştirme yasağının yorum yoluyla kabul edilebileceği ileri sürülmüştür.<sup>15</sup> Bu görüşü savunan Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, “*son karar sadece sanık lehine bozulmuşsa, bozulan sonkararın sonucu bakımından sanık lehine bir tavan, aşılmaması gereken bir yukarı had meydana gelmiş kabul edilmeli*”; sırf sanık lehine yapılmış bozmaya uyulduktan sonra daha önce yapılan hataların farkına varılması nedeniyle düzeltme sırasında, önceki son karardan daha ağır bir ceza verilmemelidir.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1782; Şahin, Cumhuriyet/ Gökçürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II, 2. Bası, Ankara 2013, s.242; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1664.

<sup>11</sup> Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955, s. 393.

<sup>12</sup> Selçuk, s. 10-11.

<sup>13</sup> CGK. 13.04.2010, 2010/8-72 E, 2010/89 K; CGK, 16.05.2006, 2006/9-141E, 2006/140 K.

<sup>14</sup> Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi Tavsiye Raporu'nda, C.Savcılarının bu yetkilerini, sanığın temyiz hakkını engellemek ve böylece aleyhte değiştirme yasağını geçersiz kılmak amacıyla kullanmamaları gerektiği belirtilmektedir. Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 17 of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing. <https://wcd.coe.int/com.instranet>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012).

<sup>15</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1786. Yüksek Mahkememiz, incelediği bir davada bu yönde karar vermiştir:

“*İlk karar C.Savcısının sanık aleyhine temyizine karşın sanık yararına bozulduğu halde, CMUK.nun 326. maddesi gözetilmeyerek TCK.nun 522. maddesinin sanık aleyhine uygulanması bozmayı gerektirmiştir.*” (6.CD. 1.12.1987, 9275/10746. Günay, Erhan, Uygulamada ve Öğretilen Bozmanın Sirayeti ve Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2000, s.90. Ancak daha yeni tarihli bir Ceza Genel Kurulu Kararı'nda, “*CMUK.nun 326. maddesinin tabiki için dikkat edilecek nokta, temyiz isteminin sanık lehine olmasıdır. Yargıtay bozma kararının sanık lehine veya aleyhine olması, dosyanın esasına girilmeden CMUK'na aykırı davranıştan bozulması ya da kişisel haklardan bozma yapılmasının önemi yoktur. İlk hüküm hazine vekili tarafından sanık aleyhine temyiz edilmiştir. Mahkeme kararı özel dairece bozulmuş, bozma ile ilk hüküm tamamen ortadan kalkmıştır. Aleyhe temyiz nedeniyle kazanılmış hak*” bulunmadığına hükmetmiştir. CGK. 1.5.1989, 7-70/168. Uygun, Mehmet/Savaş, Vural/ Mollamahmutoglu, Sadık, Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1991), Ankara 1991, s.420.

<sup>16</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1786.



Aleyhte değişirme yasağı her hukuk sisteminde geçerli olan bir kural değildir. Ancak bu kurala yer verilmeyen bazı ülkelerde,<sup>17</sup> örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme içtihatları ile sanık lehine yasa yoluna başvurulduğunda hükmün sanık aleyhine bozulmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir.<sup>18</sup>

## II. KURALIN HUKUKSAL TEMELİ

### A. GENEL OLARAK

Aleyhte değişirme yasağının bir hukuk sisteminde mevcut olması gerektiğini savunanlar bu görüşlerini çeşitli hukuksal temellere dayandırmışlardır. Buna karşılık çeşitli düşüncelerle ceza muhakemesi hukukunda bu kurala yer verilmemesi gerektiği de ileri sürülmüştür.

Kuralın lehindeki görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) *Kazanılmış Hak*: Kazanılmış hak ibaresi 1412 sayılı CMUK'nun 326. maddesinin İstanbul Komisyonu tarafından benimsenen gerekçesinde yer almış; Yargıtay bir çok kararında sanık lehine temyiz yoluna başvurulduğunda, sanık aleyhindeki hususların onun için kazanılmış hak teşkil ettiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkememize göre, temyiz davasını açan sanık veya onun lehine yasa yoluna başvuranlar kararı sanık lehine düzeltmek amacı ile hareket ettiklerinden bu amacı göz ardı etmek ve aleyhte değiştirmeye olanak tanımak adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olur.<sup>19</sup> Böylece Yargıtay adalet ve hakkaniyet ilkelerini de görüşlerine dayanak yapmıştır.

<sup>17</sup> Her ülkedeki denetim mekanizması aynı değildir. Örneğin, Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde, aynı suçtan iki kez yargılama olmayacağı '(double jeopardy) ilkesi geniş yorumlanmakta ve bu ilke uyarınca savcıların sanık aleyhine yasa yollarına başvurmalarına sınırlamalar getirilmektedir. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri'nde savcılığın beraat kararlarını temyiz etme yetkisi bulunmamaktadır. *Ball v. United States*, 163 U.S. 662 at 642 (1896) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/662/case.html> (Erişim Tarihi:27.5.2012). Bu ilke uyarınca sanığın cezasının artırılması da bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. *North Carolina v. Pearce* - 395 U.S. 711 (1969).<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/711/> (Erişim Tarihi:27.5.2012) O nedenle, bazı ülkelerde aleyhte değişirme yasağına yer verilmediği gerekçesi ile aleyhte değişirme yasağının önemini göz ardı etmek doğru değildir. Malleson, Kate, *The Legal System*, Oxford University Press, 2007, s.173-174. Nicholas, Cowdery, *Crown Appeals Against Sentence and Double Jeopardy*, <http://njca.anu.edu.au> (Erişim Tarihi: 25.5.2012). 1996 yılında yapılan değişiklikle, İngiltere'de sanığın temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi'nin (the Court of Appeal) cezaı artırma yetkisi kaldırılmıştır. Buna karşılık, sanık sulh mahkemesi (Magistrate Court) kararına karşı Kraliyet Mahkemesi'ne (Crown Court) başvurduğunda bu mahkemenin cezaı artırması mümkündür. Spencer, John. R. "Does our Present Criminal Appeal System Make Sense" *Criminal Law Review*, [2006] Aug, s. 679.

<sup>18</sup> *North Carolina v. Pearce* - 395 U.S. 711 (1969).<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/711/> (Erişim Tarihi:27.5.2012).

<sup>19</sup> CGK, 28.9.1992, 5-190/237 K.

1412 sayılı CMUK'nın 326. maddesindeki gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir: "... mahkumun lehine olarak vaki temyiz neticesinde evvelki hüküm ile tayin olunan cezadan daha ağır bir ceza tatbiki kavaidi madalet ve hakkı mühtesep mülahazası ile kabili telif görülmüştür."

2) *Talep Dışı Karar Verme*: Temyiz davası sanık lehine açıldığı halde, hükmün sanık aleyhine bozulması, dava açmadığı halde davacı kişinin lehine bir karar verilmesi anlamına gelir.<sup>20</sup>

3) *Kanun Yolundan Beklenen Fayda*: Kanun yoluna başvurma şartı bu hususta bir menfaatin mevcut olmasıdır. Hükmün aleyhe bozulması bu şartın gerçekleşmediği ve dolayısıyla kararın bozulamayacağını gösterir.<sup>21</sup>

4) *Hükmün Temyiz Edilmeyen Lehe Kısımlarının Kesinleşeceği Görüşü*: İstinaf ve temyiz mahkemesi ancak kendisine açılan dava hakkında karar verebilir; temyiz edilmeyen hususlar kesinleşmiş olacağı için inceleme dışında tutulmalıdır.<sup>22</sup> Yüce'ye göre; "*kanun yolu muhakemesi hükmün taarruza uğramayan kısımlarına dokunamaz. Bu kısımlar bu sebeple kesinleşirler. Sanık kendi lehine olan kısımlara taarruz etmediği için bu kısımlar da kesinlik kazanırlar.*" Yargıtay'ın gösterilen temyiz nedenleri ile bağlı olmadığı, her türlü kanuna aykırılığı kendiliğinden inceleyebileceği eleştirisinin de bu fikrin esasını çürütmeyeceğini savunan Yüce'ye göre, "*bu; Yargıtay'ın temyiz edilmeyen kısımları da inceleyebileceği manasına gelmez. Gerçekten, hükmün sanık lehine olan kısımları temyiz edilmemiştir. Çünkü bu kısımlar sanığın mağdurluğunu gerektirmezler. Mağdurluk olmayan yerde temyiz yetkisi de yoktur. Buna göre hükmün sanığın lehindeki kısımlarının kesinleşmiş sayılması gerektiği için bunların bozularak sanığın aleyhine gidilmesi imkânı kalmamıştır.*"<sup>23</sup>

5) *Vicahilik İlkesi*: Ceza yargılaması hukukunda, sanık, aleyhinde olan hususlar hakkında savunmasını bildirmek hakkına sahiptir. Eğer aleyhe bozmama mecburiyeti olmazsa sanık savunması alınmadan daha ağır bir sonuç ile karşılaşmış olacaktır ki bu da vicahilik ilkesine aykırı olur.<sup>24</sup>

Kanun yoluna başvuranın kim olduğuna bakılmaksızın, hükmün sanık lehine bozulabileceği gibi aleyhine de bozulabileceğini savunan görüş sahiplerinin düşünceleri şöyle özetlenebilir:

1) *Ceza Yargılamasının Amacına Aykırılık*: Kamu Yararı ve Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olup, aleyhe değiştirme yasağı ceza yargılamasının bu temel amacı ile bağdaşmamaktadır. Sanığın kendisinin aleyhine sonuç doğuracağı korkusu ile kanun yoluna gitmekten çekinmesini önlemek amacı ile aleyhe bozmama yasağının kabul edilmesi açıklanamaz. Gerçekten C.Savcısı ve müdahil tarafından aleyhe kanun yoluna başvurulduğunda bu kural uygulanmaktadır. Diğer bir ifadeyle aleyhe bozmama mecburiyetinin uygulanıp uygulan-

<sup>20</sup> Kunter, Nurullah, Aleyhte Düzeltme Yasağı, İHFM, Sayı.3-4, (1952), s. 666-667.

<sup>21</sup> Erem, Faruk, Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara Barosu Dergisi, Cilt.24, Sayı.4, (1967), s. 616; CGK, 22.2.1982, 376/99 K.

<sup>22</sup> Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 666.

<sup>23</sup> Yüce, s. 171.

<sup>24</sup> Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 616.

maması C.Savcısı veya müdahilin aleyhte kanun yoluna başvuru başvurmaması tesadüfüne dayanmaktadır.<sup>25</sup> Ayrıca sanığın iradesi kanun yoluna başvuru başvurmamak konusunda etkili olabilir. Eğer sanık kanun yoluna başvurmuş ise artık devletin cezai adalet makinesi bütün haşmetiyle işlemeye başlamış, iş sanığın elinden çıkmıştır; sanık aleyhe sonuca da katlanmalıdır.<sup>26</sup>

2) *Kanunun İradesine Karşı Çıkma ve Üst Mahkemenin Yetkisinin Kısıtlanması*: Aleyhe bozmama mecburiyetinin netice itibariyle yasaya karşı gelmek anlamına geleceği ileri sürülmüştür. Bu görüş sahiplerine göre, ceza hukukunda kural; yasal isteğin somut olayda gerçekleşmesidir. Oysa aleyhe bozmama mecburiyeti kabul edildiğinde suç-ceza-sorum gibi kavramlar arasında kanunun benimsediği denge bozulmuş olacak ve böylece de usul hukukunun bir kuralı ceza hukukundaki diğer bir kuralı ihlal etmiş olacaktır.

Ayrıca, hükümdeki hataya rağmen kararın bozulmamasının, incelemeyi yapan mahkemenin görevini daraltmak anlamına geleceği ileri sürülmüştür.<sup>27</sup>

3) *Yargılama Hukuku Kuralları ile Uyumlu Olmaması*: Aleyhe bozma yasağının ceza usul hukukun insicamını, ceza yargılama kuralları arasında mevcut olan uyumu bozduğu ileri sürülmüştür. Suçun niteliğinde değişiklik halinde sanığa ek savunma verilmek suretiyle iddianamede yer alan kanun maddelerinden daha ağır bir ceza verilmesi imkânı bulunduğu halde, (CMK 226 md) iddianamede yazılı fiil ve sanık aynı kalmasına rağmen faile eksik ceza tayin edilmesinin haksız olduğu iddia edilmiştir.<sup>28</sup>

Ceza yargılamasının amacının, sanığın durumunun güvence altına almak olmayıp, adaletin gerçeleştirilmesi olduğu belirtilerek bu kurala ceza muhakemesinde yer verilmemesi gerektiği savunulmuştur.<sup>29</sup> Yasağın, iddiasız yargılama olmaz ilkesinin aşırı uygulaması olup, maddi gerçeğin bulunması ve hâkimin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu; ayrıca yasağın gereksiz usul formalitelerini artırdığı, gereksiz temyiz artırdığı belirtilerek bu kuralın usul kanunlarından çıkarılması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>30</sup> Bununla birlikte aleyhte değiştirme yasağı, değişik biçimlerde de olsa birçok ülkede uygulanmaktadır.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Erem; CMUK şerhi, s. 753-754.

<sup>26</sup> Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 668-669.

<sup>27</sup> Erem; CMUK şerhi, s. 753-754.

<sup>28</sup> Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 617.

<sup>29</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 97.

<sup>30</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 102.

<sup>31</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s.102.

## B. KURALIN HUKUKSAL TEMELİNE İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Aleyhte değiştirme yasağının neden kabul edilmesi gerektiğine ilişkin ileri sürülen görüşler eleştiriye açıktır.<sup>32</sup> Bu konuda doktrinde çokça yer verilen eleştirilere yollamada bulunarak<sup>33</sup> belirtelim ki aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesindeki asıl neden şudur: Sanık veya onun lehine C.Savcısı, eşi veya kanuni temsilcisi tarafından temyiz yasa yoluna yapılan başvurunun sanık aleyhine sonuç doğuracağı kabul edilirse, sanık daha fazla ceza alma korkusu ile yasa yoluna başvurmaktan çekinecek ve belki de haksız bir hükme razı olacaktır. İşte bu korkuyu ve sakıncayı ortadan kaldırmak düşüncesi ile sanık lehine temyizde hükmün sanık aleyhine değiştirilemeyeceği, “*Reformatio in Peius*” ilkesi bir usul kuralı olarak yargılama yasalarında yer almış bulunmaktadır.<sup>34</sup> Diğer bir ifadeyle aleyhte değiştirme yasağının amacı, kanun yoluna başvuracak olan sanığın sonuçta daha kötü bir duruma düşmek<sup>35</sup> korkusuna kapılmaksızın bu hakkını serbestçe kullanabilmesini

<sup>32</sup> Suçun hak doğurucu bir husus olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından mülga 1412 sayılı CMUK'nun 326. maddesinin gerekçesine dayanan ve özellikle Yüksek Mahkememiz tarafından kuralın dayanağı olarak gösterilen “kazanılmış hak” görüşüne katılmak mümkün değildir. Ceza davası hukuk davasından farklı özelliklere sahiptir. Ceza davasında C.Savcısı sanık karşısında bir tarafı temsil etmeyip, sanığın hem lehine hem de aleyhine hareket ettiğinden, sanık lehine temyiz üzerine hükmün aleyhine bozulmasının talep dışında karar verilmesi anlamına geleceği şeklindeki görüşte de isabet bulunmamaktadır.

<sup>33</sup> Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. Selçuk, s. 13-15; Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 666 vd; Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio in Peius Kuralı, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2011, s. 414-416; Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 755; Yüce, s.171; Selçuk, s. 15-16.

<sup>34</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 371, Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 755; Yüce, s.171; Selçuk, s. 15-16.

<sup>35</sup> “*Ceza Genel Kurulumuz da çeşitli kararları ile, lehe temyiz davası üzerine aleyhe düzeltme zorunluluğuna açıklık getirmiş ve “CYUY'nun 326/2. maddesindeki “hüküm” sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden düşünerek geniş anlamak gerekeceğini,*” (15.03.1971 gün ve 4-84), “*ilk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiğini,*” (19.06.1967 gün ve 114-162, 13.04.1964 gün ve 154-167), “*temyiz incelemesinde öncelikle temyiz lehe veya aleyhe mi olduğu tespit edilerek, incelemenin buna göre yapılması gerektiğini, sanık lehine tecelli edecek bir hantanın tazammun edeceği hukuki neticelerin aleyhte tevessülatta bulunmadıkça değiştirilemeyeceğini,*” (31.01.1949 gün ve 171-35) vurgulanmıştır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Yerel Mahkemece, sanık hakkında lehe olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCY.nun 81, 35/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca sonuçta 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin bu uygulamasında, anılan Yasanın 62. maddesi ile indirim yapılırken, hesap hatası yapılması suretiyle 9 yıl 4 ay 15 gün yerine, 9 yıl 1 ay 15 gün olarak eksik ceza tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin hatalı olan ilk ve son uygulaması yalnızca sanık ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Aleyhe temyiz bulunmaması karşısında, Özel Dairece 1412 sayılı CYUY.nun 322. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile Yerel Mahkemece verilen hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza belirlenmesi 1412 sayılı CYUY. nun 326/son ve 5271 sayılı CYY.nun 307/4. maddesine aykırıdır”. CGK, 07.10.2008, 2008/1-198 E, 2008/211 K) Yargıtay vermiş olduğu daha eski bir kararında, “1-CMUK.nun 326. maddesindeki “HÜKÜM” sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden de düşünerek geniş anlamak gerekir. (CGK.nun 15.3.1971 gün ve 4/84 sayılı kararı)

2-İlk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse lehe temyiz bu DURUMU (cezaı değil) değiştirmemesi” gerektiğine hükmetmiştir. (CGK. 22.2.1982,

sağlamaktır.<sup>36</sup> O nedenle, bu kural, korku duyulmadan yasa yollarına başvurma ilkesi (*principle of appeal without fear*) olarak da adlandırılmıştır.<sup>37</sup>

Gerçekten hükmün aleyhine de değiştirilebileceğini düşünen kişi temyiz yasa yoluna başvurmadan kaçınabilecektir. İşte kişilerin daha kötü bir sonuçla karşılaşabilecekleri endişesine kapılmadan yasaya aykırı gördükleri ve haksız olduğuna inandıkları hükümlere karşı yasa yoluna başvurmalarının temini için aleyhe değiştirmeme kuralının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten hükmün aleyhine bozulmayacağını bilerek kanun yoluna başvuran kişi kanunun doğru uygulanmasına da vesile olduğundan kanun yoluna başvuran kişiyi korkutmamakta kamunun yararı da mevcuttur. Kanun yoluna başvuran sanığın eyleminin daha ağır bir suçta vücut verdiği anlaşılmaya rağmen ağır suçun cezasının verilmemesi şeklinde ortaya çıkan kamu zararı, aleyhe değiştirmeme mecburiyetinin açıklanan bu faydası ile karşılanmış olmaktadır.<sup>38</sup>

Bir görüşe göre, aleyhte değiştirme yasağı sanığın hükmün kendi aleyhine değiştirilebileceği korkusuna kapılmadan kabul edilen hukuksal bir iyilik olup, kaynağını Anayasadan kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerden almamaktadır. Alman Hukuku'nda kabul edilen bu görüş<sup>39</sup> zaman zaman Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir.<sup>40</sup> Buna karşılık aleyhte değiştirme yasağının, yasal çarelerin doğası gereği mevcut olduğu ve açıkça düzenlenmese de bu kuralın uygulanması gerektiği belirtilmiştir.<sup>41</sup> Gerçekten aleyhte değiştirme yasağı, hukuk devletinin sağladığı teminatlardan biridir.<sup>42</sup> Aleyhe kanun değişikliğinin dahi geçmişe uygulanmasını kabul etmeyen, hak arama özgürlüğünü (Ay 36 md) kişinin kendisini suçlamaya zorlanamayacağını anayasal güvence altına alan bir hukuk sistemi içinde (TCK 7 md) aleyhte değiştirme yasağını kabul etmemek bir çelişki olur. Kaldı ki Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uyulması zorunlu olan AİHS'nin Ek-7. Protokolünde yasal çarelere başvurmak bir hak olarak kabul edilmiştir. İstinaf ve temyiz yasa yoluna başvuru halinde sonucun aleyhe olabileceğini kabul etmek, genel olarak hak arama hakkının ve özel olarak da yasa yoluna başvurma hakkının sınırlanması anlamına gelir. Yasa yoluna başvurma hakkının AİHS'nin Ek-7. Protokolü'nde düzenlendi-

376/99. Mollamahmutoğlu, s. 1888 vd). Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da aleyhte değiştirme yasağının kapsamını "ceza ve cezai neticeler" olarak belirtmiştir. (Ask. Yar. İBK, 15.1.1969, 1/2, Çağlayan, Muhtar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt.3, Ankara 1981, 277-280)

<sup>36</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası İstanbul 2012, s. 725. Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 98; Erem, CMUK Şerhi, 755. Bu görüş Yargıtay tarafından da paylaşılmaktadır. CGK, 06.03.2012, 2011/13-384 E, 2012/82 K; CGK, 07.06.2011, 2011/9-88 E, 2011/116 K.

<sup>37</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 98.

<sup>38</sup> Yüce, s. 171.

<sup>39</sup> Keskin, s. 411.

<sup>40</sup> CGK, 27.04.2010, 2010/6-73, E, 2010/97 K; CGK, 23.3.2004, 2004/6-41/70.

<sup>41</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 96.

<sup>42</sup> Erem, CMUK Şerhi, s. 756; Selçuk, s. 19.

ğine işaret eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (92) 17 sayılı Tavsiye Kararı'nda da, sanık lehine temyizde hükmün aleyhe bozulabileceği korkusunun, sanıkların yasa yoluna başvurmalarını engelleyeceği belirtilerek üye ülkelere aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi tavsiye edilmiştir.<sup>43</sup>

Mevzuatında aleyhte değiştirme yasağına yer vermeyen Amerika Birleşik Devletleri'nde, sanık lehine başvuru üzerine sonucun aleyhe değiştirilmesine sınırlamalar getirilmiş ve sonucun ağırlaştırılmasının sanığın Anayasada güvence altına alınan yasa yollarına başvurma hakkını ihlal edeceği belirtilmiştir.<sup>44</sup> Keza sonucun ağırlaştırılmasının adil yargılama hakkını ve Amerikan Anayasa'nın 4 ve 5 ve 14. değişikliğinde ifade edilip adil yargılanma hakkını da içeren, hukuki esas ve usullere uyulmadan kişilerin hak ve özgürlüklerinin sınırlanamayacağını ifade eden (*due process of law*)<sup>45</sup> ilkeyi ihlal edeceği kabul edilmektedir.<sup>46</sup> Görüldüğü üzere, aleyh-

<sup>43</sup> Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 17 of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing. <https://wcd.coe.int/com.instraneti>.

<sup>44</sup> Increased Sentence Upon Retrial, 25 Wash. & Lee L. Rev. 60 (1968), s.60 vd; <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/5> (Erişim Tarihi:26.5.2012). Ashman, Allan, The Prisoner's Dilemma: Harsher Punishment upon Retrial, 55, American Bar Association Journal, (1969), s.928 vd. <http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012) Aplin, Kenneth L. Sentence Increases on Retrial after North Carolina v. Pearce; University of Cincinnati Law Review, Volume:39, No.3, (1970), s.427 vd. <http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012)

<sup>45</sup> *Due process* kavramıyla, başlangıçta sadece usuli güvencelerin sağlanması amaçlanmaktaydı. Nitekim, Amerikan Anayasası'nın Ek 5. ve Ek 14. maddeleri sadece "hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceğini" düzenlemektedir. Ancak bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış, usuli güvenceyle birlikte gerek federal gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi (*substantive*) içeriğe de sahip olmuş, mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Günümüzde Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından uygulanan haliyle *due process*, Alman öğretisindeki "*Hukuk Devleti*", İngiliz hukukundaki "*Rule of Law*" kavramları ile benzer hususları kapsamaktadır. Altıparmak, Kerem, "Due Process Of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.45, Sayı.1-4, 1996, s. 219.

<sup>46</sup> North Carolina v. Pearce kararı ile Yüksek Mahkeme, bir suçtan dolayı iki kez yargılama olamayacağı (*double jeopardy*) ve eşit koruma ilkesi uyarınca yeniden yargılama üzerine cezanın artırılmayacağı şeklinde bir karar vermeyi reddetmiştir. Bununla birlikte, cezanın ancak bazı hallerde artırılabilmesine ve cezanın artırılmasının anayasal bazı sınırlamalara tabi olduğuna, *due process* kuralına uyulması gerektiğine karar vermiştir. Hakimin cezayı artırma yetkisinin kabul edilmesi halinde tekrar yargılama yoluna başvuran sanık aleyhine olumsuz düşüncelerle hareket etme tehlikesine dikkat çekilerek, sanığın, cezasının artırılabilmesi düşüncesine sahip olmaksızın temyiz hakkını kullanması gerektiğini, sanığın temyiz hakkını kullanmaktan çekinmeye sebep olunmasının anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir. O nedenle Yüksek Mahkeme, yeniden yargılama üzerine cezanın artırılması için hakimin buna dayanak oluşturan olayları, kısaca, gerekçelerini açık bir biçimde göstermesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, cezanın artırılabilmesi için bu sebepler objektif olmalı ve ilk hükümden sonra ortaya çıkmalıdır. Yüksek Mahkeme'nin denetimine esas olmak üzere bu veriler kayda geçmelidir. Bunun dışındaki hallerde mahkemenin cezayı artırması yasaklanmıştır (Aplin, s. 427 vd.). Bir suçtan dolayı iki kez yargılama yapılamayacağı (*double jeopardy*) ilkesi uyarınca, Amerika'da savcının beraat kararlarını temyiz etmesi mümkün

te değişirme yasağı kanunlarda açıkça düzenlenmese bile kişinin hak arama, bu bağlamda yasa yollarına başvurma hakkı, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesi gereği olarak aynı sonuca ulaşılmaktadır. O nedenle günümüz için yapılması gereken, ceza yargılamasında bu ilkeye yer verilmesinin gerekip gerekmediğini tartışmak yerine bu kuralın kapsamının ne olması gerektiğini tespit etmektir.

### III. ALEYHTE DEĞİŞİRME YASAĞININ ÇEŞİTLİ İLKELERLE İLİŞKİSİ

Aleyhte değişirme yasağı Ceza Muhakemesi'ne ilişkin ve çoğu da kaynağını Anayasa'da bulan birçok ilkeyle ilişkilidir. Bunlardan en önemlisi, hak arama hakkı (Ay 36 md) ve verilen karara karşı yasal yollara başvurma hakkıdır. Hükmün aleyhine sonuç doğuracağı endişesi taşıyan sanık hukuka aykırı olduğunu düşünse bile hükmün aleyhine değiştirilebileceği korkusu ile yasal yollara başvuramama yolunu seçebilir. Bu ise sanığa tanınan hak arama hakkı ve yasal yollara başvurma hakkının ihlali anlamına gelir. Yukarıda da belirtildiği üzere, mevzuatında aleyhte değişirme yasağına yer verilmeyen ABD'de Yüksek Mahkeme, yasal yollara başvurma hakkına dayanarak yeniden yargılamada hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmasına sınırlamalar getirmiştir.<sup>47</sup>

Ceza muhakemesinde, sanık iddia makamına göre güçsüz bir konumdadır; o nedenle adil bir yargılama için silahların eşitliği ilkesi büyük önem taşımaktadır. Silahların eşitliği ilkesi<sup>48</sup>, iddia makamı ile hükmün aleyhine değişme tehlikesi altında bulunan sanığın aynı olanaklara sahip olmasını garanti etmeyi amaçlar. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, hükmün sanık aleyhine değişme ihtimalinin bulunduğu hallerde uyguladığı standartlar ile diğer davalardaki standartlar birbirinden

---

görülmektedir. Savcının mahkumiyet kararlarını temyiz etmesinin sözkonusu ilkeyi ihlal edip etmediği ise tartışmalı olup, bazı eyaletlerde, bir suçtan dolayı iki kez yargılama yapılamayacağı (*double jeopardy*) şeklindeki ilkenin ihlal edilmiş olacağı gerekçesiyle buna izin verilmemektedir. Dunsy, Gregory P., The Constitutionality of Increasing Sentences on Appellate Review, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol.6, No.1, s.20; 32; 38;39. <http://Heinonline.Org> (Erişim Tarihi: 28.5.2012).

<sup>47</sup> Aplin, s.427 vd.

<sup>48</sup> Silahların eşitliği ilkesi, muhakamede taraflar arasında adil bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Bu ilke, taraflardan birine diğerine karşı bir avantaj sağlanmamasını, taraflardan birinin talep ve iddialarına karşı muhakemenin diğer tarafına savunma ve delillerini sunma imkanı tanınmasını gerektirir. AİHM, silahların eşitliği ilkesini AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama kapsamında değerlendirmekte ve silahların eşitliği ilkesine uyulmamasını adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul etmektedir. Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates,Ed/Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, s. 254 vd.

Silahların eşitliği ilkesi, şüpheli /sanığın hakları ile savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Davanın taraflarından birinin iddiası karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan kanıtlarını sunma imkanı tanınmıyorsa silahların eşitliği bakımından ihlal doğacaktır. Bu ilke açısından önemli olan, taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamaması başka bir anlatımla iddia ile savunma arasında denge olmasıdır.

farklıdır. Hükmün hem savcı, hem de sanık tarafından temyiz edildiği bir davada, (Pataki ve Dunshrin v. Austria) C.Savcısı Yüksek Mahkeme huzurunda kapalı bir oturumda sözlü açıklamalarda bulunmuş, sanık bu haktan yararlanamamıştır. Komisyon bu durumu silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur.<sup>49</sup> Yine Avusturya'ya karşı açılan benzer bir davada (Ofner and Hopfinger v. Austria) Komisyon silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti bakımından, 1) Başsavcının (Generalprokurator) rolünün hukuk kurallarına uyulmasını sağlamaktan ziyade sanığın cezalandırılmasını sağlamaya yönelik mi olduğu, 2) Başsavcının ne tür bir oturumda dinlendiği ve 3) Prosedür sonucunda hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmasının mümkün olup olmadığının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.<sup>50</sup> Sözkonusu davada, hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmasının mümkün olmadığı, Başsavcı ile C.Savcısının işlevinin farklı olması nedeniyle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.<sup>51</sup>

Yasa yoluna başvurmak, aslında bir dava açmak demektir. Kural olarak inceleme mercii ihtilafı hususları inceleyecektir. Özellikle sebep gösterilmesinin zorunlu olduğu (CMK 294 md) temyiz yasa yolu bakımından kesin bozma nedenleri dışında Temyiz Mahkemesinin temyiz davasında ileri sürülmeyen hususlarda inceleme yapması (CMK 301 md) ve hükmü sanık aleyhine bozması mümkün değildir. Bu itibarla aleyhte değiştirme yasağı davasız yargılama olmaz (ne bis idem) ilkesi ile de bağlantılıdır.

Ceza hukukunda yasallık ilkesi geçerlidir. Yasallık ilkesi esas itibarıyla kanunsuz suç ve ceza olmayacağını ifade eder. Bu ilke, kanunda suç olarak tanımlanan fiilin işlenmesi halinde herhangi bir istisnaya yer verilmeden failin fiilinin gerektirdiği yaptırım ile cezalandırılmasını da gerektirir. Böylece, kanun, ülke genelinde herkese eşit bir şekilde uygulanmış olacaktır. Ancak hükmün aleyhine de değişebileceği endişesini taşıyan sanık hukuka aykırı olduğunu düşündüğü kararlara karşı bile yasa yollarına başvurmaktan kaçınabilecektir. Bu durumda hukuka aykırı kararların düzeltilmesi imkânı ortadan kalkacak ve sanık hukuka aykırı hükmün sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır. İşte ceza yargılamasına güvenin sağlanması, sanığın hiçbir korku taşımadan yasa yoluna başvurabilmesini sağlamak amacıyla birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulduğunda sonucun sanık aleyhine değiştirilemeyeceği şeklinde düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. (CMK 307/4 md) Bu hükümlerin yalnızca sanık yararına olduğu düşünülebilirse de hukuka aykırı kararların ortadan kaldırılmasında kamu yararının bulunduğu kuşku yoktur. Böylece, fiil için daha ağır bir yaptırım uy-

<sup>49</sup> Stavros, Stephanos, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht, Boston/London, 1993, s.188.

<sup>50</sup> Wasek-Wiaderek, Malgorzata, The Principle Of "Equality Of Arms" in Criminal Procedure Under Article 6 Of The European Convention On Human Rights And its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries a Comparative View, Leuven, Belgium, 2006, s. 24.

<sup>51</sup> Wasek-Wiaderek, 24.



gulanması gerektiği ortaya çıksa bile fail yasanın öngördüğü bu ağır ceza ile değil, ilk hüküm ile tayin olunan ceza ile cezalandırılacaktır. Bunun ise yasallık ilkesi ile uyumlu olmadığı açıktır. Böylece, bu kuralın uygulanmasındaki kamu yararı, sanığın hak ettiği daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaması ile ortaya çıkacak zarardan üstün tutulmuş<sup>52</sup> ve yasallık ilkesine bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.

Aleyhte değiştirme yasağı ile yasallık ilkesi arasında bir tercih yapmak hukuki ve siyasi değerlendirme yapılmasını, hukuksal güvenlik ile somut davanın yasaların gerektirdiği biçimde ele alınarak yaptırıma bağlanması arasındaki anayasal dengenin kurulmasını gerektirir. Etkin bir yargılama ve kişilerin ceza yargılamasına güven duymalarının sağlanması için, yasallık ilkesinin bazı sınırlamalara tabi tutulması kaçınılmazdır. Bu sınırlamanın ne ölçüde olacağı ceza siyasetinin konusu olup yasa koyucunun takdirindedir. Ülkemizde istinaf, temyiz, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi bakımından aleyhte değiştirme yasağı kabul edilmiş olup, yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde yeniden verilecek hüküm önceki hükümlle belirlenen cezadan daha ağır olamayacaktır. (1412 sayılı CMUK 326/son<sup>53</sup>, 5271 sayılı CMK 283 md, 307/4 md, 309/4-b md; 323/2 md) Aleyhte değiştirme yasağının sonucu olarak lehine yasa yoluna başvuru sanıklar, aynı konumdaki sanıklardan farklı olarak eylemlerine uyan kanun maddelerindeki ceza ile değil, daha hafif bir ceza ile cezalandırılacaklardır. Bu sakıncaların önlenmesi bakımından yeterli miktarda hakim ve C.Savcısı istihdam edilmesi, hakim ve C. savcılarının meslek içi eğitimlerine önem verilmesi ve yargılama makamlarının personel ve finansal açıdan desteklenmesi gereklidir. Aleyhte değiştirme yasağının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi ile uyumlu olmadığı düşünülebilirse de,<sup>54</sup> yasak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayıp, yalnızca yasa yoluna başvuran sanığa daha fazla ceza verilmesine engel olmaktadır.

<sup>52</sup> Kanun koyucu ceza yargılamasında, gerçeğin ortaya çıkarılmasını en üstün bir değer olarak kabul etmemiştir. Örneğin, aile birliğinin korunması ve savunma hakkı ile yaşam hakkına ilişkin menfaat, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaate üstün tutularak kişisel nedenlerle ve meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmiştir. Aleyhte değiştirme yasağı ise maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel oluşturan bir kurum olmayıp, yalnızca cezanın ağırlaştırılmasına engel olmaktadır.

<sup>53</sup> 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesine göre, istinaf mahkemelerinin göreve başlaması tarihine kadar 322. maddesinin bazı fıkraları hariç, 1412 sayılı CMUK'nun 305 ila 326. maddeleri uygulanacaktır.

<sup>54</sup> Bu yöndeki görüş için bkz. Eryılmaz, M.Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Derleri, Ankara 2012, s. 679.

## IV. YASA YOLU VE CEZANIN LEHE OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ SORUNU

### A. YASA YOLUNUN LEHE OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ

Aleyhte değiştirme yasağının uygulanabilmesi için sanık lehine yasa yoluna başvurulması lazımdır. O nedenle başvurulana yasa yolunun sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunun tespiti önemlidir. Çoğu kez başvurulana yasa yolunun sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunu tespit etmek bir sorun oluşturmaz. Beraat eden sanığın mahkûm olması gerektiğine, düşme sebeplerinin mevcut olmadığına, fiilin daha ağır bir suç oluşturduğuna, fiil için daha ağır bir ceza verilmesi lazım geldiğine, sanığın yardım eden değil, fail veya müşterek fail olduğuna, suçun teşebbüs aşamasında değil tamamlanmış olduğuna ilişkin başvurulana yasa yolunun aleyhe olduğunda kuşku yoktur. Bağımsız olarak uygulanan tedbir yerine ceza verilmesi talebini içeren temyiz de aleyhedir. Tersine, ceza yerine tedbir uygulanmasına yönelik başvuruyu lehe kabul etmek gerekir.<sup>55</sup> Ayrıca davanın düşmesi ve beraat nedenlerine; sanığın aleyhine sonuç doğursa bile vekâlet ücreti, yargılama gideri ve hesap hatalarına yönelik başvuru aleyhe sayılmaz ve dolayısıyla aleyhte değiştirme yasağını ihlal etmez.

Uygulamada usule ilişkin temyizler sanık lehine kabul edilmektedir. Kanımızca, beraat kararı verilmesini sonuçlayan yargılamada yapılan usul hatalarına yönelik temyiz aleyhe; mahkûmiyet hükmünün verildiği yargılamada yapılan usul hataları nedeniyle hükmün bozulması istemine ilişkin başvuruyu da lehe kabul etmek gerekir.<sup>56</sup>

Mahkemenin görevsiz olduğunun anlaşılması halinde<sup>57</sup> hüküm ortadan kalkacağından ve yeniden soruşturma yapıp yeni bir hüküm verilmesi gerektiğinden mukayese yapılacak bir hüküm bulunmayacaktır. Yüksek Mahkememiz, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda görev sebebiyle bozma halinde de aleyhte değiştirme yasağının geçerli olduğuna hükmetmiştir.<sup>58</sup> Aleyhte değiştirme kuralının, hükmün aleyhine değiştirilebileceği korkusu taşımadan yasa yoluna başvurmayı sağlamak olduğu dikkate alındığında Yüksek Mahkeme'nin bu kararının isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

Mülga 1412 sayılı CMUK'na göre temyize sebep göstermek mecburiyeti yoktur. C.Savcısı sebep göstermeden temyiz etmiş ise sanık lehine mi yoksa aleyhine

<sup>55</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 104.

<sup>56</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 104.

<sup>57</sup> Görevsizlik kararı, istinaf ve temyiz yasa yoluna tabi olmamakla birlikte hükümle birlikte bu itirazın ileri sürülmesi mümkündür.

<sup>58</sup> Yüksek Mahkeme'ye göre, görev dışında verilen bir hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi halinde, kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla hükmün bozulması gerekir (İBK, 15.2.1950, 21/1. Şener, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza, Ankara 1997, s. 1039). Yüksek Mahkememizin bu yöndeki uygulaması devam etmektedir. Bkz. 3.CD, 17.01.2012, 2011/20223 E, 2012/1314 K.

mi temyiz ettiğini belirtmek zorundadır.<sup>59</sup> Temyiz de bir dava olduğuna göre, ancak dava edilen yani ihtilafı hususların incelenmesi lazımdır. Ancak CMUK'nun 320. maddesi bu kuraldan ayrılmış ve maddede hükme etki edecek derecede kanuna muhalefet hallerinde talep bulunmasa dahi Yüksek Mahkeme'nin bu noktalardan hükümü inceleyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme sebep gösterilmeyen hususlarda da hükmü incelemektedir. Eğer temyizde gösterilen sebep sanık aleyhine ise hükmün bütün yönleriyle sanık aleyhine temyiz edildiği kabul edilmekte, bu ise çoğu kez temyiz yoluna başvuranın talebi bulunmadığı halde başka sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin, yalnızca yargılama giderinin eksik tayin edildiğine dair yapılan temyiz aleyhe temyiz olarak kabul edilmekte ve hüküm bütün yönleriyle incelenmekte ve mesela haksız tahrik hükümlerinin uygulanma yeri bulunmadığı, fiilin daha ağır bir suçu oluşturduğu gerekçesiyle hüküm bozulabilmektedir. Böylece yalnızca yargılama gideri, vekâlet ücreti gibi önemsiz hususlara yönelik temyiz ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Oysa bir temyiz sebebi gösterilmiş ise yalnızca o noktadan hükmün lehe veya aleyhe temyiz edildiği kabul edilmelidir. Aksi fikrin kabulünü kanuna dayandırmak mümkün değildir. Gerçekten 1412 sayılı CMUK bu sonuca ulaşmayı haklı kılan bir hüküm içermektedir. Hükmün bir veya iki noktadan aleyhe temyiz edilmesi, bütün yönleriyle aleyhe temyiz edildiğini göstermez; tam aksine temyiz edenin diğer yönler itibarıyla hükümde bir hukuka aykırılık görmediğini gösterir. Gerçekten, yasa yoluna başvuranın dile getirmediği bir husus hakkında iradesinin şu veya bu yönde olduğunu söylemek isabetli olmamakla birlikte, eğer bu yola gidilecek ise bu şekilde bir yorum yapmak daha doğru olacaktır.

Ayrıca yasaların doğru ve eşit bir biçimde uygulanması bakımından bu yönlerden bozma yapılması farklı bir şey, sanığın temyiz edilmeyen hususlardan yapılan bozmaların sonuçlarına mahkûm edilmesi farklı bir şeydir. Her ne kadar temyiz üzerine hüküm bütün yönleriyle incelenecek ve varsa hüküm diğer hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulacak ise de, temyiz sebebi dışında kalan hususlar bakımından sanığın bozmanın aleyhe sonuçlarına katlanacağına ilişkin yasada bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten CMUK'nun 320. maddesinde bu yönde bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde de haklı olarak ileri sürüldüğü üzere aleyhe temyizde aleyhe temyiz çizmiş olduğu tavan aşılmamalıdır; CMUK'nun hükümleri bu şekilde bir kabule engel değildir.<sup>60</sup>

Bu görüşlerimiz özellikle taraflar açısından sebep gösterilmesinin zorunlu olmadığı ve dolayısıyla hükmün bütün yönleriyle inceleneceği<sup>61</sup> istinaf yasa yolu için

<sup>59</sup> Macar Hukuku'nda, C.Savcısının, kısa karar üzerine vermiş olduğu süre tutum dilekçesinde temyiz lehe veya aleyhe olduğu belirtilmemiş ise bu temyiz lehe sayılmaktadır. Yasal temyiz süresi dolduktan sonra verilen layihadaki temyiz sebeplerinin sanığın aleyhine olması bu durumu değiştirmez. Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 105.

<sup>60</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1666-1667.

<sup>61</sup> Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf, Ankara 2010, s. 62.

geçerlidir. 1412 sayılı CMUK bakımından yapılan yanlış uygulamaya istinaf yasa yolu bakımından devam edilmemelidir. C. Savcısının istinaf yoluna başvurması halinde başvurusunun gerekçelerini, diğer bir ifadeyle sebeplerini göstermesi zorunlu olup, hükmün bozulması halinde aleyhte istinafin çizmiş olduğu sınır aşılmamalıdır. 5271 sayılı CMK' da temyizde sebep gösterilmesi zorunlu olduğundan bu şekilde bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

İstinaf da bir davadır ve kural olarak istinaf davasının açılması için istek koşulunun gerçekleşmesi lazımdır. Ancak; kanunumuz haksız mahkûmiyet kararlarının önüne geçmek bakımından 15 yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaların talep olmasa dahi istinaf mahkemesince incelenmesini hükme bağlamıştır (CMK 272 md).<sup>62</sup> Resen istinafta hükmün lehe de aleyhte de bozulabileceği düşünülebilir. Ancak resen incelemenin gerekçesi, olası hukuka aykırı bir mahkûmiyetin önüne geçmek olduğu nazara alındığında resen istinaf incelemesi sonucu hükmün aleyhte değiştirilemeyeceği sonucuna ulaşılır.<sup>63</sup> Yargıtay da resen temyizde hükümler bakımından aleyhte değiştirme yasağının geçerli olduğuna hükmetmiştir.<sup>64</sup>

## B. CEZANIN LEHE OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ

765 sayılı TCK'da cezalar aynı maddede sıralı bir şekilde gösterilmekte ve (TCK 11 md) maddede cezaların birbirine nisbetle ağırlıkları derecesine göre sıralandığı kabul edilmekteydi.<sup>65</sup> Dolayısıyla hangi cezanın daha ağır olduğunu belirlemek için TCK'nın 11. maddesindeki sıralamaya bakmak yeterliydi. 5237 sayılı TCK'nın birinci kitabının üçüncü kısmında yaptırımlar cezalar ve güvenlik tedbirleri şeklinde ikiye ayrılmıştır. 5237 sayılı TCK'da cezalar hapis ve adli para cezası olup, hapis cezaları TCK'nın 46. maddesinde sayılmış, adli para cezası ise TCK'nın 52. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 46. maddesindeki düzenlemede hapis cezalarının ağırlıklarına göre sıralandığı görülmektedir. Kanunumuzdaki düzenleme biçimine göre, hapis cezalarının adli para cezasına göre daha ağır kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir ki, hapis cezasının adli para cezasına göre daha ağır olduğunda kuşku yoktur.

Ertelenmiş hapis cezası ertelenmemiş hapis cezasına, taksitlendirilmiş para cezası taksitlendirilmemiş para cezasına göre lehedir. Ancak lehe cezanın tespiti her zaman bu kadar basit değildir; çeşitli ihtimallerin, cezaların tür ve miktarı dışındaki hususların da dikkate alınması gerekir. Gerçekten ertelenmiş hapis cezasının infaz edilecek para cezasına göre lehe olduğu her zaman söylenemez. Hatta ertelenmemiş olsa da bazen hapis cezası para cezasına göre tercih edilebilir. Zira failin ekonomik olarak yıkımına neden olacak yüksek miktardaki adli para cezasının her zaman ha-

<sup>62</sup> 5271 sayılı CMK'da resen temyize yer verilmemiştir.

<sup>63</sup> Temyiz yasa yolu bakımından aynı görüş için bkz. Erem, CMUK Şerhi, s. 762-763.

<sup>64</sup> İBK. 17.12.1930, 26/32. Şener, s. 919.

<sup>65</sup> İBK. 18.11.1936, 26/35. Şener, s.941-943.

pis cezasına göre lehe olduğunu kabul etmek zordur. Esasında hangi cezanın lehe veya aleyhe olduğu, somut olaya ve kişilere göre değişiklik gösterir. Acaba bu gibi hallerde lehe yasa nasıl belirlenecektir? Lehe yasanın belirlenmesinde sanığın subjektif durumu ve iradesi göz önünde bulundurulacak mıdır?

Öncelikle belirtelim ki, ceza kanunlarının emredici özelliği uyarınca, lehe ceza, sanığın iradesinden bağımsız olarak objektif bir biçimde tespit edilecektir.<sup>66</sup> Bu işlem yapılırken fiile uygulanması mümkün normlar somut olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılmalıdır (5252 Sayılı Kanun 9 md). Bu karşılaştırma yapılırken, kanundaki düzenlemeye göre cezaların birbirlerine oranla ağırlıklarının esas alınması her zaman doğru sonuç doğurmayabilir. Gerçekten 5237 sayılı TCK'na göre adli para cezasının ertelenmesinin mümkün olmaması ve adli para cezasının ödenmemesi halinde hapse dönüştürülmesinin mümkün olması dikkate alındığında bu durum daha iyi anlaşılır. O nedenle, ceza müeyyidesinin dışında kalmakla birlikte onunla sıkı bir bağlantı içinde olan, erteleme, şartlı salıverme, para cezasına veya diğer tedbirlere dönüştürme ve ceza mahkûmiyetinin sonuçlarına ilişkin tüm düzenlemeler somut olaya uygulanarak lehe ceza tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken, hâkim somut olayda kullanması muhtemel takdir yetkisini de nazara almalıdır, takdir yetkisini kullanırken de normlardan birini kayırmamalıdır. Özetlemek gerekirse, önceden kategorik olarak hangi cezanın diğerine göre lehe veya aleyhe olduğunu belirlemek çok zordur. Her somut olayda, hâkim, yukarıda belirtilen kriterlere göre bunu belirleyecektir. O nedenledir ki sorunun çözümünün bir anlamda hâkimin birikimine emanet edildiği söylenmiştir.<sup>67</sup>

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, hem erteleme hem de hapis cezasının para cezasına çevrilmesi kurumlarının kişiselleştirme kurumu olup birbirlerine öncelikleri bulunmadığı ve birinin diğerine göre daha lehe olduğunun ileri sürülemeyeceğini belirttiikten sonra; somut olayda sanığın ekonomik durumunun zayıf olduğu şeklindeki savunmasını da dikkate alarak ertelenmiş hapis cezasını, infaz edilmesi gereken (ertelenmemiş) para cezasına göre daha lehe olarak kabul etmiştir.<sup>68</sup> Somut

<sup>66</sup> Sanığın aleyhte değişirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçip vazgeçemeyeceği, örneğin yukarıda belirtilen kriterlere göre lehe olduğu tespit edilen ceza yerine daha ağır olduğu kabul edilmekle beraber kişisel durumu nedeniyle lehine gördüğü cezayı tercih edip edemeyeceği ayrı bir konudur ve aşağıda, “Sanığın Kuralın Sağladığı Korumadan Vazgeçme Hakkının Bulunup Bulunmadığı” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

<sup>67</sup> Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s.145 vd; Selçuk, s. 30.

<sup>68</sup> «İlk hükümde, sanık hakkında hükmedilen hapis cezası ertelendiği halde, verilen ikinci hükümde ise hapis cezasının adli para cezasına çevrilip taksitlendirildiği, 5237 sayılı TCK'nın 50 ve 51. maddelerinin her ikisinin de kişiselleştirme kurumu ve birbirlerine öncelikleri bulunmamakta ve birinin diğerine göre daha lehe olduğu ilke olarak ileri sürülemeyecek lehe-aleyhe durumun somut olaydaki şartlar dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiğinden ilkesel olarak kazanılmış hak ilkesinin zedelendiğinden söz edilemeyecek ise de, mahkemece lehe temyiz davası üzerine, ilk hükümde ertelenen, ikinci hükümde ise adli para cezasına çevrilip, taksitlendirilen cezada, bu uygulamanın gerekçesi göster-

olay bakımından varılan sonuç doğru olabilir, ancak objektif olarak tayin edilmesi gereken cezanın ve lehe yasanın tayini esnasında sanığın iradesinin esas alınmasını isabetli bulmamaktayız. Bu konudaki zorlukların ve tespit edilen cezanın amacı dışında ortaya çıkabilecek olumsuzların önüne geçilmesi bakımından sanığa aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçme hakkı tanınması bir çözüm yolu olabilir diye düşünmekteyiz.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin aksine, CGK'nın ertelenmiş hapis cezasının infaz edilecek para cezasına göre daha ağır kabul ettiği anlaşılmaktadır. Karara konu olayda sanığın kasten yaralama suçundan TCK'nın 86/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve tayin olunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilmiş ve hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bu hüküm aleyhine kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nce, "*hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, 5237 sayılı TCY'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi*" nedenleriyle yasa yararına bozulmasına, yerel mahkeme kararında hüküm ertelenmiş olduğundan bu hususun kazanılmış hak oluşturduğuna hükmetmiştir. Yargıtay C.Başsavcılığı'nca Özel Daire kararına itiraz edilmesi üzerine, CGK, Özel Dairece verilen hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesine ilişkin hükmü isabetli bulmuştur. Bununla birlikte, yasal olanak bulunmamasına karşın, "*yerel mahkeme kararında erteleme hükmünün uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu*" gerekçeyle hükmolunan adli para cezasının ertelenmesine karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.<sup>69</sup> Böylece CGK'nın ertelenmiş hapis cezasını para cezasına göre daha

*riilmemiş, sanığın ekonomik durumunun zayıf olduğu şeklindeki savunması ve dosyadaki diğer deliller karşısında, yapılan ikinci uygulamanın somut olaydaki şartlar itibariyle aleyhe olduğu anlaşılmakla.. hükmün .. bozulmasına"* (12.CD, 14.03.2012, 2012/847 E, 2012/7184 K).

*"...İlk hükmünde, sanık hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilip, taksitlendirilmesi verilen ikinci hükmünde ise hapis cezasının ertelenmesi, 5237 sayılı TCK'nın 50 ve 51. maddelerinin her ikisinin de kişiselleştirme kurumu ve birbirlerine önceliklerinin bulunmaması ve birinin diğerine göre daha lehe olduğunun ilke olarak ileri sürülemeyecek olması, lehe-aleyhe durumunun ancak somut olaydaki şartlar dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiğinden, mahkemece lehe temyiz davası üzerine, ilk hükmünde adli para cezasına çevrilip, taksitlendirilen cezanın, ikinci hükmünde neden hapisteye bırakılıp, ertelendiğinin gerekçesi gösterilmemiş ise de, sanığın ekonomik durumunun zayıf olduğu şeklindeki savunma ve dosyadaki diğer deliller karşısında, yapılan ikinci uygulamanın kazanılmış hak ilkesini ihlal edici nitelikte bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır."* 12.CD, 2011/12504 E, 2012/7305 K.

<sup>69</sup> "Yerel mahkemenin temyiz edilmeksizin kesinleşen ve hükümlününün 5237 sayılı TCY'nın 86/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu cezasının TCY'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesine ilişkin hükmününün, Özel Dairece "hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, 5237 sayılı TCY'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi" nedenleriyle yasa yararına bozulmasında, hükmün davanın esasını çözen bir mahkûmiyet hükmü olması nedeniyle "aleyhe sonuç doğurmama" kuralı kapsamında kaldığı ve hükümlü aleyhine sonuç doğmaması gerektiği konularında bir duraksama bulunmamaktadır. Daha önce işlediği bir suç nedeniyle verilen ve 21.05.1982 tarihinde kesinleşen 10 aylık erteli hapis cezasının esasen vaki olmaması sayılması nedeniyle herhangi bir sabıkası bulunmayan hükümlü hakkın-

ağır kabul ettiği anlaşılmaktadır. Aksi halde 2.CD'nin, hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi gerekçesiyle yaptığı bozmanın isabetsiz olduğuna hükmetmesi gerekirdi; zira para cezasının ertelenmesi mümkün olmayacaktır. Özetlemek gerekirse, CGK ertelenmiş hapis cezası ile para cezası arasında tercihinin para cezası lehine kullanmıştır. Para cezasının, ertelenmiş de olsa hapis cezasına göre daha lehe kabul edilmesini isabetli bulmakla beraber ulaşılan sonucun isabetli olmadığını düşünmekteyiz.<sup>70</sup>

## V. ALEYHTE DEĞİŞTİRME YASAĞININ UYGULAMA ALANI

### A. GENEL OLARAK

Aleyhte değiştirme yasağı ancak yasal yollara başvuru halinde uygulanma imkânı bulabilir; ceza muhakemesinin bütünü bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir ilke değildir. Yasak, yalnızca mahkûmiyet hükümleri bakımından etkisini gösterir. Beraat ve düşme kararının gerekçesine yönelik olarak yasa yoluna başvurulması halinde, inceleme mercii düşme ve beraat kararının isabetli olmadığını tespit etse dahi sonuçta düşme veya beraat kararı vereceğine göre, bu gibi hallerde hükmün bozulmasının bir yararı olmayacaktır. Yararı olmayan hallerde de hükmün bozulması mümkün değildir.

Hukukumuzda göre, aleyhte değiştirme yasağı yalnızca istinaf ve temyiz yasa yolları bakımından değil, kanun yararına bozma (CMK 309/4-b md) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323/2 md) gibi olağanüstü yasa yolları bakımından da uygulanma yeteneğine sahiptir.

*da yerel mahkemece 5237 sayılı TCY'nın 86/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca hükmedilen 30 günden az hapis cezasının aynı Yasanın 50/3. maddesine göre 1. fıkrada sayılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğuna uyulmaması isabetsiz olup, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin kabulüne karar verilerek hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlardan paraya dönüştürülmesine karar verilmiş olması CYY'nın 309/4-d maddesi uyarınca yerinde bir uygulamadır. Ancak yerel mahkemenin kesinleşen hükmündeki bir hukuka aykırılığı bu şekilde gideren Özel Dairece, "yerel mahkeme kararında erteleme hükmünün uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu" gerekçesiyle, yasal olanak bulunmamasına karşın hükmolunan adli para cezasının ertelenmesine karar verilerek suretiyle yeni bir hukuka aykırılık oluşturulmuştur. Bu uygulama yasa yararına bozma kurumunun amacına uymamaktadır. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire yasa yararına bozma kararından adli para cezasının ertelenmesine ilişkin kısmın çıkarılmasına karar verilmelidir." CGK, 23.11.2010, 2010/2-180 E, 2010/233 K. aynı yönde bkz. CGK, 23.11.2010, 2010/2-181 E, 2010/234 K.*

<sup>70</sup> CGK'nın ulaştığı sonuçlardan hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesinin hukuka uygun olduğuna ilişkin olanı en azından objektif olarak sanık lehinedir. Ancak dönüştürülen para cezasının ertelenmesinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin kısmı ise sanık aleyhinedir. Dolayısıyla sanık lehine yapılan başvuru üzerine hem sanık lehine, hem de aleyhine bir sonuç ortaya çıkmıştır. Kanımızca, sanık lehine kanun yoluna başvuru üzerine, hükümde bir yasaya aykırılık bulunsa da sonuç sanık aleyhine ağırlaştırılmaz; o nedenle CGK'nın hapis cezasının ertelenmesini isabetli bulmayan hükmünün doğru olmadığını düşünmekteyiz.

## B. İTİRAZ YASA YOLU

### 1. Genel Olarak

Kanun yollarına ilişkin genel hükümlerin öngörüldüğü 5271 sayılı CMK'nın Altıncı Kitabı'nın, genel hükümler başlığını taşıyan birinci bölümünde yer alan CMK'nın 265. maddesinde, C.Savcısı tarafından kanun yoluna sanık lehine başvurulduğunda yeniden verilen hükmün önceki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır bir ceza içermeyeceği belirtilmektedir. Kanun yollarına ilişkin genel hüküm niteliğinde bulunan bu hükümde ayırım yapılmadan C.Savcısının lehe "kanun yoluna" başvurmasından söz edilmektedir. İtiraz da bir kanun yolu olduğuna göre, bu hükmün itiraz yasa yolu bakımından da gözetilmesi gerektiği, yani C.Savcısının sanık lehine itiraz yoluna başvurması halinde yeniden verilecek hükmün önceki hükümde yer alan cezadan daha ağır olmayacağı iddia olunabilir. Esasen, aleyhte değiştirme yasağının, yasa yollarının doğası gereği mevcut olduğu, dolayısıyla kanunda düzenlenmese dahi bütün yasa yolları bakımından göz önünde bulundurulması gerektiği de bu savunulabilir.<sup>71</sup> Bu düşünceyledir ki kuralın yasal olarak düzenlenmediği Amerika Birleşik Devletlerinde içtihat yoluyla aleyhte değiştirmeye bazı sınırlamalar getirilmiştir.<sup>72</sup>

Buna karşılık, hukukumuzda temyiz, (CMK 307/4; istinaf (CMK 283 md), kanun yararına bozma (CMK 309/4-b md) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323/2 md) bakımından aleyhte değiştirme yasağı açıkça düzenlendiğine göre, itiraz yasa yolu bakımından kuralın uygulanmasının istenmediği sonucuna ulaşılabılır. Gerçekten, genel nitelikteki bu hükme rağmen, temyiz, istinaf, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi bakımından ayrıca bir düzenleme yapılarak, bu yasa yollarına sanık lehine başvurulmasından sonra verilecek hüküm ile tayin edilecek cezanın önceki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır olamayacağı şeklinde bir düzenleme yapılması ihtiyacı duyulduğuna, itiraz bakımından ise bu yönde bir düzenleme yapılmadığına göre aleyhte değiştirme yasağının itiraz yasa yolu bakımından uygulanamayacağı da savunulabilir. Uygulamada da itiraz yasa yolu bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağı genel olarak kabul edilmektedir.<sup>73</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar da itiraz yasa yoluna tabi olduğuna göre, bu tür kararlar bakımından da aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağı tereddütsüz olarak ileri sürülebilir. Kişisel kanaatimiz, gerek kuralın kabul edilmiş amacı, gerekse de bütün yasa yolları bakımından uygulanma yeteneği bulunan genel nitelikteki TCK'nın 265. maddesi hükümleri dikkate alındığında, aleyhte değiştirme yasağının itiraz yasa yolu bakımından da geçerli olduğu şeklindedir. Her ne kadar CMK'nın 265. maddesinde yalnızca C.Savcısının

<sup>71</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s.96.

<sup>72</sup> Jerold H.Israel/Wayne R.LaFave, Criminal Procedure, Constitutional Limitations, in a Nutshell, Minnesota, United States of America 1993, s. 474-475. Ashman, s.928 vd; Aplin, s.427 vd.

<sup>73</sup> 1.CD, 3.9.2012, 2012/4326 E, 2012/5844 K; 13.CD, 4.7.2012, 2012/10457 E, 2012/15571 K.



lehe yasa yoluna başurmasından söz edilmiş ise de, sanık veya onun lehine yasa yoluna başuru halinde de yasak geçerli olacaktır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların niteliği ve ortaya çıkan çeşitli ihtimaller bu konunun ayrıca tartişılmasını gerektirmektedir.

## **2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Kararlar**

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı bünyesinde iki kararı barındırmaktadır. Bunlardan biri açıklanmaması nedeniyle henüz hukuki varlık kazanmayan, bu niteliği itibariyle de gerek olağan, gerekse olağanüstü kanun yolları denetimine konu olamayan; ancak açıklandığında temyiz yasa yoluna tabi hükümdür ki bu hüküm inceleme alanımızın dışında kalmaktadır. Diğeri ise bu hükümün hukuki varlık kazanmasını belirli bir süre engelleyen; itiraz yasa yoluna tabi hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi sanığın onayına bağlıdır; o nedenle sanığın bu karara itiraz etmesinin mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu karar sanığın en lehine olan bir karar değildir; dolayısıyla hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine rıza gösteren sanığın da bu hükme karşı yasa yollarına başurmasında hukuksal menfaati bulunmaktadır.

Sanık, esas itibariyle iki nedenle hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edebilir. Sanık, ilk olarak hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesine ilişkin koşulların bulunmadığını ileri sürebilir. Örneğin, zararın giderilmediği, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olunduğu, suçun hükümün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında bulunmadığı vb. Görüldüğü üzere bu sebepler sanığın aleyhinedir ve sanığın bu sebeplere dayanarak yasa yoluna başurmakta bir menfaatinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak yargılamaya devam edilmesi halinde sanığın beraat etmesinin ihtimal dâhilinde olduğu ileri sürülerek sanığın hükümün açıklanmasının koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz yoluna başurulabileceği de iddia olunabilir. Kanımızca yasa yoluna başurmadaki menfaat belirlenirken onun uzak etkisinden ziyade başurulan yasa yolu bakımından bir değerlendirmede bulunulmalıdır. O nedenle, hukuksal menfaati olmadığından, sanığın hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz yasa yoluna başuramayacağı görüşünderiz. Kaldı ki hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sanığın kabulüne bağlıdır (CMK 231/6-c md). O nedenle, itiraz mercii bu gibi hallerde sanığın hukuksal menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar vermelidir.

İkinci itiraz nedeni ise esasa ilişkin olabilir; yani sanık beraat etmesi gerektiği, zamanaşımının dolduğu vb. nedenlere dayalı olarak itiraz yoluna başurabilir. Kuşkusuz ki beraat ve düşme kararı sanığın daha lehinedir, dolayısıyla sanığın bu sebeplere dayalı olarak itiraz yoluna başurmasında bir menfaatinin bulunduğu ve bu

sebeplere dayalı olarak itiraz yasa yoluna başvurabileceği savunulabilir. Ancak itiraz mercii yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yasadaki öngörülen koşulların mevcut olup olmadığı noktasında bir inceleme yapabilir; suçun sübut bulup bulmadığı, nitelendirmenin doğru yapıp yapılmadığı veya düşme nedenlerinin mevcut olup olmadığı gibi konularda herhangi bir inceleme yapamaz.<sup>74</sup> Gerçekten bu yetkiler istinaf ve temyiz mahkemesine ait olup CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde itiraz mercii bu şekilde bir yetki verilmemiştir. O nedenle, itiraz mercii bu gibi hallerde sözkonusu itirazı inceleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar vermesi lazımdır. Halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 320. maddesinde, Yargıtay, "*hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder*" şeklinde bir hüküm mevcut ise de bu hüküm temyiz incelemesine ilişkin olup itiraz bakımından uygulanma yeteneği bulunmamaktadır. İtiraz mercii, deyim yerinde ise her nasılsa dosya önüne geldi diğer noktalardan da inceleme yapayım şeklinde bir değerlendirmede bulunamaz; itiraz edilmeyen bir hususta karar veremez. Özetlemek gerekirse, biz, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itiraz bakımından aleyhte değiştirme yasağına ilişkin bir sorunun ortaya çıkmayacağını düşünmekteyiz. C.Savcısı veya katılanın aleyhte itiraz yoluna başvurması halinde ise sanık aleyhine bir hüküm verilebileceği açıktır. Dolayısıyla bu halde de aleyhte değiştirme yasağının uygulanması mümkün değildir.

Ancak Yargıtay, itiraz mercilerinin, sanığın beraat etmesi gerektiği şeklindeki itirazları inceleme yetkilerinin bulunmadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamakta, itiraz üzerine ortaya çıkan aleyhe sonucu da aleyhte değiştirme yasağı kapsamında ele almaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz üzerine aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>75</sup> Bununla birlikte Yargıtay'ın genel uygulaması aksi yöndedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi aşağıya aktarılan Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin kararına da yollamada bulunarak, "*CMUK'nun halen yürürlükte bulunan 326. maddesinin son fıkrasında sanık yararına yapılan temyizlerde kararın bozulması durumunda eskisinden daha ağır ceza verilemeyeceği yönünde bir kural konulmuştur. Bu kural yalnız temyiz yolu incelemesi için konulmuş özel bir hükümdür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yasal düzenlemede böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bu bağlamda CMUK'nun halen yürürlükte bulunan 326/son maddesinin örneksene yoluyla bu hükümlerde uygulanması olanağı*" olmadığına hükmetmiştir.<sup>76</sup>

Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin kararına konu olan bir olayda; sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, sanık müdafisi, sanığın

<sup>74</sup> CGK, 03.02.2009, 2008/11-250 E, 2009/13 K.

<sup>75</sup> 3.CD, 21.6.2011, 2011/6962 E, 2011/8790 K.

<sup>76</sup> 1.CD, 3.9.2012, 2012/4326 E, 2012/5844 K.

beraat etmesi gerektiği gerekęesiyle karara itiraz etmiştir. İtiraz mercii, mağdurun zararının giderilmemesi nedeniyle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Kesinleşen bu karara karşı; “İzmir 4. Çocuk Mahkemesince sanıklar hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara sanık müdafileri tarafından, sanıkların beraat etmesi gerektiği yönünde itiraz da bulunulduğu, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yönelik bir itirazın bulunmadığı, mercii İzmir 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin sadece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesinin şartlarının olup olmadığını, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını inceleyebileceği, şartların varlığı hâlinde sanıklar lehine olan durumun sanıklar aleyhine olacak şekilde kaldırılıp, yeniden duruşma yapılarak hükmün açıklanmasına karar verilmesi yönünde karar verilemeyeceği gözetilmeden, itirazın reddi yerine yazılı gerekęeyle kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediği” gerekęesiyle kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 5271 sayılı CYY’nın 309. maddesindeki aleyhe bozma yasağının sadece davanın esasını czmleyen hükümlerle sınırlı olduğu, zararın giderilmesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarından bulunduğu gerekęesiyle kanun yararına bozma istemini yerinde görmemiştir.<sup>77</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu yeni vermiş olduğu bir kararda<sup>78</sup>, CMK’nın 271/2 maddesinde yer alan, “itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” şeklindeki düzenlemeden ne anlaşılması gerektiğine bir açıklık kazandırmaya clışmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre, itiraz mercii, suç vasfına yönelik aleyhe başvuru “zerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı

<sup>77</sup> 13.CD, 4.7.2012, 2012/10457 E, 2012/15571 K.

<sup>78</sup> CGK, 22.01.2013, 2012/10-534 E, 2013/15 K. Karara konu olayda, uyuşturucu madde ticareti suçundan sanık (B.T) hakkında yapılan yargılama sonucunda eylemin uyuşturucu madde kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilerek 5237 sayılı TCK’nun 191/1. maddesi gereğince 1 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, aynı maddenin 2-5. fıkraları gereğince tedavisine ve tedaviden sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmiş ve bu karar sanık müdafisi tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz zerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesi, “dosya kapsamına göre; olay günü, saat 22.50 sıralarında, sanığın görevlileri görünce avucunun içinde bir şeyler saklamaya clıştığı, avucunun içine bakıldığında toplam 22 adet amfetamin etken maddesi içeren hap olduğunun belirlendiği, motosikletinde yapılan aramada da 5,9 gr esrar içeren 8,43 gr kaba esrarın ele geçirildiği anlaşılmakta olup; oluşa ve ele geçirilen hapların sayısına ve ayrıca esrar ele geçirilmesine göre, sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı biçimde hüküm kurulması”nı isabetsiz görerek, ceza miktarı bakımından kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla bozulmasına karar verilmiştir (10. CD, 29.03.2010, 2009/2693 E, 2010/7071 K). Yerel mahkeme, sanığın uyuşturucu sattığı ya da başkalarına verdiğine dair delillerin bulunmadığı gerekęesiyle direnme kararı vererek sanık hakkında bu defa TCK’nın 191/2-3-4. maddeleri uyarınca tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar vermiştir. Bu hüküm ise o yer C.Savcısı tarafından eylemin uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturduğu gerekęesiyle temyiz edilmiştir. CGK öncelikle verilen kararın temyiz değil, itiraz yasa yoluna tabi olduğuna hükmetmiştir. Daha sonra ise itiraz merciiinin yapacağı incelemenin kapsamını belirlemeye clışmıştır.

sanık müdafine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da” verilen hükmün isabetli olup olmadığına karar vermelidir. Karara konu olayda C.savcısı tarafından aleyhe itiraz yoluna başvurulması nedeniyle CGK aleyhte değiştirme yasağına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ancak sözkonusu karardan, lehe başvuru üzerine de itiraz merciinin hem maddi olay hem de hukuki yönden inceleme yapılacağı anlaşılmalı ve itiraz merciinin suçun yanlış olarak nitelendirildiği sonucuna ulaştığında hükmün isabetli olmadığına karar vermesi gerektiği, bu kararın sanık lehine olabileceği gibi aleyhine de olabileceği sonucu çıkmaktadır. Hem maddi olay, hem de hukuksal yönden inceleme yapan ve gerektiğinde suçun niteliğinin yanlış belirlendiğine karar verebilen itiraz merciinin adeta bir istinaf yetkisi kullandığı dikkate alındığında, CMK’nın 265. maddesi hükümlerine dayanılmasa bile CMK’nın 283. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanarak aleyhte değiştirme yasağının bu yasa yolu bakımından uygulanması lazımdır. Kaldı ki, CMK’nın 265. maddesi bütün yasa yollarına ilişkin bir hüküm olduğundan itiraz yasa yolu bakımından da uygulanma yeteneğine sahiptir.

Sanığın denetim süresi içinde bir suç işlemesi veya öngörülen yükümlülüklerle uymaması halinde mahkeme hükmü açıklayacaktır. Açıklanan hükümdeki ceza, önceden tayin edilen ve açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezadan fazla olamaz. Bu durum, CMK’nın 231/11. maddesi hükümlerinin bir sonucu olup, aleyhte değiştirme yasağı ile ilgili değildir.<sup>79</sup>

### C. UYARLAMA YARGILAMASI

Uyarlama yargılaması da denilen yargılama türünde, yeni yasanın daha önce kesinleşmiş hükmüyle sabit kabul edilen ve niteliği tespit edilen fiil bakımından daha lehe hükümler taşıyıp taşımadığı belirlenmeye çalışılır. Yeni yasanın lehe hükümler taşıdığı tespit edildiğinde eski hüküm kaldırılarak yeni yasaya göre yeni bir hüküm verilir; aksi halde eski hüküm infaz edilir. Uyarlama yargılaması, infaz aşamasında yapılarak kural olarak hangi cezanın lehe olduğu ve infaz edilmesi gerektiğini tespit etmeyi amaçlayan bir yargılamadır. Ancak infaz rejimine, cezanın ne şekilde infaz

<sup>79</sup> Yargıtay 13. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararda, açıklanan hükümdeki cezanın fazla olamayacağını aleyhte değiştirme yasağına dayandırmıştır: “12.07.2006 günlü kararda işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan hüküm kurulurken 5237 sayılı TCK’nın 119/1-c maddesinin uygulanmaması sonucu eksik cezaya hükmedilmesi ve kararın kesinleşmesi karşısında, tayin edilen ceza miktarı itibarıyla kazanılmış hak oluştuğu, bu nedenle dosyanın suça sürüklenen çocuğun denetim süresi içinde yeni bir suç işlemesinden sonra ele alınıp yapılacak yargılamada verilen cezanın önceki hükmün açıklanmasından geriye bırakılmasına dair hükmünde tayin edilen cezadan ağır olamayacağı ve koşullarının varlığı halinde cezanın ertelenmesine de engel bir durum bulunmadığı gözetilmeden, yanlış değerlendirme sonucu 06.10.2004 günlü hükmün, ceza miktarı itibarıyla suça sürüklenen çocuğun aleyhine sonuç doğurduğu halde aksinin kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi suretiyle 1412 sayılı CMUK’un 326. maddesine aykırı davranılması”, 13. CD, 25.09.2012, 2011/34127 E, 2012/19697 K.

edilmesi gerektiğini belirlemeye yönelik değildir. Uyarlama yargılamasında, kural olarak kesinleşmiş, varlığı sabit kabul edilmiş eylemin yeni yasa karşısındaki durumu, bu fiile yeni yasanın daha lehe hükümler öngörüp öngörmediği belirlenmeye çalışılır. Yargıtay, bu yargılamanın sonraki yasanın lehe hükümlerinin saptanması ve uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile sınırlı ve kendine özgü bir yargılama olduğunu, o nedenle lehe yasanın tespiti amacıyla yapılan yargılamada, önceki karar dışına çıkılmayarak, kesinleşen hükümdeki suça uygulanması olanağı bulunan yasa hükümlerinin tamamının uygulanması ve bulunacak cezaların karşılaştırılıp lehe yasanın saptanması ile yetinilmesi gerektiğini belirterek, gerek 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesine, gerekse 5275 sayılı Yasa'nın 98. maddesine göre yapılmış olsun, "uyarlama kararı"nın infaza ilişkin bir karar niteliğinde olduğuna, infaza ilişkin kararlar bakımından ise aleyhte değiştirme yasağının geçerli olmadığına hükmetmektedir.<sup>80</sup>

Belirtelim ki Yargıtay'ın ulaştığı bu sonucu CMK'nın 307/4 ve halen yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'nun 326/son maddesi hükümlerine dayandırmak mümkün değildir; her iki maddede de uyarlama yargılaması bakımından aleyhte değiştirme yasağını dışlayıcı bir ifade yer almamaktadır.<sup>81</sup> Kaldı ki bazen yeni yasa

<sup>80</sup> CGK, 2010/11-1 E, 2010/72 K.

<sup>81</sup> Yüksek Mahkemenin, uyarlama yargılamasında aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağına ilişkin kararına karşı ileri sürülen şu itirazlara tatmin edici bir cevap verilebilmiş değildir. Karşı oy: "Uyarlama yargılamasında verilen kararlar, temyize tabi kararlardır. Farklı bir yargılama yöntemi kabul edilmediğine göre, hükümlü örneksene yoluyla sanık gibi yargılanacaktır. Bu durumda sanığa tanınmış tüm haklardan yararlanması doğaldır. Temyiz kanun yoluna başvurulmasını benimsedikten sonra "aleyhe bozmama" ilkesinin uygulanmamasının hiçbir haklı nedeni olamaz. Aleyhe temyiz edilmeyen bir hüküm temyiz edilmeden önce neyse öyle kalmalıdır.

*Karşıtını düşündüğümüz zaman şu soruların yanıtını bulmak zorundayız:*

1) 1412 sayılı CMUK'nun temyize ilişkin 305-326. maddeleri istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar yürürlükte dir. 326. madde aleyhe bozma yasağını düzenlemektedir. Sanıklar bakımından uygulandığı gibi hükümlü hakkında da temyize ilişkin diğer tüm maddeler uygulanacaktır. Buna karşın, aynı bölümde yer alan 326. maddenin son fıkrası uygulanmayacaktır. Neden ve hangi ölçüye göre?

2) 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi yürürlükte dir. Bu maddenin 4. fıkrası, savunma hakkını çiğneyen usul yanlışlıklarını içeren hükmün bozulmasını ve bozmadan önceki cezanın aşılması koşuluyla yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, bu madde esasa ilişkin kararlarda aleyhe bozma yasağını öngörmektedir. O halde, burada şöyle düşünülebilir; hükmün aleyhe bozulma olasılığına karşı kararın kesinleşmesini sağladıktan sonra, yanlış olduğu sanılan hususlarda 'kanun yararına bozma' yoluna başvurmak daha garantilidir.

*Duruşma açılmadı diye temyiz eden hükümlüye, sen temyiz ettin ama ceza daha ağır olacak diyeceğiz, diğer yandan, kanun yararına bozma yöntemine başvuran aynı koşullardaki hükümlüye, yanlış olmuş kararını bozacağız, daha ağır cezayı hak etmiştin, ne var ki cezan eskisi gibi kalacak diyeceğiz. Burada kabahat kimin, temyiz başvurusunu yapana bunu açıklamak zor olsa gerek.*

3) Cumhuriyet savcısının ve katılanın temyiz hakkı var kabul ediliyor. Peki onlara şöyle mi diyeceğiz? "Sizin temyiz hakkınız var, ama aleyhe olmaz, çünkü aleyhe bozma yasağını kabul etmiyoruz, buna gerek yok, ama isterseniz lehe temyiz edebilirsiniz". Bu durum temyiz kurumunun içeriğiyle bağdaşır mı?

4) Aleyhe bozma yasağının kabul görmemesinin nedeni olarak, "suçluların etkin bir şekilde cezalandı-

eskiden suç sayılan bazı fiilleri suç olmaktan çıkarabilir, unsurlarını veya nitelikli hallerini değiştirebilir. Örneğin, 5237 sayılı TCK'da kavgada ölene el uzatmak suçuna yer verilmemiştir. Bu durumda kesinleşen hükümdeki fiilin yeni Kanun'a göre suç teşkil edip etmediği veya hangi suçu oluşturduğunun tespiti gereklidir. Fiilin niteliksiz kasten yaralama suçunu oluşturduğunun tespiti halinde bu suçtan hüküm kurulacaktır; bu suç şikâyete tabi olup ölenin ölmeden önce şikâyetinin mevcut olmaması halinde ise düşme kararı verilecektir. Yine 5237 sayılı TCK'da kavgada silah boşaltmak suçuna yer verilmemiştir. O nedenle uyarılama yargılaması sırasında sabit olduğu kabul edilen fiilin başka bir suçu oluşturup oluşturmadığı belirlenmeye çalışılacak, eylemin yeni Yasa'da kabul edilen suç tiplerini ihlal etmediğinin anlaşılması halinde beraat kararı verilecektir. Keza her ne kadar 765 sayılı Yasa'da düzenlenen kastın aşılması suretiyle adam öldürme fiilinin yeni yasadaki neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunu oluşturduğu, Yüksek Mahkememizin ifadesiyle karşılığının 5237 sayılı TCK'nın 87/4 maddesindeki suç olduğu kabul edilmekte ise de bu görüşte isabet yoktur. Zira 5237 sayılı TCK'nın 452. maddesinde objektif sorumluluk sözkonusu idi, oysa TCK'nın 87/4 ve bu maddenin yollamada bulunduğu aynı TCK'nın 23. maddesine göre meydana gelen ağır sonuç bakımından sanığın en azından taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması lazımdır. Aksi halde sanık yalnızca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilir. Buna göre uyarılama yargılaması yapan mahkeme kesinleşen hükme konu olayda failin meydana gelen ağır netice bakımından en azından taksir seviyesinde bir kusurunun bulunup bulunmadığını araştırarak, failin taksirinin bulunmadığı sonucuna ulaştığında faili yalnızca kasten gerçekleştirmiş olduğu yaralama suçundan sorumlu tutabilecektir. Ayrıca 765 sayılı TCK'na göre basit yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi halinde 452. maddenin uygulanması mümkün iken, 5237 sayılı TCK'nın 87/4 maddesinin uygulanması için yaralamanın 86/1 maddesindeki düzeyde olması lazımdır. Yaralamanın 86/1 kapsamında olup olmadığı araştırılacak, olmadığının anlaşılması halinde sanığın kusurluluk durumuna göre kasten yaralama (TCK 86/2), taksirle veya bilinçli taksirle adam öldürme seçenekleri değerlendirilerek bir hükme varılması gerekecektir. Görüldüğü üzere, bu araştırma ve değerlendirmeler Yüksek Mahkememizin kabulünün aksine esasa;<sup>82</sup> bir suçun mevcut olup olmadığı, mevcut ise niteliğinin ne olduğuna ilişkindir. O nedenle en azından bu gibi hallerde aleyhte değiştirme yasağının geçerli olması lazımdır.<sup>83</sup>

*rilmasının gerekmesi ve bozulan toplum barışının yeniden sağlanmak istenmesi gösterilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, bizzat yargı eliyle hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucu hukuk düzenimize karşı oluşan güvensizlik, daha ağır sonuçlar doğuracaktır.*

*Sonuç olarak, 'uyarılama yargılaması'nda verilen kararlar, infaz hükmü değildir. Bu kararlara karşı temyiz yasa yolu açıktır. 1412 sayılı CMUK'nun 326/son maddesinde yer alan aleyhe bozma yasağı bu kararlar için de geçerlidir."* CGK, 20.06.2006, 2006/10-124 E, 2006/165 K. (Salih Zeki İskender)

<sup>82</sup> CGK, 20.6.2006, 124/165.

<sup>83</sup> Nitekim, Feyzioğlu'da, "hukuki sorunun yanı sıra maddi sorununun da ele alındığı uyarılama yargılamalarında CMK md. 326/4'ün kıyasen uygulanabileceği, buna karşın yalnızca hukuki sorunun

## VI. SANIĞIN, KURALIN SAĞLADIĞI KORUMADAN VAZGEÇME HAKKININ BULUNUP BULUNMADIĞI

Yukarıda, ceza kanunlarının emredici özelliği uyarınca lehe cezanın sanığın iradesinden bağımsız olarak objektif bir biçimde tespit edilmesi gerektiğini belirttik. Lehe ceza belirlenirken de yalnızca cezaların kanundaki düzenlemeye göre birbirine oranla ağırlıklarına göre değil, fiile uygulanması mümkün bütün normların somut olaya uygulanarak ve çeşitli ihtimallere göre bir değerlendirme yapılarak sanığın lehine olan cezanın tespit edilmesi gerektiğini ifade ettik. Buna rağmen, mahkemece lehe olduğu kabul edilen ceza somut olayda sanık tarafından lehe görülmeyebilir. Gerçekten, bazı hallerde objektif olarak aleyhte görülen bir durum sanığın sübjektif durumu bakımından lehe olabilir ve bu nedenle bazı hallerde sanık aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan yararlanmak istemeyebilir. Örneğin, sanık ertelenmiş hapis cezasını para cezasına göre daha lehe görebilir ki, bu anlaşılabilir bir durumdur.

Acaba bu gibi hallerde sanık aleyhte değiştirme yasağının sağlamış olduğu korumadan vazgeçebilir mi? Örneğin, sanık aleyhte değiştirme yasağının yargılandığı somut davada uygulanmamasını talep ettiğinde, bu yöndeki talebi kabul edilebilir mi? Hukukumuz bakımından üzerinde tartışma yapılmayan bu konuda karşılaştırmalı hukukta iki görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bazı hallerde sanığa bu kuralın sağlamış olduğu haklardan vazgeçme hakkı verilmelidir. Yasağın ceza muhakemesinde sanığın korunması amacıyla kabul edildiği noktasından hareket eden bu görüş taraftarlarına göre, sanık bu ilkenin sağladığı haktan vazgeçebilir.<sup>84</sup> Buna karşılık, devletin kovuşturma yetkisinin sanığın kişisel isteklerinden bağımsız olarak yerine getirilmesi gerektiği, o nedenle devletin cezanın türü ve miktarı bakımından sanıkla bir pazarlığa girişmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, sanık, yasa ile düzenlenen aleyhte değiştirme yasağına ilişkin hükümlerin uygulanması noktasında bir hakka sahip değildir. Yasak, cezanın türü ve miktarı bakımından devlete bazı sınırlar koymakta olup, bu sınırların sanığın kişisel tercihlerine göre değiştirilmesi olanağı yoktur. Hukuksal güvenlik ve öngörülebilirlik gereği de bunu gerektirir. Eğer sanığın vazgeçme hakkı kabul edilirse o zaman bunun sınırlarının da belirlenmesi gerekir.<sup>85</sup>

Aleyhte değiştirme yasağı sanık lehine kabul edildiğine göre, sanığın bu haktan vazgeçebileceği ve hâkimin buna göre işlem yapması gerektiği düşünülebilirse

çözümlediği uyarlama yargılamalarında, anılan maddenin hükümlüler açısından kıyasen uygulanmayabileceği kabul edilebilir” demektedir. Metin Feyzioğlu'nun Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na sunmuş olduğu bilimsel görüş için bkz. CGK. 20.06.2006, 2006/10-124 E, 2006/165 K.

<sup>84</sup> Herke/Toth, Overview of Prohibition of Reformatio in Peius in The Hungarian Criminal Procedure, Lex et Scientia, Volume.1, No: XVIII, Bukarest 2011, s. 20. [http://lexetscientia.univnt.ro/download/379\\_377\\_lesij\\_js\\_XVIII\\_1\\_2011\\_art\\_002.pdf](http://lexetscientia.univnt.ro/download/379_377_lesij_js_XVIII_1_2011_art_002.pdf). (Erişim Tarihi:28.3.2013).

<sup>85</sup> Herke/Toth, Overview of Prohibition of Reformatio in Peius, s. 20-21

de, ceza davası hukuk davasından farklı olup, ceza kanunlarının emredici özelliği uyarınca bu alanda da sanığın iradesine değer tanınmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Bazen hukuka aykırı bir uygulama sonucu hem lehe hem de aleyhe bir sonuç ortaya çıkabilir. Örneğin, seçenekli ceza öngörülen hallerde hapis cezası tercih edilmiş ise bu cezanın artık para cezasına dönüştürülmesi mümkün değildir. Seçenekli cezalardan hapis cezasının tercih edilip, bu cezanın adli para cezasına dönüştürülmesi ve dönüştürülen adli para cezasının da temyiz sınırının altında kalması halinde durum böyledir.<sup>86</sup> Zira hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi lehe olmasına rağmen, sanığın temyiz hakkını yitirmesi aleyhine bir durumdur. Daha lehe bir ceza tayin edilmesine rağmen, sanık hükmün hukuka aykırı olduğu düşüncesinde ise bu hüküm sanığı tatmin etmeyecektir. Hâkimin yaptığı yanlış bir uygulama nedeniyle sanığın hukuka aykırı bir karara katlanmasını savunmak güçtür. Kaldı ki yasa yoluna başvurma hakkı Anayasa'da teminat alınan Anayasal bir haktır. (Ay 36; 40 md).<sup>87</sup> Yasa yoluna başvurma hakkı, AİHS'ye Ek 7 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde de bir insan hakkı olarak kabul edilmiş olup, hakimın yapmış olduğu bir hata sebebiyle sanığın bu Anayasal hakkından mahrum edilmesi kabul edilemez.

Burada sorunun çözümü için iki görüş ileri sürülebilir:

1) Sanığın yasa yoluna başvurma hakkına sahip olduğu, ancak bu yola başvurduğunda aleyhte değiştirme yasağının sağlamış olduğu korumadan vazgeçmiş olacağı savunulabilir. Gerçekten, sanığın hem daha az ceza almasını sonuçlayan yasaktan istifade etmesi ve hem de ceza miktarına rağmen yasa yoluna başvuru hakkının kabul edilmesinin kuralın aşırı bir uygulaması olduğu ileri sürülebilir.

2) Aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçilmeden sanığın yasa yoluna başvurma hakkının kabul edilmesi gerektiği iddia olunabilir. Kişisel kanımız, aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçilmesine gerek bulunmadan sanığın Anayasal bir hak olan yasa yollarına başvurma hakkına sahip olması gerektiği şeklindedir. Yüksek Mahkememiz, bu gibi hallerde sanık aleyhine yasa yoluna başvurulmasını kabul etmesine rağmen, sanığın yasa yoluna başvurma hakkını kabul etmemektedir.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesince CMUK'nun 305. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 2.000 TL ve altındaki para cezalarının kesin olduğuna ilişkin hükmünün iptalinden önce (Ay.Mah. 23.07.2009 T. 2006/65 E. 2009/114 K. Yürürlük tarihi 07.10.2010) hapis cezasından çevrilmiş olsa bile para cezalarının 2.000 TL ve altında olması halinde temyizi mümkün değildi. 14.4.2011 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girip 6217 sayılı yasa ile 5320 sayılı Yasa'ya eklenen 2. maddesinin yürürlüğe girdiği 6217 sayılı Yasa'dan önce hapis cezasından dönüştürülen para cezasının 2.000 TL ve altında olması halinde temyizi mümkün değildi.

<sup>87</sup> AİHS'ye Ek 7 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde de, bir ceza mahkemesince hakkında hükümlülük kararı verilen sanığın bir üst mahkemeye başvurarak hükmü incelemek hakkı olduğu belirtilmektedir.

<sup>88</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu olan bir olayda, Ankara 23. Asliye Ceza



## VII. ALEYHTE DEĞİŞTİRME YASAĞININ KAPSAMI

### A. GENEL OLARAK

Aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanığın aleyhine değiştirilemeyecek olan hususlar yalnızca “ceza” mıdır? Yoksa “ceza” dışında sanığın çeşitli hak ve özgürlüklerini sınırlandıran ve dolayısıyla kabul edilmeleri veya miktar/süre itibarıyla artmaları halinde sanığın aleyhine sonuç doğurana diğer yaptırımlar da bu kural kapsamına dâhil midir? Bu sorulara cevap bulmak ve dolayısıyla aleyhte değiştirme yasağının kapsamının ne olduğunu tespit etmek büyük öneme sahiptir.

Bu sorulara sağlıklı bir cevap verilebilmesi için ilkenin kabul edilme amacından yola çıkılmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere kanımızca aleyhte değiştirme yasağının amacı, sanık veya sanık lehine yasa yoluna başvuran kişilerin sanığın aleyhine bir sonuç ile karşılaşacakları korkusunu yaşamaksızın yasa yollarına başvurmalarını temin etmektir. Bu açıdan bakıldığında yalnız ceza değil, bu korkuya neden olabilecek

Mahkemesi'nin 14.06.2006 tarih ve 197-547 Esas ve Karar sayılı kararıyla sanığın hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nin 142/1-f ve 168/1. maddeleri uyarınca 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCY'nin 50/1. maddesi gereğince sanık hakkındaki kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine, TCY'nin 52. maddesi gereğince adli para cezasının 10 tam gün olarak belirlenmesine, adli para cezasının bir günlüğü takdiren 20 YTL'den paraya çevrilerek sanığın sonuç olarak 200 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve bu karar sanık müdafisi tarafından temyiz edilmiştir. Dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 26.12.2008 tarihinde verdiği 2008/19174 E, 2009/23181 K sayılı kararda, “ sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 142/1-f ve 168/1. maddeleri uyarınca hükümlenen 8 ay hapis cezasının aynı kanunun 50/1-a ve 52/2. maddeleri gereğince 20,00 YTL den adli para cezasına çevrilmesi gerekirken, 8 ay hapis cezasının 10 tam gün adli para cezası olarak belirlenip daha sonra 20,00 YTL den hesaplanarak yasal düzenlemelere açıkça aykırı olarak kurulduğu anlaşılan hükmün bu nedenle temyiz edilebilir bulunduğu”nu kabul ederek, yukarıda sözü edilen hukuka aykırılıklar nedeniyle CMUK'nun 326/son maddesi uyarınca aleyhte bozma yasağı gözetilerek hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu karara itiraz etmesi üzerine CGK, “ 5237 sayılı Yasanın 142/1-f, 168/1 ve 50. maddeleri uyarınca hükmedilen 200 YTL. adli para cezası, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddesi uyarınca kesin olup, hükmün temyiz yeteneği bulunmamaktadır. Hükümde açık hukuka aykırılıkların bulunması da, kesin nitelikteki bir hükme temyiz edilebilirlik vasfı kazandırmaz, Yargıtay'ca denetim olanağı bulunmayan bir hükmün hukuka aykırılıklar taşıdığı gerekçesiyle temyizen incelenmesi olanaksızdır. Zira, 1412 sayılı CYUY'nun 315. maddesi uyarınca temyiz istemi üzerine, hükmü veren mahkemece öncelikle, hükmün temyizinin olanaklı bulunup, bulunmadığı, süresinde açılmış bir temyiz davası olup, olmadığı, istemde bulunanların, buna hak ve yetkileri bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, bu koşulların birinin eksik olduğunun saptanması halinde öncelikle temyiz isteminin reddine karar” verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. (CGK, 10.03.2009, 2009/2-43 E, 2009/56 K) Buna karşılık benzer bir olayda Yargıtay 2. Ceza Dairesi, aleyhte temyiz üzerine hükmün incelenebileceğine hükmetmiştir. Özel Daire Kararına göre, “ 5237 sayılı TCK'nun 86/2.maddesinde hapis ve adli para cezalarının seçene olarak öngörülmesi karşısında, seçene yaptırımlardan hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilmeyeceğini düzenleyen TCK'nun 50/2.maddesine aykırı olarak sanık Ahmet Ergül hakkında hükümlenen hapis cezasının 1.500.00 TL adli para cezasına çevrilmesi, O Yer C.Savcısının aleyhte temyizi nedeniyle, hükmün temyiz kabiliyetini ortadan” kaldırır (2. CD, 27.05.2009, 2008/23968E, 2009/25622 K). Bu karar aleyhine Ceza Genel Kuruluna itiraz yoluna gidilmemiştir.

diğer yaptırımlar bakımından da aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılır. Bazı ülkelerde de aleyhte değiştirme yasağının ceza ve cezanın sonuçlarını kapsadığı hususunda açık yasal düzenlemeler yapılmıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 331/1 maddesinde, sanık, sanığın yasal temsilcisi veya savcı tarafından sanık lehine temyiz yoluna başvurulduğunda fiilin hukuksal yaptırımının tür ve miktar itibarıyla sanık lehine değiştirilemeyeceği belirtilmektedir.<sup>89</sup> Yaptırım kapsamına ceza girdiği gibi, güvenlik tedbirleri, ceza mahkûmiyetinin sonuçları da girmektedir. Alman hukukunda, ceza, ceza mahkûmiyetinin sonuçları, güvenlik tedbirleri ve müsadere gibi fiile bağlı tüm hukuksal sonuçlar kural kapsamında kabul edilmektedir.<sup>90</sup> Ancak Yasa'nın açık hükmü gereğince, sanığın bir psikiyatri kliniğine veya tedavi kurumuna yerleştirilmesi kuralın kapsamı dışındadır (Alman CMK 373/2 md). Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, sanık lehine yapılan temyizde, sanığın durumunun kötüleştirilemeyeceği belirtilmektedir. (Fransız CMK 515/1 md) Görüldüğü üzere Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kötüleştirilemeyecek olan yalnız "ceza" değil, sanığın "durumu"dur. Buna göre, gerek ceza gerekse de ceza mahkûmiyetinin sonuçları bakımından, sanık ilk hükümdeki durumdan daha elverişsiz bir duruma sokulamayacaktır.<sup>91</sup> Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanununda da mağdur veya C.Savcısı tarafından aleyhe temyiz edilmesi halinde sanığın durumunun kötüleştirilebileceği belirtilerek, kuralın konusunun yalnız ceza değil, sanığın "durumu" olduğu vurgulanmıştır<sup>92</sup> (Rusya Federasyonu CMK 369/2 md). İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde, hâkimin tür ve miktar itibarıyla daha ağır bir ceza ya da güvenlik tedbiri tayin edemeyeceği belirtilerek güvenlik tedbirleri bakımından da aleyhte değiştirme yasağı açık bir şekilde kabul edilmiştir. Ayrıca, aleyhe temyiz bulunmadıkça ilk hükümde belirlenen yükümlülük ve türleri ile sürelerinin ağırlaştırılması mümkün değildir.<sup>93</sup>

Kuralın düzenlendiği 5271 sayılı CMK'da yalnızca "ceza"dan söz edilmiş ve "*hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hü-*

<sup>89</sup> Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm> (Erişim Tarihi: 12.4.2012).

<sup>90</sup> Keskin, s. 411.

<sup>91</sup> Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 12.4.2012).

<sup>92</sup> Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 12.4.2012). Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da ise, savcı tarafından sanık lehine temyiz yoluna başvurulduğunda, hükümde sanık aleyhine herhangi bir değişiklik yapılamayacağı belirtilmektedir. (Norveç CMK 351 md).<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi:28.5.2012).

<sup>93</sup> İtalyan kanun koyucusu daha da ileri giderek aleyhte değiştirme yasağı uyarınca, sanık daha önce beraat etmiş ise sanığın daha az lehe bir nedenle beraatine karar verilemeyeceğini hüküm altına almıştır (İtalyan CMK 597 md).

*kümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*” denilmiştir. Mülga 1412 sayılı CMUK’da da benzer bir hüküm yer almıştır. Acaba aleyhte değiştirilemeyecek olan yalnızca “ ceza” mıdır? Yoksa cezanın türü, cezaya bağlı hukuksal sonuçlar da bu kapsamda mıdır? Bir görüşe göre, aleyhte değiştirme yasağının bir istisna olduğu ve üst mahkemenin görevini bir bakıma sınırladığı nazara alınarak bu hükmün dar yorumlanması gereklidir.<sup>94</sup> Buna karşılık, hükmün kabul edilmiş amacına uygun olarak yorumlanması ve yalnızca ceza değil, cezanın hukuksal sonuçları ve güvenlik tedbirleri bakımından da aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür.<sup>95</sup> Yüksek Mahkememiz nispeten eski tarihli kararlarında kuralı daha geniş yorumlamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bazı kararlarda, hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>96</sup> Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da aleyhte değiştirme yasağının “ceza ve cezai neticeleri” kapsadığı belirtilmiştir.<sup>97</sup> CGK yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda yukarıda zikredilen bazı kararlara da yollamada bulunarak “*ilk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiği*” ne hükmetmiştir.<sup>98</sup>

Aleyhte değiştirmeme yasağının kabul edilmesinin gerekçesi, sanığın daha ağır bir ceza ile karşılaşma korkusu taşımadan temyiz yasa yoluna başvurmamasını sağlamak olduğuna göre, bozma kararından sonraki sanığın durumunun yasa yoluna başvurmadan önceki durumundan daha kötü olmaması gerektiği sonucuna ulaşılır. Bu noktadan hareket edildiğinde yalnız ceza değil, cezanın sonuçları; iyileştirici ve tedavi edici nitelikteki hariç, güvenlik tedbirleri bakımından da sanığın aleyhine bir durum yaratılmayacağını kabul etmek gerekir.

Aleyhte değiştirme yasağı uyarınca hakkında daha ağır ceza uygulanamayan sanığın, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez avantajlı

<sup>94</sup> Erem, CMUK Şerhi, s.756-757, 759.

<sup>95</sup> Selçuk, s. 21.

<sup>96</sup> CGK. 19.6.1967, 114/162; 13.4.1964,154/167; 22.2.1982, 376/99. Yüksek Mahkememiz bazı kararlarında daha da ileri giderek önceki hükümdeki uygulamaların da yasak kapsamında olduğuna hükmetmiştir. “...Yeniden verilen hükmün önceki hükümle belli edilen cezadan daha ağır olamayacağı kabul edildiğine göre ‘hüküm’ sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden dahi düşünerek geniş anlamak gerekir. Hüküm sözünün bu bakımdan kanun maddelerini ve fıkralarını da içine alacağından şüphe yoktur. Nitekim ilk hükümde TCK.nun 457/1. maddesi uygulanmamış iken birinci bozmadan sonraki hükümde bu maddeyle yer verilmiştir.... ikinci hükümde 457/1 madde uygulanmasaydı sanık daha az ceza görecektir. Kendisi için kazanılmış nitelikteki bu hakka dokunulması CMUK.nun 326. maddenin amacına uygun düşmemektedir.” (CGK, 15.3.1971, 4-69/84; Savaş/Vural, Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1995, s.1900. Aynı yönde CGK, 4.2.1985, 8/171-51; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 1877.

<sup>97</sup> Ask. Yar. İBK, 15.1.1969, 1/2. Çağlayan, s.277-280

<sup>98</sup> CGK,07.10.2008, 2008/1-198 E, 2008/211 K.

bir uygulamadan yararlandırılması mümkün değildir.<sup>99</sup> Örneğin, eylemi adam öldürmeye teşebbüs suçu olarak nitelendirilip hakkında çok daha ağır bir ceza uygulanması gereken küçük sanığa aleyhte değiştirme yasağı uyarınca kısa süreli bir hapis cezası, mesela 6 ay hapis cezası verildiğinde, bu cezanın TCK'nın 50. maddesi uyarınca zorunlu olarak tedbire dönüştürülmesi gerektiği ileri sürülemez. Ancak yalnızca sanık tarafından aleyhine yasa yoluna başvurulana hükümde sanığa verilen hapis cezası para cezasına veya diğer tedbirlere dönüştürülmüş veya ertelenmiş ise, bu hususlar kural kapsamında kabul edilecektir.<sup>100</sup> Yargıtay genellikle aleyhte değiştirme yasağının kapsamını dar olarak yorumlamakta, bazen ise ilgisi olmayan hususları yasak kapsamında değerlendirmektedir.<sup>101</sup>

## B. CEZA

1412 sayılı CMUK'nun 326/son ve 5271 sayılı CMK'nın 307/4. maddelerinin ifade biçimi ile gerekçelerinden<sup>102</sup> yola çıkıldığında hükmün çok geniş yorumlanamayacağı, kanun koyucunun ceza siyaseti bakımından yalnızca cezanın artırılmayacağı yönünde bir düzenleme yapmayı uygun gördüğü sonucuna ulaşılabılır. Kuralın kabul edilmiş amacı dikkate alınarak yalnız ceza değil, buna bağlı sonuçlar bakımından da yasağın kabul edilmesi gerektiği de iddia olunabilir.

<sup>99</sup> CGK, 14.06.2011, 2011/7-48 E, 2011/128. "Özel Dairenin eleştirisi dikkate alınıp, gerçekte uygulanma yeri bulunmadığı kabul edilen TCY'nın 145. maddesinin uygulanmaması halinde, sanık hakkında uygulanacak ceza, TCY'nın 142/1-b ve 31/3. maddeleri uyarınca, 1 yıl 4 ay hapis cezası olacaktır. Bu cezanın da aynı Yasanın 49/2. maddesi uyarınca kısa süreli hapis cezası olmaması nedeniyle sanık hakkında Yasanın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımların uygulanamayacağı açıktır. Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 gün ve 282-348, 23.03.2004 gün ve 41-70 ile 04.03.2008 gün ve 47-43 sayılı kararlarında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; lehe yasa yolu davası üzerine aleyhe değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez avantajlı bir uygulamadan yararlandırılması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle somut olayda sanık hakkında sonuç olarak hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın, yanlış uygulama sonucunda 1 yılın altında (8 ay hapis) olarak belirlenmiş olması karşısında, bu yanlış uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan dolayı, sanığa bir kez tanınan, atıfetin genişletilmek suretiyle, hakkaniyete aykırı olarak, adalet ve eşitlik ilkelerini zedeleyecek şekilde sonuç doğuracak biçimde, özgürlüğü bağlayıcı cezanın TCY'nın 50/3. maddesi uyarınca, aynı maddenin 1. fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmesine olanak bulunmamaktadır." CGK 27.04.2010, 2010/6-73 E, 2010/97 K.

<sup>100</sup> 1.CD, 22.11.2011, 2008/3562 E, 2011/7057 K; 4.CD, 17.09.2012, 2012/17993 E, 2012/17183 K.

<sup>101</sup> "a-) Başka bir suçtan, yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışında hükümlü bulunan sanığın talimat yoluyla savunması alınırken kendisine müdafii tayin edildiği ve böylece bu durumun lehine **kazanılmış hak doğurduğu** anlaşılmasına karşın, mahkemeye sanığa müdafii tayin edilmeden, savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle yargılamaya devam edilerek karar verilmesi," 4.CD, 23.05.2012, 2010/13968 E, 2012/12305 K.

<sup>102</sup> CMK'nın 307. maddesinin konuyla ilgili gerekçesi şu şekildedir: "Hüküm yalnız sanık veya avukatı veya 292 nci madde uyarınca yasal temsilcisi ve eşi veya Cumhuriyet savcısı tarafından sanık yararına temyiz edilmişse, bozmadan sonra yapılan yargılama sonunda verilecek ceza, önceki hükümdeki cezadan daha ağır olamaz."

5271 sayılı CMK'na göre, sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde yeniden verilecek ceza önceki hükümlerle verilen cezadan daha ağır olamayacaktır (CMK 307/4 md). Yasak hem cezanın miktarı hem de türü bakımındadır.<sup>103</sup> Cezanın dayanağını oluşturan, cezanın tespitinde uygulanan hükümler ve yapılan uygulamalar bakımından bir yasak sözkonusu değildir. Bir suçtan dolayı ceza verilmişse ve temel cezada artırma ve eksiltme yapılmışsa her iki kararda en sonda verilen cezalar mukayese edilecek, yenisi eskisinden daha ağır olmayacak, ağırorsa eski sonuç ceza aynen verilecektir. Sonuca tesir etse de önceki hususlar bakımından mukayese yapılamayacaktır.<sup>104</sup> O nedenle önceki hükümlerde ağır cezanın öngörüldüğü kanun maddesindeki cezanın alt sınırdan tayin edilmesi, daha sonra uygulanan farklı kanun maddesindeki cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi; olaya uygun olmak koşuluyla teşebbüs ve tahrik hükümlerine göre cezanın daha az oranda indirilmiş olması, daha önceki hükümlerde yer almayan bir şiddet nedeninin uygulanması hükmolunan sonuç önceki hükümlerle tayin olunan cezadan ağır olmamak koşuluyla yasağı ihlal etmez.<sup>105</sup>Yüksek Mahkememiz de aleyhte değiştirilemeyecek olan “ceza”yı yalnızca ilgili kanun maddesinde suç için öngörülen hapis ve/veya para cezası veya artırım ve indirim nedenleri sonucu belirlenen cezayı değil, ilgili bütün kanun hükümleri uygulandıktan sonra hükmün sonunda ortaya çıkıp infaz edilmesi gereken yaptırım olarak kabul etmektedir. O nedenle de Yüksek Mahkeme birçok kararında “sonuç ceza”<sup>106</sup> deyimini kullanmayı tercih etmiştir.

Aleyhte değiştirme yasağı “ceza” bakımından söz konusu olup, disiplinler mahiyetteki cezalar, örneğin tazyik hapsi ve benzer cezalar bakımından uygulanamaz. Yargıtay ise aksi görüştür.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> CMK 307. md gerekçesi.

<sup>104</sup> “Kesinleşen hükümlerde TCK 59. madde tatbik olunmasına karşılık, uyarılama yapılan hükümlerde uygulanmamış ise de sonuç ceza bakımından sanığın kazanılmış hakkı ihlal edilmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” 3.CD, 29.2.2012, 2011/40470 E, 2012/7368 K.

Yargıtay, ilk hükümden farklı bir madde veya aynı maddenin başka bir fıkrası ile uygulama yapılması halinde, alt sınırdan üzerinde ceza takdir edilmesini CMUK'nın 326/son maddesine aykırı bulmamıştır. (İBK, 8.2.1950, 21/1. Savaş/Mollamahmutoğlu,s.1839-1840)

<sup>105</sup> Cezanın türü aynı ise ve her iki ceza bakımından TCK'da yer alan tekerrür veya erteleme gibi hükümler uygulanmış veya her ikisi hakkında da uygulanmamış ise hangi cezanın lehe veya aleyhe olduğunu tespit etmek kolaydır. Gerçekten, ertelenmiş cezanın ertelenmemiş aynı miktar cezaya, tekerrür hükümleri uygulanmamış aynı miktar cezanın tekerrür hükümlerinin uygulandığı aynı miktar cezaya göre lehe olduğu hususunda kuşku yoktur. Ancak, örneğin ertelenmiş 5 ay hapis cezasının ertelenmemiş 3 veya 4 ay hapis cezasına göre, tekerrür hükümleri uygulanmış 4 ay hapis cezasının tekerrür hükümlerinin uygulanmadığı 5 ay hapis cezasına göre lehe mi yoksa aleyhe mi olduğunu söylemek kolay değildir.

<sup>106</sup> CGK, 14.06.2011, 2011/7-48 E, 2011/128 K; CGK, 13.04.2010, 2010/8-72 E, 2010/89 K.

<sup>107</sup> “İnceleme konusu somut olayda, isnat edilen eylem disiplin hapsini değil 5358 sayılı Yasa ile değişik İİY'nin 344. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsini gerektirmektedir. Her iki cezanın niteliği ve sonuçlarının farklı olduğu dikkate alındığında, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak 5271 sayılı Yasanın 309/4-d bendi hükmü uyarınca yargılama yasağı bulunan bu ahvalde daha hafif nitelikte bulunan tazyik hapsine de Özel

### C. SUÇUN NİTELİĞİ

Karşılaştırılacak olan önceki ve sonraki ceza olduğuna göre, sonuç olarak tayin olunan cezanın eski hükümle verilen cezadan daha ağır olmaması koşuluyla, suçun niteliği değişebilir. Ceza miktarı artmasa da, suçun niteliğinden kaynaklanan ilave yaptırımlar veya sanık aleyhine bazı durumlar sözkonusu olabilir. Örneğin, sanık lehine temyiz edilen hüküm af kapsamında; sanık lehine temyiz üzerine yapılan incelemede suçun özel af kapsamında bulunmayan bir suç oluşturduğuna karar verilebilir. Yine, sanık lehine temyiz edilen hüküm memuriyetten yoksun bırakılma, seçme ve seçilme hakkının kaybı gibi bir ilave yaptırımı gerektirmediği halde Yüksek Mahkemece yapılan inceleme sonucu bu yoksunlukları gerektiren bir suç oluşturduğuna karar verilebilir. Bazen suçun niteliğinin değişmesi ile birlikte koşullu salıverme hükümlerinde değişiklik meydana gelebilir ve sanığın cezaevinde kalacağı süre daha da uzayabilir. Gerçekten, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverme hükümlerine göre sanığın cezaevinde kalacağı süre, diğer suçlara göre daha uzun olacaktır.<sup>108</sup> Dolayısıyla lehe yasa yoluna başvuru üzerine, suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğine hükmolunması halinde ceza mik-

*Dairece hükmedilmesi gerekmektedir. Tayin edilen 10 gün disiplin hapsinin süre yönünden hükümlü lehine kazanılmış hak oluşturacağı dikkate alınarak, bu miktarla sınırlı olarak hükmedilen cezanın nevini değiştirme işlemine 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da hükmedilmesi olanaklı bulunduğundan, CYY'nın 309. maddesi uyarınca yasa yararına bozma isteminin kabulü ile, Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesininin 12.06.2006 gün ve 639 müt. sayılı kararı ve bu kararın sonucuna bağlı olarak Menemen İcra Ceza Mahkemesininin 04.04.2006 gün ve 188-50 sayılı kararının CYY'nın 309. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendi uyarınca bozulmasına, hükümlünün İY'nın 344. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına, hükmedilen 10 gün disiplin hapsinin süre yönünden hükümlü lehine kazanılmış hak oluşturması nedeniyle, tazyik hapsinin 10 gün ile sınırlandırılmasına, karardaki diğer hususların aynen bırakılmasına karar verilmiştir" (CGK, 13.02.2007, 2006/16.HD-342 E, 2007/26 K). "Dosyanın incelenmesinde, Avanos Asliye Hukuk Mahkemesininin 07.11.2002 gün ve 51-560 sayılı ilamı ile hükmedilip, kesinleşen yoksulluk ve iştirak nafakasının tahsili için başlatılan icra takibinde, takibin kesinleşmesine karşın borçlu tarafından hükmedilen nafaka ödenmemiştir. Nafaka borcunu ödememe eylemi 2004 sayılı İcra ve İflas Yasasınının 344. maddesinde on günden üç aya kadar hafif hapis cezası ile yaptırım altına alınmış iken, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Yasasınının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 5349 sayılı Yasanın 3. maddesi ile değişik 7. maddesinin 1. fıkrası ile "Kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür...", hükmü uyarınca idari para cezasına dönüştürülmüştür. Diğer yandan 1 Haziran 2005 gün ve 25832 mükerrer sayılı R.G'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 31.05.2005 gün ve 5358 sayılı Yasanın 15. maddesi ile eylemin yaptırımı üç aya kadar tazyik hapsi olarak belirlenmiş ise de, aleyhe olan bu değişikliğin 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla 1 Haziran 2005 tarihinden önce gerçekleştirilen eylem nedeniyle, 5252 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca yasa yararına bozma istemi üzerine, 5271 sayılı Yasanın 309. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendi uyarınca, kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek ağır ceza mahkemesince hükmolunan tazyik hapsinin süresini aşmamak üzere daha hafif nitelikteki idari para cezasına Özel Dairece hükmedilmesi zorunludur." CGK, 14.10.2008, 2008/16.HD-199 E, 2008/217 K.*

<sup>108</sup> Bkz. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 107. md.

tarı aynı kalsa bile sanık aleyhine bir sonuç ortaya çıkacak ve sanık daha uzun süre özgürlüğünden yoksun kalacaktır.<sup>109</sup> Görevi kötüye kullanmak suçundan mahkûm olan sanık lehine yasa yoluna başvurulması üzerine suçun rüşvet suçunu oluşturduğunun tespiti halinde, ceza miktarı aynı olmakla birlikte TCK'nın 53. maddesindeki süreler geçse ve suç affa uğramış olsa bile sanık memur olamayacak, memur ise görevine son verilecektir (657- 48/A-4 md). İşte suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle ilave yaptırımların, cezanın infaz biçiminin değiştirilmesinin ve özgürlüğü daha fazla kısıtlayıcı hükümlerin uygulanmasının aleyhte değiştirme yasağını ihlal edip etmediği hususunda tereddütler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, suçun adı ve niteliği değişse bile ceza hukuksal sonuçlarıyla bir bütün olup, cezanın hukuksal sonuçları bakımından da sanığın aleyhine bir durum yaratılamaz. Aksi yönde bazı kararları bulunmakla beraber<sup>110</sup> Yargıtay'ın genel uygulaması suçun niteliğine bağlı olarak sanığın aleyhe sonuçlara katlanması gerekli olup, bu bakımdan aleyhe değiştirme yasağının uygulanamayacağı şeklindedir.<sup>111</sup> Yüksek Mahkememize göre, aksi hal, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü sanığın ikinci kez, mahkûmiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, adalet ve hakkaniyete

<sup>109</sup> Selçuk, s. 41.

<sup>110</sup> Yüksek Mahkememiz, eski tarihli bir kararında yasağın, af kanununa özgü olmak üzere suçun niteliğini de kapsamına aldığına hükmetmiştir. Yargıtay 5.CD.nin 3.5.167 tarih ve 119/1395 sayılı kararına göre; "CMUK.nun 326 ncı maddesinde ifadesini bulan kazanılmış hak yalnızca ceza miktarına münhasır olmakla beraber istisnai bir konu olan af kanunları muvacehesinde hükümde gösterilen suç bu vasfıyla af kapsamına girdiği takdirde kazanılmış hakkın yalnızca af kanununa hasren suç vasfına da teşmil edilmesi gerekir. Çünkü sanık tarafından temyiz dilekçesi geri alınmak suretiyle temyiz tetkikatına engel olunabileceği gibi hüküm temyiz edilmeyerek kesinleştiği takdirde de suçun karar yerinde kabul olunan vasfı hiçbir münakaşaya tabi tutulmayarak ve verilen ceza affın kapsamı içine [dışına] alınarak infaz edilemeyecektir." Alicanoğlu, Mahmut, Tarihçeli, İzahlı, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1971, s. 602.

<sup>111</sup> "22.12.2000 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 4. bendinde;

"23.Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş ve ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on yılı geçmeyen suçlardan dolayı ... veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemişse, davanın... kesin hükme bağlanması ertelenir." hükmü getirilmiş, 5. bendinin a-alt bendinde ise; Türk Ceza Kanununun 125 ila 157, 161, 162, 168, 171....maddelerinde yer alan suçları işleyenler hakkında bu yasa hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Somut olayda, sanığın sabit kabul edilen eylemi TCY.nun 168/2 maddesinde belirtilen ve 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 5/a alt bendinde kapsam dışı suçlar arasında yer alan silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturmaktadır. Yasa koyucu tarafından suç vasfı yönünden sanık lehine kazanılmış hak tanınmamıştır. 4616 sayılı yasa hükümleri ancak suç vasfının belirlenmesinden sonra uygulanacaktır, aksi hal, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü sanığın ikinci kez, mahkûmiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, bir kez tanınan atfetin genişletilerek eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açacaktır." CGK. 19.6.2001, 9-125/128. Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, s.1214-1217.

aykırı sonuçların doğmasına, bir kez tanınan atıfetin genişletilerek eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açacaktır.<sup>112</sup> 4616 sayılı Yasa'nın uygulanmasına ilişkin verilen kararlar, suçun niteliğinin değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan aleyhe sonuçlar bakımından çarpıcı bir örnektir. 4616 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde, şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirileceği belirtilmekteydi. Bazı suçlar, örneğin gasp suçu bu yasanın kapsama alanı dışında tutulmuştu. Örneğin hırsızlık suçundan cezalandırılan sanığın hükmü temyiz etmesi ve Yargıtay incelemesi sırasında eylemin hırsızlık suçunu değil, gasp suçunu oluşturduğunun anlaşılması halinde sanığın 4616 sayılı Yasa'dan yararlanması mümkün değildi. Yine silahlı örgüte üye olmak (765 sayılı TCK 168/2 md) 4616 sayılı Yasa hükümlerinden yararlanmaya engel değilken 765 sayılı TCK'nın 146. maddesinde yer alan suç 4616 sayılı Yasa'nın kapsamı dışında tutulmuştur. Böylece Yasa yoluna başvurma sanık bakımından adeta bir tuzağa dönüşmüştü.<sup>113</sup>

Yukarıda da açıklandığı üzere, aleyhte değiştirme yasağının amacı, sanığın daha kötü bir sonuçla karşılaşabileceği korkusu taşımadan kanun yoluna başvurabilmesini sağlamaktır. Yukarıya aktarılan örneklerdeki suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle uygulanması söz konusu olan sonuçların vahameti dikkate alındığında, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine sahip olsa bile sanık hüküm aleyhine yasa yoluna başvurmadan çekinebilecektir ki bu da aleyhte değiştirme yasağının kabu-

<sup>112</sup> "Yargıtay'ın görevi, yasaların ülke genelinde hukuka uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlemek, içtihatları ile ülkede yasaların ve hukuk kurallarının uygulanmasındaki birliği sağlamaktır. Bu görev gözetildiğinde, temyiz incelemesine konu olan hükümde, suç niteliğinde bir isabetsizlik saptandığı takdirde, aleyhe temyiz olmasa bile bu husus bozma nedeni yapılacaktır. Aksinin kabulü, hukuk kurallarının ülke genelinde farklı uygulanmasına yol açar ki, bu da Yargıtay'ın kuruluş amacına ve eşitlik ilkesine aykırı olur. Zira aynı eylem nedeniyle değişik mahkemelerde yargılanan sanıklardan, suç niteliği doğru olarak belirlenen sanığın mahkûmiyeti ile ceza zamanaşımı, memuriyetten yoksun bırakılma, seçilme hakkının kaybı, olası bir af yasası vb. değişik durumlara karşılaşması halinde olumsuz sonuçlara muhatap olabileceği, buna karşın, suç niteliği yanlış olarak belirlenen sanığın, açıklanan olumsuz sonuçlarla karşılaşmamasının sözkonusu olabileceği, bu durumun da, eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, hak ve adalet duygusunu da inciteceğinde kuşku yoktur." CGK, 14.06.2011, 2011/7-48 E, 2011/128 K.

<sup>113</sup> Yargıtay ve AİHM kararına konu olan bir olayda yerel mahkeme, sanığın silahlı terör örgütüne üye olmak ve gasp suçundan mahkûmiyetine karar verip silahlı terör örgütüne üye olmak suçu bakımından sanık hakkında 4616 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Hükmün sanık tarafından temyizi üzerine Yargıtay sanığın eyleminin silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu değil, Anayasa'yı kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğuna ve bu suç bakımından 4616 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Yargıtay bozma kararına uyan yerel mahkemenin kararını temyiz eden sanığın temyizi yerinde görülmemiştir. Sanık aleyhte değiştirme yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Ancak AİHM, kendi görüşünün yerel mahkemenin spesifik bir davada ulaştığı sonuç yerine ikame edilmesinin mümkün olmadığını belirterek bu konuda bir değerlendirmede bulunmaktan kaçınmıştır. AİHM, Alkes/Türkiye, 8 Haziran 2010, (No. 2) Başvuru No: 16047/04. [http://cmiskp.echr.coe.int/\(Erişim Tarihi: 25.6.2012\)](http://cmiskp.echr.coe.int/(Erişim Tarihi: 25.6.2012)). Bu karardan, AİHM'nin Yargıtay'ın uygulamasını AİHS'e aykırı bulmadığı sonucu çıkarılmamalıdır.



lündeki amaç ile uyuşmamaktadır. O nedenle yalnız ceza değil, diğer hukuksal sonuçlar bakımından da aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi lazımdır. Aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmiş amacı dikkate alınarak, kanun yoluna başvuran sanık, kanun yoluna başvurmayan sanıkla aynı yoksunluklara tabi tutulmamalı, eşitlik bu şekilde sağlanmaya çalışılmamalıdır. Kanun koyucu, sanığın daha ağır bir sonuçla karşılaşacağı korkusu taşımadan kanun yoluna başvurulmasındaki ve böylece kanunun doğru uygulanması ile gerçekleşecek olan kamu yararını, sanığa daha ağır ceza verilmemesi ile ortaya çıkacak kamu zararından daha üstün tutmuş; izlenen hukuk politikasının gereği olarak bilinçli bir şekilde bu yönde tercihte bulunmuştur. Bu itibarla Yargıtay kararlarında aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi halinde eşitlik ilkesinin hak ve adalet duygusunun zedeleneceğinden söz edilmesi çok anlamlı değildir.<sup>114</sup>

5271 sayılı CMK'nın 294. maddesine göre “*temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır.*” Yargıtay, yalnızca temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar (CMK 301 md). Böylece, Yargıtay'ın incelemesi, 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak<sup>115</sup> temyiz başvurusunda gösterilen sebeplerle sınırlıdır. Dolayısıyla mutlak hukuka aykırılık halleri hariç (CMK 289 md) temyiz sebebi olarak gösterilmeyen hususlar bakımından hükümde bir hukuka aykırılık bulunsa dahi hüküm bu sebeple bozulmayacaktır. O nedenle eğer suçun niteliğine yönelik bir temyiz mevcut değilse, yanlış tayin edilmiş olsa bile hükmü bu nedenle bozamayacak; yeniden davaya bakan mahkeme de sanık aleyhine olarak suçun niteliğini değiştiremeyecektir.<sup>116</sup> Bu itibarla 5271 sayılı CMK'nın temyize ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle suçun niteliği bakımından da aleyhte değiştirme yasağı uygulanacaktır.

Yargılama sürecinde maddi vakıalar değişip yeni bir suça vücut vermiş olabilir. Örneğin taksirle yaralama suçundan açılan davanın yargılaması sırasında, mağ-

<sup>114</sup> Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olmakla birlikte bu değer her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilmesi gereken mutlak bir değer değildir. Burada da kanun koyucu sanığın hiçbir korku taşımadan yasa yoluna başvurabilmesini sağlamak amacıyla CMUK'nın 326/son maddesindeki hükmü kabul etmiş ve bunu sanığın hak ettiği daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaması ile ortaya çıkacak kamu zararından üstün tutmuştur. O nedenle burada artık hak ve adalet duygusunun zedelenmesinden ve eşitlik ilkesinden söz etmenin bir anlamı yoktur, kanun koyucu tercihini baştan bu şekilde yapmıştır. Bu itibarla Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine ve görüşüne katılmak mümkün değildir.

<sup>115</sup> 1412 sayılı CMUK Madde 320 – “*Temyiz Mahkemesi, temyiz istida ve layihasında irat olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz istidasında bu cihete dair beyan edilecek vakıalar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükmü tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder.*”

<sup>116</sup> Alman hukukunda, temyizde sebebe bağlılık sebebiyle, sanıkların suçun hukuki niteliğinin aleyhlerine değişmesinin önüne geçebilmek bakımından, suçun niteliğine yönelik temyizden kaçındıkları belirtilmektedir. Keskin, s. 412.

dur bu yaralanma sebebiyle hayatını kaybedebilir. Bu durumun aleyhte değiştirme yasağının kapsamı dışında olduğunu düşünmekteyiz. O nedenle, hem suçun niteliğinin hem de yeni suçun gerektirdiği cezanın ağırlaştırılması mümkündür. Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında bu durumu aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirmiştir.<sup>117</sup>

#### D. PARAYA ÇEVİRME

Aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanık lehine temyizden sonra kurulan hükümdeki para cezası ilk hükümden ağır olamayacaktır. Bazı hallerde hapis cezası para cezasına göre daha lehe görülebilirse de, esas itibariyle özgürlüğü bağlayıcı ceza para cezasından daha ağırdır; kanunumuzun düzenleme biçiminden de bu sonuca ulaşılmaktadır. O nedenle ilk hükümden hapis cezası para cezasına dönüştürülmüş ise, sanık yararına yasa yoluna başvurulması sonrası kurulan hükümden de hapis cezası para cezasına dönüştürülmelidir.

Sonuç olarak önceki para cezasından fazla olmamak koşuluyla her bir gün için belirlenen para cezasının daha fazla olması kuralı ihlal etmez. Suç niteliğinde yanılıya düşülerek, sanığa zorunlu para cezasına çevrilmeyi gerektiren bir hürriyeti bağlayıcı ceza verilmiş, sanık lehine temyiz üzerine suçun niteliğinde yanılıya düşüldüğü gerekçesiyle hüküm bozulmuş ve yeniden yapılan yargılama sonucu asıl eylemin gerektirdiği cezanın zorunlu para cezasına çevrilmeyi gerektiren bir hürriyeti bağlayıcı ceza olmadığı gerekçesiyle hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına

<sup>117</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu olan bir olayda, adam öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hüküm sanık tarafından temyiz edilmiş, kararın temyiz edilmesinden sonra mağdur ölmüş, karar başka bir nedenle bozulmuştur. Bozma sonrası mahkemece yapılan yargılama sonucu bu defa sanığın 'müktesep hakkı korunarak' TCK'nın 448, 59 ve, 780 sayılı Af Kanunu'nun 1/A maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kurulan bu hüküm bu defa müdahil temyiz etmiştir. Bu kararın da 1.Ceza Dairesi tarafından başka bir sebeple bozulması üzerine Yargıtay C.Başsavcılığı, mağdur sonradan ölmüş bulunduğu sanığın doğrudan adam öldürme suçunun cezası ile cezalandırılması gerektiğini ve önceden eylemin öldürmeye teşebbüs olarak kabul edilmesinin kazanılmış hakla ilgisinin bulunmadığını ileri sürerek karara itiraz etmiştir. İtirazı inceleyen CGK; "26.6.1965 günlü mahkûmiyet hükmü yalnızca sanık tarafından temyiz edilmiş olması itibariyle ortada ceza miktarı yönünden kazanılmış hak mevcuttur. Bu husus 2.2.1966 günlü özel daire kararında belirtilmiştir. Gerçekten bahse konu 26.6.1965 günlü hüküm temyiz edilmemiş ve kesinleşmiş olsaydı sanığın eyleminden dolayı ve mağdurun sonradan ölmüş bulunması sebebiyle kesinleşen hüküm hakkında müccerret bu yönden sanık aleyhine bir işlem yapılmasına kanuni imkan bulunmadığına göre 26.6.1965 günlü hüküm sanığın temyizi üzerine temyiz safhasında mağdurun ölmüş olması sonucu değiştiren bir sebep teşkil etmemesi ve CMUK.nun 326 ncı maddesi hükmünce teessüs etmiş bulunan kazanılmış hakkı bozamayacağından ve Birinci Ceza Dairesininin 23.11.1966 günlü ilamında yazılı gerekçeye göre C.Başsavcılığının, mağdur sonradan bu yüzden ölmüş bulunduğu sanığın temyizi üzerine temyiz safhasında mağdurun ölmüş olması sonucu değiştiren teessüs etmiş bulunan kazanılmış hakkı bozmaması icap eder. Bu itibarla ilk mahkûmiyet hükmünün yalnız sanık tarafından temyizi dolayısıyla tayin edilen cezadan kazanılmış hakkın mevcudiyeti devam etmekte bulunduğundan, sonraki safahatda aleyhte vaki temyiz kazanılmış hakkı bozamayacağına" karar vermiştir. CGK. 19.6.1967, 1-114/162. Alicanoğlu, s. 602-603. Erem, CMUK Şerhi,s.761-762.

çevrilmemesi halinde aleyhte değiştirme yasağı ihlal edilmiş olur mu?

Yargıtay bu durumu aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirmemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç-ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın önceki yanlışlı uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez ve bir başka biçimde yararlandırılmasının da adalet ve hakkaniyete uygun olacağından söz etmeye olanak yoktur"<sup>118</sup>. Buna karşılık Yargıtay'ın uygulamasına göre ilk hükümde hapis cezası para cezasına dönüştürülmüş ise, bozma sonrası kurulan hükümde de hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi lazımdır.<sup>119</sup> Yargıtay'ın uygulamasına göre, verilen para cezasının taksitlendirilmesi de aleyhte değiştirme yasağı kapsamındadır.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> "...Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanığa nitelikli adam öldürmeye tam kalkışma suçundan TCK.nun 450/8, 62, 55/3, 59. maddesi gereğince hükmedilen 11. yıl 1 ay 10 gün ağır hapis cezası yerine CMUK.nun 326/son maddesi uyarınca kazanılmış hak ilkesi gözetilerek infazına işaret edilen 6 ay 20 gün hapis cezasının sanık (MK)'nın yaşı nedeniyle 647 sayılı kanununun 4/2 maddesi uyarınca para cezasına veya maddede yazılı tedbirlerden birine çevrilmesinin olanaklı olup olmadığı" tartışılmıştır." Yüksek Mahkeme, ...lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç-ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın önceki yanlışlı uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez ve bir başka biçimde yararlandırılmasının da adalet ve hakkaniyete uygun olacağından söz etmeye olanak yoktur. Somut olayda, yaralamak suçundan sanığın 6 ay 20 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü Özel Dairece, sanığın eylemi irza geçme gayesiyle işlenen fiili tamamlamaktan mütevellit infial ile öldürmeye tam kalkışma niteliğinde görülerek, cezanın miktarındaki kazanılmış hakkı saklı tutulmak koşuluyla, suç vafından dolayı da bozulmuş, bozmaya uyularak verilen 11 yıl 1 ay 10 gün ağır hapis cezasının, CYUY.nun 326. maddesinin 4. fıkrası uyarınca önceki hükümle verilen cezanın türü ve miktarı saklı kalmak kaydıyla, 6 ay 20 gün hapis cezası olarak yerine getirilmesine karar verilmiştir.

Sonuncu hükümde, sanığın cezasının 6 ay 20 gün hapis cezası olarak yerine getirilmesinin belirtilmiş olmasındaki amaç; eylemin karşılığının sonuçta bu miktar ve tür ceza olduğunu göstermek değil, CYUY.nun 326. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen koşul ve kural gereği, zorunlu olarak infaz edilebilecek cezanın tür ve miktarını belirlemektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda sanığa verilen 6 ay 20 gün hapis cezasının para cezası veya tedbirlerden birine çevrilip çevrilemeyeceği hususuna gelindiğinde, kural olarak 647 sayılı kanununun 4/2 maddesi uyarınca suç tarihinde 18 yaşını ikmal etmemiş olanların mahkûm edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların 4.maddenin 1. fıkrasında 5 bent halinde sıralanan ceza (hafif veya ağır para cezası) veya tedbirlerden birine çevrilmesi istenen 6 ay 20 gün hapis cezası, sanığın sabit kabul edilen eyleminin karşılığı olan asıl ceza olmadığından, 4. maddede yazılı para veya tedbirlerden birisine çevrilmesine olanak yoktur. Aksine kabul; haksız ve yanlış bir uygulama ile "aleyhte değiştirmeme" kuralı uyarınca ve yasa gereği sanığa bir kez tanınan atfete bir yenisini eklemek suretiyle eşitlik, hak ve adalet ilkelerinin zedelenmesine yol açar." Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, s.1214-1217.

<sup>119</sup> 4.CD, 17.09.2012, 2012/17993 E, 2012/17183 K.

<sup>120</sup> "Sanık hakkında tayin edilen para cezasının 647 sayılı Kanununun 5. maddesi uyarınca taksitlendirilmesine karar verildiği ve hükmün sanık lehine temyiz edilmiş bulunması nedeniyle bu hususun sanık lehine kazanılmış hak teşkil edeceği gözetilmeden, bozma sonrası yapılan yargılama sonunda verilen hükümde tayin edilen para cezasının taksitlendirilmemesi", 2.CD, 24.05.2012, 2012/9199 E, 2012/14943 K.

## E. ERTELEME

Kuşkusuz ki ertelenen ceza ertelenmeyen cezaya göre daha lehedir. Bozmadan sonra kurulan hükümde yer alan ceza, ilk hükümdeki ertelenmiş cezadan daha hafif olsa bile, eğer ertelenmemiş ise yine aleyhte değiştirme yasağına aykırı hareket edildiği kabul edilmelidir. Cezalar mukayese edildiğinde de tecil edilmiş herhangi bir cezanın da tecil edilmemiş herhangi bir cezadan daha hafif sayılması gerektiği görüşüne biz de katılmaktayız.<sup>121</sup> Ceza bakımından yasağı kabul eden bir kanunun, bu cezanın ertelenmesi gibi kişinin özgürlüğünün koşullu veya koşulsuz olarak kısıtlanmasını yasak kapsamında kabul etmemek güçtür.<sup>122</sup> O nedenledir ki ertelemeyi esasında infaza ilişkin bir kurum olarak kabul eden 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinde yapılan değişikliklerle (5377/2 md) ertelemeye ilişkin olarak zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrinde, kanunda bu konuda açık bir hüküm olmasa da, kişinin özgürlüğü ile ilişkili olan ve özgürlüğün kısıtlanmasının önüne geçen erteleme bir maddi ceza hukuku kurumu olduğu ve aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>123</sup> Yargıtay da erteleme kurumunun maddi bir ceza hukuku kurumu olduğu, erteleme bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiği görüşündedir. Ancak Yüksek Mahkememiz, güvenlik tedbiri niteliğinde bulunan denetim süresi bakımından bir yasağın bulunmadığına hükmetmektedir.<sup>124</sup> Öncelikle belirtelim ki güvenlik tedbirleri TCK'nın birinci kitabının ikinci bölümünde gösterilmiş olup, cezanın ertelenmesi halinde öngörülen denetim süresi güvenlik tedbiri niteliğinde değildir. TCK'nın 51. maddesindeki düzenlemeye göre, denetim süresi erteleme zorunlu bir sonucudur. TCK'nın 51/3. maddesinde; “cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir” denildiğinden, cezası ertelenen sanık hakkında denetim süresinin belirtilmesi zorunludur. O nedenle hükümde denetim süresinin belirtilmemesi, sa-

<sup>121</sup> Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 671.

<sup>122</sup> Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 618.

<sup>123</sup> Selçuk, s. 34.

<sup>124</sup> “765 sayılı TCY’nda “bir koşullu af” olarak düzenlenmiş bulunan, “hapis cezasının ertelenmesi” müessesesi, 5237 sayılı TCY’nın 51. maddesinde ise, “hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar arasında” ve “bir ceza infaz kurumu” olarak öngörülmüştür. Buna göre, cezası ertelenen kişi, belirlenen denetim süresini yükümlülüklerine uygun ve iyi halli olarak geçirdiği takdirde cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla 5237 sayılı TCY’ndaki düzenlemeye göre, erteleme bir güvenlik tedbiri olmadığı gibi ceza da değildir. Bununla birlikte, infaz hukukundan daha çok maddi hukuka ait bir müessese olduğu görülmektedir. Nitekim, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 98 ve devamı maddeleri uyarınca erteleme ile ilgili olarak infaz aşamasında karar alınması mümkün değildir. Bu nedenlerle aynen tekrürde olduğu gibi, hükümde yer alan ve “hapis cezasının ertelenmesine” ilişkin olan kısmın da aleyhe değiştirmeme yasağına konu teşkil edeceğinin kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, erteleme doğal sonucu olmasından ötürü zorunlu olarak hükmedilmesi gereken “denetim süresi”ne ilişkin hataların infaz aşamasında ve 5275 sayılı Yasa hükümleri uyarınca düzeltilmesi mümkün olduğundan, bu husus “aleyhe değiştirmeme yasağına” konu oluşturmaz.” CGK, CGK, 23. 2.2010, 2009/6-230 E, 2010/32.

nığın denetime tutulmasına engel değildir ve bu husus aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte denetim süresi bakımından aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmelidir. Eğer hükümde süre öngörülmemişse denetim süresi hükmolunan cezadan az olmamak koşuluyla bir yıldan fazla olamaz. (TCK 51/3 md) Dolayısıyla sanık lehine kanun yoluna başvuru önceki hükümde denetim süresi öngörülmemiş ise, bozma sonrası kurulan hükümde hükmolunan ceza kadar ve hükmolunan ceza bir yıldan az ise bir yıl denetim süresi belirlenmesi aleyhte değiştirme yasağını ihlal etmeyecektir. O nedenle bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararlarını sonuç itibarıyla isabetli bulmaktayız.<sup>125</sup> Ancak önceki hükümde altı ay hapis cezası için bir denetim süresi öngörüldüğü halde bozma sonrası kurulan hükümde aynı miktar erteli ceza için bir yıldan fazla denetim süresinin öngörülmesi aleyhte değiştirme yasağına aykırı olacaktır.

Yargıtay'ın uygulamasına göre, erteli cezanın aynen infazına karar verilmesi de infaza ilişkin bir husus olup aleyhte bozma yasağına konu olmaz.<sup>126</sup>

## F. TEKERRÜR

Mülga TCK'na göre tekerrür nedeniyle cezanın belli bir oranda artırılması söz konusuydu ve Yüksek Mahkememizin aksi yönde kararları bulunmakla birlikte<sup>127</sup> genellikle önceki hükümde hatalı olarak tekerrür hükümlerinin uygulanma-

<sup>125</sup> “c) Güvenlik tedbiri olması nedeniyle kazanılmış hak oluşturmayaacağından, 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilen ve bu cezası ertelenen sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nun 51/3. maddesi uyarınca tayin edilecek denetim süresinin, ceza süresinden az olamayacağına gözetilmemesi”, 12.CD. 08/05/2012 2011/8086 E, 2012/11525 K. Benzer kararlar için bkz. 12. CD, 21.05.2012, 2011/19272 E, 2012/12690K; 2.CD, 18.10.2012, 2011/1185 E, 2012/44165 K.

<sup>126</sup> “Adli sicil kaydına esas Datça Asliye Ceza mahkemesinin 29.05.2002 tarih, 83-89 sayılı erteli ilamının 765 sayılı TCK' nun 95/2 maddesi uyarınca aynen infazına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, hükümde yer alan infaza ilişkin bir konu olduğundan, usulü kazanılmış hakka konu olmayacağı bu nedenle anılan aykırılığı bozma nedeni yapılması gerekirken, karşı temyiz bulunmadığı gerekçesiyle eleştiri konusu yapılması yasaya aykırı olduğundan,” 2.CD, 01/11/2012 2012/23555 E, 2012/44850 K.

<sup>127</sup> Ancak Yüksek Mahkememiz, eski bir kararında, bozmadan sonra kurulan hükümdeki ceza miktarı daha az olmasına rağmen, önceki kararda yer almayan şiddet sebeplerinin uygulanmasını veyahut önceki kararda takdiri indirim nedeni olan TCK.nun 59. maddesi hükümlerinin yeni hükümde yer almamasını aleyhte değiştirme yasağına aykırı görmüştür. “İlk hükmün sanığın temyizi üzerine bozulduğu ve bozmadan önce sanık hakkında TCK.nun 59. maddesi uygulandığı gözetilmeden bozmadan sonraki hükümde uygulanmaması suretiyle CYY.nun 326/son maddesine uyulmaması yasaya aykırıdır.” 4.CD. 7.4.1997, 2613/2622. Taşdemir, Kubilay/Özkeper, Ramazan, Açıklamalı-İçtihatlı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 2000, s.879. “b)Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iadesinden önce kurulan 6.4.2005 tarihli hükümde 765 sayılı TCK.nun 59. maddesinin uygulanmasına karar verildiği halde, sanık temyizi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iadesinden sonra kurulan hükümde 765 sayılı TCK.nun 59. maddesinin uygulanmasına karar verilmeyerek kazanılmış hak ilkesine aykırı şekilde hüküm kurulması”, 8.CD, 5.10.2010, 2008/15054 E, 2010/11144 K) Aksi yönde yeni bir karar için bkz. 3.CD, 29.2.2012, 2011/40470 E, 2012/7368 K.

Yüksek Mahkememizin sanık lehine temyiz edilen önceki hükümde tekerrür hükümlerinin uygulanmamış olmasını sanığın kazanılmış hakkı olarak kabul eden kararları olduğu gibi aksi yönde ka-

miş olmasının, önceki ceza miktarını aşmamak koşuluyla yeni hükümde tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmediği kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'na göre ise; “*tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilectir*” (TCK 58/6 md). Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK'da cezada artırım yapılması yerine cezanın infaz rejiminde değişiklik yapılması söz konusudur. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır (TCK 58/6 md). Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri başlığını taşıyan 5275 sayılı CGİK'nın 108. maddesi hükümleri incelendiğinde, kararın verildiği anda hüküm anındaki tekerrüre ilişik düzenlemelerin mi yoksa önceki yasada yer alan düzenlemelerin mi daha lehe olduğunu tayin etmenin mümkün olmadığı görülür.

Yargıtay “5237 Sayılı TCK'nun 58/7. maddesi gereğince, Mahkûmiyet kararında hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı belirtilir hükmünde yer alan ‘cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanması’ ibaresinin mahkeme hükmünde yazılmaksızın sadece ‘cezanın TCK'nın 58/6 maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi’ denilmesi”[ni], *temyiz edenin sıfatı da gözönüne alındığında kazanılmış hak*” oluşturduğuna hükmetmiştir.<sup>128</sup> Tekerrür hükümleri bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiğini, buna göre sanık lehine yapılan temyizde tekerrür hükümleri uygulanmamış ise sonraki hükümde uygulanmasının aleyhte değiştirme yasağını ihlal edeceğini düşünmekteyiz. Ancak mahkeme hükmünde sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına veya cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmiş ise, TCK'nın 58/7. maddesinin ifade biçimine rağmen, hükümde, “cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına” karar verilmese de bu husus

rarları da mevcuttur. Yüksek Mahkememiz bir kararında “*bozmadan önce tekerrür nedeniyle artırma yapılmamış ise de, kazanılmış hakkın sonuç cezanın miktar ve nevi bakımından nazara alınacak olması ve tekerrür nedeniyle yapılan artırım sonucu verilen cezaların bozmadan önce verilen ezayı aşmaması karşısında ‘kazanılmış hakkın ihlali söz konusu olmadığına’ hükmetmiş iken, (2.CD. 2.3.1998, 17160/1429. Taşdemir/Özkepir, s. 878) bir başka kararında ‘ilk hüküm sanığın temyizi üzerine bozulmuş ve bozmadan önce sanık hakkında TCK'nun 81/2 maddesi uygulanmamış bulunmasına göre, bozmadan sonra sözü geçen madde hükmünün uygulanması suretiyle kazanılmış hakkın ihlal edilmesi yasaya aykırıdır’* şeklinde içtihatla bulunmuştur. (2.CD. 16.4.1985, 3275/13/4205, Günay, s.104) Daha yeni tarihli bir kararda ise; “*sanığın adam öldürmek suçundan özel tekerrüre mesnet olacak sabıkası bulunduğu halde cezasının artırılmaması aleyhe temyiz bulunmadığından, esasen aynı mahiyetteki hükmün sadece sanığın temyizi sebebiyle bozulmuş olup uygulama ve ceza miktarı yönünden kazanılmış hak teşkil ettiğiinden keyfiyet bozma sebebi yapılmamıştır.*” (1.CD. 3.6.2003, 825/1220) .

<sup>128</sup> 3.CD, 15.2.2012, 2011/33231 E, 2012/5252 K. Aynı yöndeki 8.CD'nin bir kararı şu şekildedir: “*TCK'nun 58/6 madde ve fıkrasına aykırı olarak, hakkında hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilen sanık için cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış(tır)*”, 8.CD, 07.05.2012, 2012/4293 E, 2012/15366 K.

aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilemez. Çünkü hakkında tekerrür hükümleri uygulanan kişinin cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre ektilirileceği ve mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı TCK'nın 58/6. maddesinde açıkça ve emredici bir biçimde belirtilmiştir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne Şekilde uygulanacağı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'da gösterilmiş olup, (5275/108 md) denetimli serbestlik tedbirinin süresi de bu aşamada infaz hakimi tarafından tespit edilecektir. Hakkında tekerrür hükümleri uygulanan sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanıp uygulanmaması konusunda mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi de verilmemiştir. Burada ertelemeye olduğu gibi denetim süresinin hükümde belirtilmesi sözkonusu değildir. O nedenle, TCK'nın 58. maddesinin 1. ve 6. fıkrası hükümleri ile 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesi hükümleri karşısında 58/7. maddesinde yer alan *“cezanın infazından sonra denetim serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir”* ifadesinin gerekli olmadığı, gerekli olmayan bu ifadeye yer verilmemesinin de sanık bakımından bir hak doğurmayacağı kanısında yız ve uygulamada karışıklığa neden olan bu ifadenin madde metninden çıkarılmasının yararlı olacağını dşunmekteyiz. zet itibariyle, sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına veya sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre ektilirilmesine karar verilmiş ise, sanık hakkında ayrıca, *“cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına”* karar verilmemesinin aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini dşunmekteyiz.

TCK'nın 58/3. maddesine göre, *“tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına”* hükmolunacaktır. Görüldüğü üzere bu halde cezanın türünün değiştirilmesi sözkonusudur. 5237 sayılı TCK'da koşullu salıverme ve erteleme ile birlikte tekerrür, infaza ilişkin bir kurum olarak kabul edildiği halde, TCK'nın 7/3. maddesinde erteleme, koşullu salıverme ve tekerrüre ilişkin olarak zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, tekerrür hükümleri bakımından aleyhte değiştirme yasağı geçerli olacaktır.

CGK'da *“5237 sayılı TCY'nın 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hkmllğn yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasanın 98. ve devamı maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı ve hükümlü hakkında kaçıncı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığının hükümde gösterilmesi”* gerektiği gerekçesiyle, hükümde 58. maddenin 6. ve 7. fıkralarının uygulanmamasının aleyhte değiştirme yasağına konu olacağına hükmetmiştir.<sup>129</sup>

<sup>129</sup> CGK,17.04.2007, 2007/10-71 E,2007/98 K. Aynı yönde bkz.10.CD, 31.05.2011, 2011/8203 E, 2011/4710 K.

Teknik anlamda bir tekerrür durumu sözkonusu olmamasına rağmen, TCK'nın 58/9. maddesine göre, itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler veya örgüt mensubu suçlular hakkında da mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması lazımdır. Buna göre, itiyadi suçlular ve suçu meslek edinen suçlular bakımından 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesinde yazılı şartlı salıverme hükümleri uygulanacaktır. Örgüt mensubu suçlular için ise koşullu salıverme bakımından ayrı ve daha ağır bir düzenleme yapılmıştır (5275 107/4 md). Faillerin cezaevinde geçireceği süreye ilişkin olan, diğer bir ifadeyle özgürlüklerinin kısıtlanmasının sözkonusu olduğu TCK'nın 58/9. maddesinde yer alan hüküm bakımından da aleyhte değiştirme yasağının geçerli olması, eğer hükümde gösterilmemiş ve yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulmuş ise bu hükümlerin sanık hakkında uygulanmaması gerekir. Gerçekten burada genel kuraldan ayrılmak için bir neden yoktur. Nitekim doktrinde, itiyadi suçluluk, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçluluk hallerinden birinin varlığı halinde mahkemenin kararında bu hususu açıkça belirtip özel infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını göstermesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>130</sup> Dolayısıyla eğer hükümde gösterilmemiş ve yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulmuş ise TCK'nın 58/9. maddesi hükümlerinin uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Yargıtay ise TCK'nın 58/9. maddesinin cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimiyle ilgili olup, aleyhte değiştirme yasağının bu durumda geçerli olmadığı görüşündedir.<sup>131</sup>

Yargıtay tekerrür hükümlerinin uygulanmamasını aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul etmekle beraber, sanığın tekerrüre esas başka hükümlülüklerinin bulunduğu hallerde tekerrüre esas olmayan bir hükmün tekerrüre esas alınmasını yasak kapsamında kabul etmemekte ve başka bozma nedenleri mevcut değilse CMUK'nun 322. maddesi uyarınca tekerrür hükümlerini kendisi uygulayarak yerel mahkeme hükümlerini onamaktadır.<sup>132</sup> Kanımızca, aleyhte değiştirme yasağı-

<sup>130</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2013, s. 767; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara 2012, s. 555.

<sup>131</sup> "1- 5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olup, bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı da gözetilerek; örgüt mensubu olmaktan mahkûm olan sanıklar hakkında anılan maddenin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi," 9.CD, 03.01.2012, 2011/9655 E, 2012/73 K. Yargıtay erteleme bakımından da denetim süresini yasak kapsamında kabul etmemiştir. CGK, 23. 2.2010, 2009/6-230 E, 2010/32 K.

<sup>132</sup> Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak; Sanığın tekerrüre esas alınan Düzce 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 29.05.2006 tarih, 2005/597 esas ve 2006/238 sayılı kararı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi yollamasıyla halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 305/1-2 maddeleri uyarınca kesin nitelikte olduğundan aynı maddenin son fıkrası uyarınca tekerrüre esas alınamayacak ise de, sanığın tekerrüre esas başkaca mahkûmiyetleri bulunduğu, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bu hususun yeniden yargılama yapılmaksızın CMUK'un 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümdeki mükerrirlere



nın uygulanması bakımından, tekerrüre esas olmayan bir hükmün tekerrüre esas alınması, diğer bir ifadeyle hukuka aykırı olarak tekerrür hükümlerinin uygulanması ile tekerrür hükümlerinin hiç uygulanmaması arasında bir ayırım yapılamaz; bu gibi hallerde de sanık hakkında aleyhte değiştirme yasağı geçerli olmalıdır. Ayrıca CMUK'nun 322. maddesinin Yargıtay'a yerel mahkemenin yerine geçerek tekerrüre esas hükmü tespit edip uygulama yetkisi vermediğini düşünmekteyiz.

## VIII. KURALIN KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER

### A. İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

İnfaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. Daha sonra kabul edilen yasa hükümlerinin amaca daha iyi hizmet ettiği düşüncesiyle infaz rejimine ilişkin hükümler zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümler (TCK 7 md) aleyhte değiştirme yasağı söz konusu uygulanmaz.<sup>133</sup> Bir hükmün infaz hükmü mü yoksa maddi ceza hukuku hükmü mü olduğunun tespitinde yalnızca ilgili kanuna bakmak yanıltıcı olabilir. O nedenle bu hükümlerin niteliğine bakmak lazımdır. İnfaz rejimine ilişkin hükümler, infazın salt gerçekleştirilmesi ve infazın şekline ilişkin hükümlerdir. Buna karşılık, cezanın türünü ve miktarını değiştirip hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi uzatan, cezanın tedbire dönüştürülmesine ilişkin hükümler ceza hukukuna ilişkin olup bu hükümler bakımından zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümler (TCK 7 md) uygulanmalıdır.<sup>134</sup> Gerek mülga 1412 sayılı CMUK döneminde, gerekse de 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki Yargıtay uygulaması, hükümlerde yer alan infaza yönelik uygulamalar ya da infaz aşamasında verilen kararlar bakımından, aleyhte değiştirme yasağının geçerli olmadığı şeklindedir.<sup>135</sup>

Yargıtay yeni kararlarında, infaz aşamasında 5275 sayılı Yasa'nın 99. maddesi uyarınca yapılan toplama işleminin basit bir matematiksel işlem olup, cezanın bir

*özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik uygulanmasına ilişkin bendin sanığın Düzce 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 06.04.2004 gün ve 2003/457 E, 2004/156 K. sayılı ilamı nedeniyle mükerrir olduğu saptandığından cezasının 5237 sayılı TCK'nın 58/6. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çekirilmesine, 5275 sayılı Kanununun 108/2. maddesinin uygulanmasında kazanılmış hakkı nedeniyle tekerrüre esas oluşturmayan ilamdaki 600 TL'nin esas alınmasına* 12.CD, 31.10.2011, 2011/5773 E, 2011/4089 K. Aynı yönde bkz. 12.CD, 25.11.2011, 2011/6076 E, 2011/6211 K)

<sup>133</sup> Katoğlu, s. 218; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat M/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2012, s. 124. Yüksek Mahkememiz infaz aşamasında yapılan hatalı uygulamaların yasak kapsamında bulunmadığına hükmetmiştir. "Güvenlik tedbiri olan kazanç müsaderesinin kazanılmış hakka konu olmayacağı gibi ayrıca infaz sırasında hükümlü lehine yapılan hatalı uygulamaların da kazanılmış hak oluşturmayacağı", 5.CD, 08/03/2012, 2011/13179 E, 2012/1770 K.

<sup>134</sup> Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2007, s. 21; Selçuk, s. 33-34; Katoğlu, s. 222.

<sup>135</sup> CGK, 08.10.2002, 179/354; 21.3.1977, 103/126; 19.06.2007, 2007/1-122 E, 2007/153.

başka cezaya da dönüşmesi olanağının bulunmadığı, hâkimin bir takdir ve değerlendirme yetkisinin olmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Esasen bu tür basit hesap hatalarının hiçbir aşamada korunması mümkün değildir; bunun için infaza ilişkin hükümlere dayanmaya gerek yoktur. Ancak Yargıtay'ın dayandığı mantıktan hareket edildiğine, basit bir toplama işleminden ibaret olmayıp, hücre cezasının tayini bakımından takdir hakkının kullanılmasının söz konusu olduğu (765 sayılı TCK 70, 73 md) içtima kararları bakımından aleyhte değiştirme yasağının geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşılır.

Hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi doğrudan etkilediği için 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer almamasına rağmen 5377. maddesiyle değiştirilen TCK'nın 7/3. maddesinde; *"hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır"* denilmiştir. Böylece, infaz kurumu olarak kabul edilmesine rağmen, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin hükümleri derhal uygulama ilkesinden istisna tutulmuştur.

Doktrinde, erteleme, tekerrür ve koşullu salıverme hükümlerinin, hükümlünün özgürlüğünün kısıtlanıp kısıtlanmayacağı, hangi koşullarda ve ne kadar süreyle kısıtlanacağına ilişkin olduklarından ceza hukuku normu niteliğinde oldukları ileri sürülmüştür.<sup>136</sup> Tekerrür halinde hapis cezası ve adli para cezasının seçenekli olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmolunacağına dair hükmün maddi ceza hukukuna ilişkin bir hüküm olduğu açıktır.<sup>137</sup>

Yüksek Mahkememiz 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde de tekerrür, şartlı salıverme ve ertelemeye ilişkin olarak lehe kanun hükümlerinin uygulanması ve aleyhte değiştirme yasağının dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>138</sup> TCK'nın 7/3. maddesinde yazılı tekerrür, erteleme ve şartlı salıverme hükümleri dışında infaza ilişkin hükümler bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olup aleyhte değiştirme yasağının uygulanması mümkün değildir.

<sup>136</sup> Selçuk, s. 31.

<sup>137</sup> Katoğlu, s.222; Selçuk, s. 31.

<sup>138</sup> 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen İBK'da şartlı salıverme hükümleri bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiğine hükmederken Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine dayanmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, *"her ne kadar infaz hukukunda kazanılmış hak söz konusu değil ise de, olayda kazanılmış haktan söz etmeye gerek de yoktur. Anayasa, yasaların herkese eşit uygulanacağını kabul eder. Bu bakımdan eşitlik ilkesi nedeniyle aleyhte olan yeni yasa uygulanamaz."* ( İBK, 28.01.1974, 5/1)

Macar Hukuku'nda, aleyhte değiştirme yasağının, cezanın infaz şeklinde ve şartlı salıvermeye ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmasına engel teşkil etmediği kabul edilmektedir. Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s.107.

## B. HATALAR

### a. Maddi Hatalar

Hüküm kurulurken çeşitli hatalar yapılabilir. Örneğin, ilgili kanun maddesinde suç için hapis cezası ile birlikte para cezası da öngörüldüğü halde hâkim yalnız hapis cezasına veya yalnızca para cezasına hükmedebilir. İlgili kanun maddesinde cezanın alt sınırının altında bir ceza tayin edilebilir. Nitelikli bir hal nedeniyle ceza artırırken veya bir indirim nedeninin uygulanması sırasında hesap hatası yapılarak daha az bir ceza tayin edilebilir. Hatta nitelikli hal nedeniyle cezanın artırılması yerine indirim yoluna gidilebilir. Acaba bu hatalar yasak kapsamında kabul edilebilir mi?

Bir görüşe göre, bu hatalar hâkimin bile olsa sanığın bu gibi hatalardan yararlanması mümkün değildir. Cezaların toplanmasında hata edilmesi, yasal indirim nedenlerindeki indirim oranı aşarak cezada indirim yapılması yoluna gidilmesi aleyhte değiştirme yasağının kapsamı dışında kabul edilmelidir.<sup>139</sup> Kanımızca, bilinçli bir iradenin ürünü ve mantıklı bir akış sürecinin sonucu olmayan, toplama ve çıkarma hataları, örneğin cezadan artırım ve indirim yapılırken yapılan hesap hataları ile cezaların toplanması sırasında yapılan hatalar, cezanın nitelikli bir hal nedeniyle artırılmasına karar verildiği halde indirim yoluna gidilmesi gibi uygulamada ve doktrinde maddi hata olarak nitelendirilen haller bakımından aleyhte değiştirme yasağı kabul edilemez.

Buna karşılık, ilgili kanun maddesindeki cezanın alt sınırının altında bir ceza tayin edilmesi, yasal olarak mümkün olmadığı halde sanık hakkında bazı indirim nedenlerinin uygulanması, yine yasal olarak mümkün olmadığı halde hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi gibi, bilgi eksikliği, yeterli özenin gösterilmemesi, dalgınlık ve benzeri sebeplere dayalı olarak yapılan hatalar bakımından farklı düşünmekteyiz. Burada aslında hatadan ziyade bir yanlış uygulama söz konusudur. İşte bu yanlış uygulamalar esaslı konulara ilişkin olsa da aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmelidir.<sup>140</sup> Yine cezaların artırımı ve indirimi sırasında cezanın yıl olarak belirlenmesi yerine ay olarak tespit edilmesi basit bir matematik hatası değil, bir uygulama hatası olup bu gibi hatalar aleyhte değiştirme yasağı kapsamındadır. O nedenle cezanın takdiri indirim nedeniyle TCK'nın 62. Maddesi uyarınca 1/5 oranında indirim tabi tutulması şeklindeki hatadan sanığın yararlanması ge-

<sup>139</sup> Erem, CMUK Şerhi, s.756.

<sup>140</sup> "Sanık hakkında uygulama yapılırken takdiri indirim oranı 1/6 yerine 1/5 olarak gösterilmiş ise de; 5237 sayılı Yasanın 62. maddesinde 1/5 olarak öngörülen indirim oranının yasa yürürlüğe girmeden 31/03/2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 5328 sayılı Yasa ile 1/6 olarak değiştirildiği ve bu şekliyle yürürlüğe girmiş bulunduğu ve yürürlüğe girmeyen bir yasanın uygulanamayacağı, sonuç cezanın da 1/6 indirim oranına göre doğru olarak hesaplandığı, indirim oranının hatalı gösterilmesinin sanık lehine kazanılmış hak oluşturmayacağı anlaşılmakla..." 5.CD, 10/05/2012, 2008/2913 E, 2012/5036 K.

rektiğini ve aksi yöndeki Yargıtay kararının isabetli olmadığını düşünmekteyiz.<sup>141</sup> Yargıtay, her bir suç bakımından tayin olunan cezaların toplanması (içtima) sırasında yapılan hataları yasak kapsamında kabul etmezken, suç için ceza tertip edilirken yapılan hesap hatalarını aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul etmektedir.<sup>142</sup>

Bazen hâkimin yanlış uygulaması hem lehe, hem de aleyhe bir durum yaratabilir. Örneğin, suç için seçenekli ceza öngörülen hallerde hapis cezası tercih edilmiş ise bu cezanın artık para cezasına dönüştürülmesi mümkün değildir. Seçenekli cezalardan hapis cezası tercih edildiği halde bu cezanın hapis cezasına dönüştürülmesi ve dönüştürülen cezanın da temyiz sınırının altında kalması halinde durum böyledir. Zira hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi lehe olmasına rağmen, sanığın temyiz hakkını yitirmesi aleyhine bir durumdur. Daha lehe bir ceza tayin edilmesine rağmen, sanık hükmün hukuka aykırı olduğu düşüncesinde ise bu hüküm sanığı tatmin etmeyecektir. Hâkimin yaptığı yanlış bir uygulama nedeniyle sanığın hukuka aykırı bir karara katlanmasını savunmak güçtür. Bu gibi hallerde ceza bakımından aleyhte değiştirme yasağı kabul edilmekle birlikte sanığın yasa yoluna başvurma hakkı kısıtlanmamalıdır.

Yargıtay bu gibi hallerde sanık aleyhine yasa yoluna başvurulmasını kabul etmektedir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi; “5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesinde hapis ve adli para cezalarının seçenek olarak öngörülmesi karşısında, seçenek yaptırımlardan hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilmeyeceğini dü-

<sup>141</sup> “Zimmet suçundan sonuç olarak 7 yıl 9 ay 22 gün yerine 6 yıl 21 ay 22 gün hapis cezasına hükümlenmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” (5.CD, 23/02/2012, 2008/1392 E, 2012/961 K) 5237 sayılı TCK'nun 86/1 ve 86/3-e maddeleri uyarınca belirlenen 3 yıl 9 ay hapis cezası üzerinden, aynı yasanın 87/2-b maddesinin tatbiki ile 2 kat artırım yapıldığı sırada, hapis cezasının “9 yıl 27 ay” olarak belirlenmesi yerine hesaplamada hata yapılarak “6 yıl 18 ay” olarak belirlenmesi, bozmayı gerektirmiş olup, ... hükmün bozulmasına, sanık aleyhine temyiz bulunmadığından CMUK 326/son maddesi uyarınca ceza miktarı itibarıyla sanığın kazanılmış hakkının korunmasına” (1. CD, 03.05.2011, 2010/2905 E, 2011/2772 K).

“Sanık Hamdi hakkında müebbet hapis cezası yanında kasten insan öldürme ve yağma suçlarından verilen muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaların TCK'nun 73. maddesi uyarınca içtimalı sırasında her bir muvakkat hürriyeti bağlayıcı ceza yönünden ayrı ayrı hücre süresi belirlenmesi gerektiği düşünülmeden toplam tek bir hücre süresine hükmedilmesi, bozmayı gerektirmiş, re'sen temyize tabi hükümlerin, tebliğnamedeki düşünce gibi bozulmasına, kurulan hükümlerde sanık aleyhine temyiz olmadığından CMUK 326. maddesi uyarınca ceza miktarı itibarıyla sanığın kazanılmış haklarının korunmasına” (1. CD, 24.01.2011, 2010/6267 E, 2011/58 K).

<sup>142</sup> “İçtima sırasında yapılan hesap hatası kazanılmış hak oluşturmayaacağından, doğrudan verilen adli para cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen adli para cezaları toplanırken sonuç para cezasının 3975 Lira yerine, 2975 Lira olarak eksik tayini” (8.CD, 24.01.2012, 2011/17191 E, 2012/1820 K). “Hapis cezası adli para cezasına çevrilirken hesap hatası sonucu eksik ceza tayin edilmiş ise de kazanılmış hak nedeniyle bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.” (12.CD, 06/03/2012, 2012/8566 E, 2012/6166 K). “Sanık hakkında tayin edilen adli para cezasından, kusur nedeniyle indirim yapılırken, hesap hatası nedeniyle sonuçta eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından ve kazanılmış hak da gözetilerek bozma nedeni yapılmamıştır.” (12.CD, 12.03.2012, 2012/10933 E, 2012/6850 K)

zenleyen TCK'nun 50/2.maddesine aykırı olarak sanık (A.E) hakkında hükmolunan hapis cezasının 1.500.00 TL adli para cezasına çevrilmesi, O Yer C.Savcısının aleyhe temyizi nedeniyle, hükmün temyiz kabiliyetini ortadan kaldırmayacağına” hükmetmiştir. Buna karşılık kararın ifade biçiminden sanığın bu hakka sahip olmadığı sonucu çıkmaktadır ki bunu izah etmek güçtür.<sup>143</sup>

## **b. Yargıtay Bozma Kararının Yorumunda Hata Edilmesi**

Yerel mahkemenin, Yargıtay bozma kararını yorumlamada hataya düşerek sanık lehine daha az bir ceza tayin etmesi ve bu hüküm aleyhine de yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde, sanık mahkemenin bu hatasından yararlanacaktır. Bu hata, Yargıtay'ın aleyhte değiştirme yasağına ilişkin vermiş olduğu kararın yanlış yorumlaması sonucu da ortaya çıkabilir. Örneğin, aleyhte değiştirme yasağı uyarınca tayin edilmesi gereken cezadan daha az bir ceza tayin edilmesi veya önceki ceza tedbire dönüştürülmediği veya ertelenmediği halde Yargıtay kararının yanlış yorumlanarak, hapis cezasının tedbire dönüştürülmesi veyahut ertelenmesi halinde olduğu gibi. Sanığın ikinci kez yapılan hatadan yararlanması rahatsızlık

<sup>143</sup> 2. CD, 27.05.2009, 2008/23968, E, 2009/25622 K. Bu kararla ilgili yazılan karşı oy şu şekildedir: “Mahkemelerce daha ağır bir cezayı gerektirecek ve doğru uygulama yapıldığında temyiz incelemesine konu olabilecek bir eylemde, suç niteliği doğru belirlenmesine karşın, yanlış bir uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan bir cezanın verilmesi halinde, bu gibi hükümlerin aleyhe başvuru üzerine, temyiz denetimine konu olabileceği, düşüncesine katılmak mümkün değildir. Sonuç cezanın, 2000 YTL yi aşmayan adli para cezası olması halinde, kesin nitelikteki hükümlerin ancak kesinlik sınırını aşar nitelikte yaptırım içermek koşuluyla suç vasfına yönelik temyiz üzerine, bu hususla sınırlı biçimde temyiz incelemesine konu olabilecekleri, suç vasfı dışında yapılan ve maddi hatayı belirleyen aleyhe temyizlerin temyiz incelemesine konu olamayacaklarını düşünmekteyim. “uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir” hükmü karşısında, sonuç cezanın, 2000 YTL yi aşmayan adli para cezası olması halinde, kesin nitelikteki hükümlerin, lehe temyiz varsa incelenemez, aleyhe temyiz varsa incelenebilir kabulü çelişkidir ve kabul edilemez.” (H.E) Yanılgılı uygulama nedeniyle temyiz sınırının altında kalan cezaların lehe temyiz üzerine incelenememesi, buna karşılık aleyhe temyiz üzerine incelenmesi şeklindeki uygulamanın isabetli olmadığını düşünmekte ve bu açıdan karşı oydaki düşünceyi yerinde bulmaktayız. Kişisel kanaatimiz, suçun niteliğinin değişmesinin söz konusu olmadığı bu gibi hallerde aleyhe yasa yoluna başvurulmayacağı şeklindedir. Yüksek Mahkememizin uygulaması da, kesin nitelikteki hükümlerin ancak temyize elverişli olabilme ön koşulu ile suçun niteliğine yönelik temyiz üzerine ve bununla sınırlı olarak temyiz incelemesine konu olabileceği şeklindedir (C.G.K. 29.11.2005 gün ve 2005/7-123-151). Sanık bakımından ise farklı düşünmek gerektiği kanısındayız. Gerçekten burada yanılgılı uygulama nedeniyle sanık lehine bir ceza tayini söz konusu ise de, bu durum sanığın bir başka hakkını, yasa yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırmaktadır. Hükmün hukuka aykırı düşünen sanığı, lehine olan yanılgılı uygulama nedeniyle anayasal bir hakkı olan yasa yoluna başvurmadan mahrum ve haksız bir mahkumiyete katlanmaya zorlamak isabetli olmayacaktır. Sanığın yasa yoluna başvurma hakkı kabul edildiğinde ise şu sorunun yanıtlanması lazımdır: acaba sanık yasa yoluna başvurduğunda önceki yanılgılı uygulama nedeniyle lehine oluşan durumdan feragat etmiş mi olacaktır, yoksa bu durumda da aleyhte değiştirme kuralı uyarınca önceki para cezasından daha fazla ceza verilemeyecek midir? Yasağın kabul ediliş amacı dikkate alındığında, aşırı bir lehe durum yaratacak olmasına karşın sanığa önceki para cezasından daha fazla bir ceza tayin edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

yaratsa da yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde sanık bu hatadan yararlanacaktır.<sup>144</sup>

### C. GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Güvenlik tedbirleri, suçluyu ıslah ve terbiye ederek topluma kazandırma ve yeniden suç işlemesine engel olmak suretiyle de toplum düzenini koruma amacını güder. Bu amaca en uygun tedbirlerin ise en son çıkan yasalardaki tedbirler olduğu düşüncesiyle, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin hemen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>145</sup> Derhal uygulamanın bir gerekçesi de güvenlik tedbirlerinin ceza olmayıp, aralarında ağırlık bakımından bir fark bulunmadığı şeklindeki kabuldür. Ancak bazı güvenlik tedbirleri diğerlerine göre daha ağır olup, güvenlik tedbirlerinin aynı ağırlıkta olduğu şeklindeki düşünce isabetli değildir. Ayrıca gerek Anayasa'da (Ay 38 md) gerekse de TCK'da (TCK 7/1 md) güvenlik tedbirleri bakımından da kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin önemli unsurlarından biri de geçmişe uygulama yasağıdır. 5377 sayılı yasa ile değiştirilmeden önce 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde, *"güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır"* denilmekteydi. Değişiklikten sonra ise güvenlik tedbirlerine yer verilmemiş, tekrerrür, erteleme ve koşullu salıverme hariç infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere derhal uygulama ilkesi, "infaz rejimine" ilişkindir. Kanun ve gerekçesinde bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bizim de katıldığımız doktrindeki görüşe göre, bu kavramdan, infazın salt gerçekleştirilmesi ve infazın şekline ilişkin hükümlerin anlaşılması gereklidir.<sup>146</sup> Buna göre, cezanın türünü ve miktarını değiştirip hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi uzatan hükümlerin derhal uygulanmaması lazımdır. Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir karar da, bu görüşü destekler niteliktedir. CGK'na göre, 5237 sayılı TCK'da yer alan *"güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanunun uygulanacağına ilişkin düzen-*

<sup>144</sup> "Sanığın kazanılmış hakkının bulunmamasına rağmen mahkemece sanığın kazanılmış hakkı olduğundan bahisle alt haddeden ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" (12.CD, 27.02.2012, 2012/9698 E, 2012/5348 K). "Aleyhe bozma yasağının sonuç cezaya ilişkin olmasına rağmen; kazanılmış haktan bahsedilip cezanın ertelenmesine karar verilmesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (12.CD, 10/10/2011, 2011/3157 E, 2011/2648 K) "Sanıklar (AK) ve (ZD) hakkında ceza belirlenirken, kazanılmış hakkın sonuç ceza üzerinden değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeyerek eksik ceza öngörülmüş ise de, karşı temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı" (4.CD, 11.04.2012, 2012/3006 E, 2012/8834 K), "Kazanılmış hak oluşturacağı yanlışısıyla 765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi uygulanmamış ise de, bu hususun infazda gözetilebileceği ve bozmayı gerektirmediği," (4.CD, 24.1.2012, 2011/22459 E, 2012/1114 K). Aynı yönde bkz.6.CD, 02.11.2012, 2008/27996 E, 2012/19027 K.

<sup>145</sup> Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 124-125. Yazarlara göre, lehe güvenlik tedbirleri geçmişe yürürlük olarak uygulanacak, buna karşılık aleyhe güvenlik tedbirleri ise geçmişe yürürlük olarak uygulanmayacaktır. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 125.

<sup>146</sup> Selçuk, s. 33, Özbek, İnfaz, s. 21; Katoğlu, s. 222.

leme, infaz rejimi yönünden derhal uygulama ilkesine aykırı olarak, ileride yapılacak değişikliklerin uygulanmasını engelleyecek ve sadece güvenlik tedbirlerinin infaz rejimi ile sınırlı bir şekilde iken, sonraki düzenleme ile bu kural, güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine, cezaların infaz rejimi de eklenmek ve derhal uygulama ilkesi benimsenmek suretiyle genişletilmiştir. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, bu kuralın ceza veya güvenlik tedbirinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğudur, zira gerek cezalar, gerekse güvenlik tedbirleri yönünde 7. maddenin 1 ve 2. fıkralarında yer alan kurallar geçerli olup, 3. fıkra sadece infaz rejimi ile sınırlıdır.”<sup>147</sup> Derhal uygulama ilkesi yalnızca infaz rejimi ile sınırlı olduğuna göre, güvenlik tedbirini ağırlaştıran hükümler bakımından aleyhte değiştirme yasağının bulunduğunu kabul etmek gerekir.<sup>148</sup>

Güvenlik tedbirlerinin amacı, kısaca suçluyu ıslah edip tekrar topluma kazandırmak olup, bu amaca en iyi hizmet edecek tedbirin de en son çıkarılan kanunda yer alan tedbir olduğu kabul edilir. O nedenle, bu tedbirler bakımından derhal uygulama ilkesinin geçerli olması, aleyhte değiştirme yasağının uygulanmaması lazımdır. Ancak bazı güvenlik tedbirlerinin cezaya benzediği ve özgürlüğü kısıtladığı da bir gerçektir. O nedenle, doktrinde güvenlik tedbirleri bir ayırıma tabi tutulmakta; cezaya benzer, kişinin özgürlüğünü kısıtlayan tedbirler bakımından lehe kanunun uygulanması; buna karşılık failin korunması, tedavi edilmesi amacını güden güvenlik tedbirleri bakımından ise yeni kanunun derhal uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir.<sup>149</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, aleyhte değiştirme yasağına yer verilen hükümde, sanığın bir psikiyatri kliniğine veya tedavi kurumuna yerleştirilmesi kuralın kapsamı dışında tutulmuştur. İstisna tutulanların dışındaki güvenlik tedbirleri bakımından aleyhte değiştirme yasağı geçerlidir. Kanunumuzda yapılacak bir değişiklikle benzer bir düzenlemeye yer verilmesi yararlı olacaktır.

Esasında güvenlik tedbiri niteliğinde bulunmayan bazı tedbirler kanunumuzda güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir. Örneğin, 5. fıkra hariç TCK’nın 53. maddesinde yer alan tedbirler güvenlik tedbiri olmayıp, ceza mahkûmiyetinin yasal sonuçlarıdır, hükümde yer almasa bile hükümlü hakkında uygulanırlar. O nedenle bu tedbirler bakımından aleyhte değiştirme yasağı söz konusu değildir.<sup>150</sup> Buna karşılık, suç karşılığı olarak suçludaki tehlikelilik haliyle orantılı şekilde ve hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar uygulanabilecek olan 5237 sayılı TCK’nın 53/5.

<sup>147</sup> CGK, 21.03.2006, 2006/9-49, E, 2006/52 K.

<sup>148</sup> Katoğlu, s. 216. Aynı sonuç için bkz. Selçuk, s. 30. Aksi görüş için bkz. Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 511-512, Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 107.

<sup>149</sup> Artuk, Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı.1-2, Yıl: 2008, s. 479.

<sup>150</sup> Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s. 406.

maddesinde yer alan güvenlik tedbirinin süresinin takdiri tamamen hâkime ait olup bu hak yoksunluğuna karar verildiğinin hükümde açıkça gösterilmesi zorunludur. TCK'nın 53/5. maddesine hükümde yer verilmemesi ve yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde aleyhte değiştirme yasağı uyarınca bu tedbire hükümlenmesi mümkün değildir.<sup>151</sup>

#### D. YARGILAMA GİDERİ VE VEKÂLET ÜCRETİ

Aleyhte değiştirme yasağı "ceza" bakımından geçerli olup, yargılama gideri ve vekâlet ücreti yasağın kapsamı dışında kalmaktadır. Yüksek Mahkeme'mizin genel uygulaması da yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bakımından da aleyhte değiştirme yasağının geçerli olmadığı şeklindedir.<sup>152</sup> Ancak Yüksek Mahkememiz farklı kararlar da vermiştir.<sup>153</sup>

#### IX. SONUÇ

Hukuksal temeli ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülen aleyhte değiştirme yasağı birçok ülkede kabul edilen ve uygulanan bir ilkedir. Aleyhte değiştirme yasağının yasal olarak düzenlenmediği bazı ülkelerde de bu yasağın yasal çarelerin doğası gereği mevcut olduğu ve açıkça düzenlenmese de bu kuralın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>154</sup> Gerçekten mevzuatında aleyhte değiştirme yasağına yer vermeyen Amerika Birleşik Devletleri'nde, içtihat yoluyla sanık lehine başvuru

<sup>151</sup> CGK, 20.09.2011, 2011/5-104 E, 2011/183 K.

<sup>152</sup> "Vekalet ücretinde kazanılmış hak olmayacağı gözetilmeden hüküm tarihinde geçerli avukatlık asgari ücret tarifesine göre vekalet ücreti tayini yerine, bozmadan önceki vekalet ücretine hükmedilmesi" (12. CD, 14.02.2012, 2012/1286E, 2012/2867 K).

"Kabule göre de vekalet ücretinin takdirinde kazanılmış hak söz konusu olmadığından, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 20. maddesi uyarınca hüküm tarihinde geçerli olan miktarın takdir edilmesi gerektiğinin nazara alınmaması," (2. CD, 26/01/2012, 2011/8258 E, 2012/1169 K)

<sup>153</sup> "1) Katılan lehine verilen vekalet ücreti miktarının hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1250.TL olması gerektiği halde, kazanılmış hak oluştuğundan bahisle yazılı şekilde 900.TL maktu vekalet ücretine hükmedilmesi suretiyle eksik vekalet ücreti takdir edilmesi, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (1. CD, 13.04.2011, 2009/8236 E, 2011/2260 K).

"27.07.2006 tarihli ilk kararda katılanlar lehine vekalet ücretine hükmedilmediği ve bu kararın sadece sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi nedeniyle sanık lehine kazanılmış hak oluşmasına rağmen mahkemece 19.03.2009 tarihli kararda katılanlar lehine vekalet ücretine hükmedilmesi," (12. CD, 02.04.2012, 2012/8308 E, 2012/8845 K). Yargıtay'ın mülga 1412 sayılı CMUK'nun yürürlükte olduğu dönemdeki kararları da bu yönde idi. "Yerel Mahkemece, ilk hükümde zorunlu kararını verdiği araç ve emvalin değeri üzerinden nisbi vekalet ücretine hükmedilmemiş ve bu hüküm sadece sanık tarafından temyiz edilerek incelenmiştir. O halde, sanık yönünden nisbi vekalet ücretine ilişkin olarak usuli mütesep hak doğmuştur. Bozmadan sonra Yerel Mahkeme bozma gereğini yaparak hüküm kurduğuna göre, katılan vekilinin şahsi hakka yönelik temyizi üzerine Özel Dairenin nisbi vekalet ücreti hükmedilmemesini bozma nedeni yapması usuli kazanılmış hak ilkesine aykırıdır" (CGK. 7.12.1992, 321/333).

<sup>154</sup> Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 96.



üzerine sonucun aleyhe değiştirilmesine sınırlamalar getirilmiş ve sonucun ağırlaştırılmasının sanığın Anayasa’da güvence altına alınan yasa yollarına başvurma hakkını ihlal edeceği belirtilmiştir.<sup>155</sup> Yasa yoluna başvurma hakkının AİHS’nin Ek-7. Protokolü’nde düzenlendiğine işaret eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin R (92) 17 sayılı Tavsiye Kararı’nda da, sanık lehine temyizde hükmün aleyhe bozulabileceği korkusunun, sanıkların yasa yoluna başvurmalarını engelleyeceği belirtilerek üye ölkelere aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi tavsiye edilmiştir. Özetle belirtmek gerekirse günümüz için bu önemli ilkedен vazgeçilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Tam tersine, bu kuralın kabul ediliş amacına, yani sanığın sonucun aleyhine değiştirilebileceği korkusuna kapılmadan yasa yollarına başvurma hakkını güvence altına alacak şekilde yeniden düzenlenmesi yararlı olacaktır. O nedenle yapılacak bir yasal düzenlemede yasak yalnızca cezaya hasredilmemeli, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nda olduğu gibi (Fransız CMK 515/1 md) “sanığın durumu” nun ağırlaştırılamayacağı kabul edilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Alicanoğlu, Mahmut, Tarihçeli, İzahlı, İctihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1971.
- Altıparmak, Kerem, “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.45, Sayı.1-4, 1996.
- Artuk, Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt:XII, Sayı.1-2, Yıl: 2008.
- Ashman, Allan, The Prisoner’s Dilemma: Harsher Punishment upon Retrial, 55, American Bar Association Journal, (1969). <http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012).
- Aplin, Kenneth L. Sentence Increases on Retrial after North Carolina v. Pearce; University of Cincinnati Law Review, Volume:39, No.3, (1970).<http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012)
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası İstanbul 2012.
- Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 17 of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing. <https://wcd.coe.int/com.instranet>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012).
- Çağlayan, Muhtar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt.3, Ankara 1981.
- Dunsky, Gregory P., The Constitutionality of Increasing Sentences on Appellate Review, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol.6, No.1.(1978). <http://Heinonline.Org> (Erişim Tarihi: 28.5.2012).

<sup>155</sup> Increased Sentece Upon Retrial, (Case Comment), Volume: 25, Washington and Lee Law Review, (1968), s. 60 vd; <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/5> (Erişim Tarihi:26.5.2012). Ashman, s.928 vd. Aplin, s.427 vd.

- Erem, Faruk, Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara Barosu Dergisi, Cilt.24, Sayı.4, 1967.
- Erem, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996.
- Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf, Ankara 2010.
- Eryılmaz, M.Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012.
- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013.
- Herke/Toth, Overview of Prohibition of Reformatio in Peius in the Hungarian Criminal Procedure, (Kısaltma: Overview of Prohibition of Reformatio in Peius) Lex et Scientia, Volume.1, No:XVIII, Bukarest 2011. [http://lexetscientia.univnt.ro/download/379\\_377\\_lesij\\_js\\_XVIII\\_1\\_2011\\_art\\_002.pdf](http://lexetscientia.univnt.ro/download/379_377_lesij_js_XVIII_1_2011_art_002.pdf). (Erişim Tarihi:28.3.2013).
- Herke,Csongor/Toth, Csenge, Theoretical and Practical Issues of the Prohibition of Reformatio in Peius in Hungary, (Kısaltma: Prohibition of Reformatio in Peius) Issues of Business And Law, Volume 3 (2011). [www.ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/3/4](http://www.ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/3/4) (Erişim Tarihi: 2.3.2012).
- Günay, Erhan, Uygulamada ve Öğretide Bozmanın Sirayeti ve Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2000.
- Increased Sentece Upon Retrial, (Case Comment), Volume: 25, Washington and Lee Law Review, (1968). <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/5>(Erişim Tarihi:26.5.2012)
- Jerold H.Israel/Wayne R.LaFave, Criminal Procedure, Constitutional Limitations, in a Nutshel, Minnesota, United States of America, 1993.
- Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001.
- Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.
- Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio in Peius Kuralı, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2011.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2012.
- Kunter, Nurullah, Aleyhte Düzeltme Yasağı, İHFM, Sayı.3-4, (1952).
- Malleson, Kate, The Legal System, Oxford University Press, 2007.
- Nicholas, Cowdery, Crown Appeals Against Sentence and Double Jeopardy, <http://njca.anu.edu.au> (Erişim Tarihi:25.5.2012).
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat M./Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2012.
- Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2007.
- Özgenç, İzzet,Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2013.

- Vural/Savaş, Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1995.
- Selçuk, Sami, Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı ve Ülke-  
mizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım, Türkiye Adalet  
Akademisi Dergisi, Cilt.1, Yıl.2, Sayı.7, Ekim 2001.
- Spencer, John. R. *“Does our Present Criminal Appeal System Make Sense”* Criminal  
Law Review, August [2006]
- Stavros, Stephanos , The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the  
European Convention on Human Rights, Dordrecht, Boston/London, 1993.
- şener, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza, Ankara  
1997.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hu-  
kuku, Ankara 2011.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Ola-  
rak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2006.
- Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955.
- Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, Açıklamalı-İçtihatlı, Ceza Muhakemeleri  
Usulü Kanunu, Ankara 2000.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.
- Uygun, Mehmet/ Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Genel Kurulu Ka-  
rarları (1988-1991), Ankara 1991.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Baro-  
lar Birliği Yayınları, Ankara 2006.
- Yüce, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanunyolları,  
Erzurum 1967.
- Wasek-Wiaderek, Malgorzata, The Principle Of “Equality Of Arms” in Criminal Pro-  
cedure Under Article 6 Of The European Convention On Human Rights And its  
Functions in Criminal Justice of Selected European Countries a Comparative View,  
Leuven, Belgium, 2006.



**FRANSIZ VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA  
CİNSEL TACİZ SUÇU  
(Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme)  
(*A study of sexual harassment crime in French and Turkish  
Penal Codes according to principle of legality*)**

**Gülfem PAMUK\***

**ÖZET**

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Ceza Kanunu (CP) madde 222-33'de düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin hükmü, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal etmiş ve 6 Ağustos 2012 tarihinde kabul edilen 2012-954 sayılı Kanun ile cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmıştır. Yeni düzenlemede cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak tanımlanmış, madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında cinsel içerikli hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre suçun iki farklı şekli öngörülmüştür.

Türk ceza hukukunda TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ancak gerekçede, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır. Çalışmamızda, Türk ve Fransız Ceza Hukuku'nda cinsel taciz suçu, kanunilik ilkesi bakımından mukayeseli olarak incelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu, Kanunilik ilkesi.

***Abstract***

French Conseil Constitutionnel (Constitutional Committee) held that the provision previously included in the Criminal Code (at Article 222-33) was void on the grounds that it was insufficiently precise and therefore unconstitutional on 4 May 2012 (Conseil Constitutionnel, May 4, 2012, n°2012-240).

\* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

The new law re-establishes former article 222-33 of the Criminal Code and defines sexual harassment more precisely as two offences: “The criminal offence of sexual harassment by repeated words or actions of a sexual nature” and “The criminal offence of sexual harassment by sexual blackmail”.

The crime of sexual harassment is described in Article 105 of the Turkish Penal Code. Article 105 is considered, actions constituting sexual harassment must have the following key elements: The action should be performed with sexual purpose, should violate moral pureness in a sexual manner, should not be in contact with the victim's body, should have been committed against the victim's will and should have disturbed the victim.

**Keywords:** Sexual harassment, French Penal Code, Turkish Penal Code, Principle of Legality.

## I. Giriş

Suç ve cezanın ancak yasayla konulabileceğini ifade eden “suçta ve cezada kanunilik ilkesi (Nullum crimen, nulla poena sine lege)”, çağdaş ceza hukukunun önemli ilkelerinden biridir. Bu ilke, bireylerin hangi davranışların suç oluşturduğunu ve bunların karşılığında hangi cezaların öngörüldüğünü bilmelerini sağlar; hakimlerin bireyleri keyfi olarak cezalandırmalarını önler ve yasakoyucuyu insan haklarına ve demokratik anayasal haklara aykırı yasalar yapma konusunda sınırlandırır<sup>1</sup>.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bir yandan kişisel hürriyet ve dokunulmazlığı korurken, bir yandan da bu hürriyeti sınırlar. Ancak bu ilke sayesinde, ceza hukuku sosyal savunmayı sağlayıcı amacı ile ferdi koruma amacını bağdaştırabilir<sup>2</sup>.

Alman hukukçu Feuerbach tarafından hukuki bir ilke haline getirildiği kabul edilen<sup>3</sup> suçta ve cezada kanunilik ilkesine, Fransız İhtilali'nden hemen sonra yayınlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesinde, 1791 ve 1793 tarihli Fransız Anayasalarında ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir<sup>4</sup>. Türk hukukunda ilk defa 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda örtülü olarak yer alan bu ilke, 1876 tarihli Kanunu Esasi'de (madde 10) açık olarak düzenlenmiştir<sup>5</sup>. Cumhuriyet döneminde, 1961 ve 1982 Anayasası'nda bu ilkeye yer verilmiştir.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse kanunun suç say-

<sup>1</sup> N.Centel/H.Zafer/Ö.Y.Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2011, 46-47.

<sup>2</sup> S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, İstanbul 1999, 17.

<sup>3</sup> F.Erem/A.Danışman/M.E.Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, 94-95.

<sup>4</sup> Bu ilkenin ilk izlerine Montesquieu ve Beccaria'nın eserlerinde rastlanmaktadır. 18. Yüzyılda Montesquieu “Kanunların Ruhü Üzerine” adlı eserinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini ele almış ve özgürlüğü kanunların izin verdiği her şeyi yapma hakkı olarak tanımlanmıştır. Bkz: C.Montesquieu, *Kanunların Ruhü Üzerine*, (Çev. Fehmi Baldaş), Ankara 2004, 155; C.Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2004, 31-32.

<sup>5</sup> T.Taner, *Ceza Hukuku-Umumi Kısım*, İstanbul 1949, 132-134.

madığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında ise “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gereğince, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, açık, anlaşılır ve belirli olması gerekmektedir.

Benzer şekilde Fransız Anayasası'nın 34. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, cünha ve cürümlerin tayini, cezalar, uygulanacak muhakeme usulü, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü yasalar tarafından belirlenir. Kanunkoyucu ceza kanununun sınırlarını belirlemekle yükümlüdür<sup>6</sup>.

Çalışmamızın konusunu, Türk ve Fransız Ceza Hukuku'nda cinsel taciz suçunun kanunilik ilkesi bakımından mukayeseli olarak incelenmesi oluşturmaktadır. Bu konunun seçiminde, Fransız Anayasa Konseyi'nin, Fransız Ceza Kanunu (CP) madde 222-33'de düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin hükmünü, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal etmesi ve 6 Ağustos 2012 tarihinde kabul edilen 2012-954 sayılı Kanun ile cinsel taciz suçunun yeniden tanımlanması etkili olmuştur.

Fransız Anayasa Konseyi tarafından cinsel taciz suçuna ilişkin hükmün iptal edilmesinden önce, Fransız öğretisinde, cinsel taciz suçunun tanımının açık ve belirli olmadığı ve bu şekilde suçun kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde görüşler ileri sürülmekteydi. Diğer taraftan, kanun metninde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada “cinsel taciz suçunun çok hareketli suç olduğu” yönünde bir kabul oluşmuştu. Son yasal değişiklikle, Fransız kanunkoyucu, öğretiyi ve uygulamadaki çok hareketli suç eğilimini dikkate almış ve kanunilik ilkesi çerçevesinde cinsel taciz suçunu daha belirli bir şekilde tanımlamıştır<sup>7</sup>. Yeni düzenlemede cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak tanımlanmış, madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında cinsel içerikli hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre suçun iki farklı şekli öngörülmüştür.

Türk ceza hukukunda cinsel taciz suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının “kişilere karşı suçlar” başlıklı ikinci kısmının, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlıklı altıncı bölümünde, 105. maddede düzenlenmiştir. Aslında, TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin “cinsel amaçlı ta-

<sup>6</sup> Belirtmek gerekir ki, evrensel hukuk kurallarından olan “kanunilik ilkesi” uluslararası belgelerde de yerini almıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11. maddesinde, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yasallık ilkesi düzenlenmiştir.

<sup>7</sup> J.Perrier, “Harcèlement sexuel: précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision-Arret rendu par Conseil constitutionnel”, *Actualité Juridique Pénale*, no: 9 du 13.09.2012, 482.

ciz” şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ancak gerekçede, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda, “cinsel taciz” suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü hususunda, gerek öğreti, gerekse yerel mahkeme ve Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle, Fransız Ceza Kanunu’nda cinsel taciz suçunun, ilk defa suç olarak kabul edilmesinden, ilgili hükmün Anayasa Konseyi tarafından 4 Mayıs 2012 tarihinde kanunilik ilkesine aykırı görülerek iptal edilmesine kadar geçen süreçte geçirdiği değişiklikler kronolojik olarak ele alınacaktır. Fransız öğretisinde ileri sürülen görüşler ve Yüksek Mahkeme’nin bu konudaki kararları incelenerek, cinsel taciz suçunun çok hareketli suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğuran son yasal değişiklik üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, Türk Ceza Kanunu’nda cinsel taciz suçu, kanunilik ilkesi açısından mevzuat ve uygulama ışığında değerlendirilecektir.

## II. Fransız Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçunun Kanunilik İlkesi Bakımından İncelenmesi

### 1. Genel olarak

Fransız Ceza Kanunu’nda, cinsel taciz suçu, “kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhalar” başlıklı ikinci kitabın, “kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne karşı suçlar” başlıklı ikinci bölümünün, “cinsel saldırılar” başlıklı üçüncü kısmında, m. 222-33’de düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

Fransız Ceza Kanunu m.222-33’de düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin hüküm, Fransız Anayasa Konseyi tarafından madde metninin belirsizliği gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal edilmiş<sup>9</sup> ve 6 Ağustos 2012 tarihinde kabul edilen Kanun ile cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmıştır<sup>10</sup>.

Fransız Anayasa Konseyi’nin cinsel taciz suçunu düzenleyen maddeyi kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmesine ve yeni kanuni düzenlemeye kadar, cinsel taciz suçu seneler içerisinde birçok kez değişikliğe uğramıştır.

<sup>8</sup> Fransız Ceza Kanunu’nun orijinal resmi metni için bkz: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

<sup>9</sup> Fransız Anayasa Konseyi, 04.05.2012, no: 2012-240 QPC, Journal officiel de la République française (JORF), no: 0106 du 5 mai 2012, p. 8015, texte no: 150.

Karar metninin tamamı için bkz:

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=CAE31829762A46C8216AFC64DCE35941.tpdjo04v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000025803132&idArticle=JORFARTI000025803133&dateTexte=20120505&categorieLien=cid#JORFARTI000025803133](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=CAE31829762A46C8216AFC64DCE35941.tpdjo04v_1?cidTexte=JORFTEXT000025803132&idArticle=JORFARTI000025803133&dateTexte=20120505&categorieLien=cid#JORFARTI000025803133) (Erişim tarihi: 08.01.2013).

<sup>10</sup> 6 Ağustos 2012 tarih ve 2012-954 sayılı Kanun.



## 2. Fransız Ceza Hukukunda cinsel taciz suçunun tarihi gelişimi

### a. 22 Temmuz 1992 tarih ve 92-684 sayılı Kanun

Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçu, ilk defa 1992 tarihli Kanun'la düzenlenmiştir<sup>11</sup>.

Fransız Hükümeti tarafından meclise sunulan kanun tasarısında cinsel taciz suçuna yer verilmemişti. 21 Haziran 1991 tarihinde gerçekleştirilen birinci meclis görüşmesi sırasında Yvette Roudy ve Gérard Gouzes isimli milletvekilleri cinsel tacizin suç olarak düzenlenmesi önerisinde bulunmuşlardı. Bu öneriye göre cinsel taciz suçu, Fransız Ceza Kanunu, 5. Bölüm 1. Kısım'da, ayrımcılık suçlarının düzenlendiği bölümde yer alacaktı<sup>12</sup>.

İkinci meclis görüşmesi 2 Aralık 1991 tarihinde gerçekleştirilmiş ve cinsel tacizin suç olarak düzenlenmesi konusunda görüş birliğine varılmıştır. Ancak suçun tanımı üzerinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin bazı milletvekilleri, tasarıda geçen "rahatsız etmek" ifadesinin kaldırılarak cinsel taciz suçunun daha açık ve anlaşılır şekilde tanımlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer taraftan, Raportör Michel Pezet tarafından, cinsel taciz suçunun çok hareketli suç olarak düzenlenmesi ve suçun tekrarlayan hareketlerin yapılması ile oluşması önerilmiştir. Ancak bu öneri, somut olaya göre bazı durumlarda tekrarlanma şartı aranmadan, tek bir cinsel içerikli hareketin de cinsel taciz suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>13</sup>.

Toplantı, cinsel taciz suçunun, ayrımcılık suçlarının düzenlendiği bölümde değil, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi hususunun kabulü ile sona ermiştir. Ancak aksi görüşlere rağmen, cinsel taciz suçunun tanımında "rahatsız etmek" ifadesine yer verilmiştir. Suçun oluşabilmesi için, hareketin birden fazla kez yapılması yönünde bir düzenlemeye de gidilmemiştir.

1992 Tarihli Kanun'da, cinsel taciz suçu şu şekilde tanımlanmıştır; "*Görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, emir, tehdit veya maddi cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin frank para cezası ile cezalandırılır*"<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> 22 Temmuz 1992 tarih ve 92-684 sayılı Kanun.

<sup>12</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Etude d'impact, Juin 2012, 3. [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/2808/19806/version/1/file/ei\\_harcelement\\_sexuel\\_cm\\_13.06.2012.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/2808/19806/version/1/file/ei_harcelement_sexuel_cm_13.06.2012.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2013).

<sup>13</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 3.

<sup>14</sup> Services du Conseil constitutionnel, "Décision no 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel", Dossier Documentaire, 4. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012240QPCdoc.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

### b. 17 Haziran 1998 tarih ve 98-468 sayılı Kanun

1998 Tarihinde, cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmış ve madde metnindeki; *“emir, tehdit veya maddi cebir ile”* ifadeleri *“emirler vererek, tehditler savurarak, ciddi baskılar veya kuvvet uygulayarak”* şeklinde değiştirilmiştir<sup>15</sup>.

Cinsel taciz suçu bu değişiklik sonucunda şu şekli almıştır:

*“Görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, emirler vererek, tehditler savurarak, ciddi baskılar veya kuvvet uygulayarak, cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin frank para cezası ile cezalandırılır”*.

Bu dönemde öğretilerde bazı yazarlar, cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için *“emir, tehdit ve maddi cebir”* aranması şartını eleştirmişlerdir. Bu yazarlara göre, söz konusu kavramlar ırza geçme suçu ve diğer cinsel suçlar bakımından da arandığından karışıklığa sebebiyet verecek niteliktedir. Cinsel dokunulmazlığa yönelik suçların tanımlarında ortak kavramlar kullanılması suçları birbirine yaklaştırmakta, dolayısıyla hakime geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin bu düzenlemede hakim, cinsel saldırı suçuna teşebbüs halini cinsel taciz suçu olarak kabul ederek, faille cinsel saldırı suçuna oranla daha az ceza verebilecektir<sup>16</sup>.

### c. 17 Ocak 2002 tarih ve 2002-73 sayılı Kanun

2002 Tarihinde cinsel taciz suçu tekrar değişikliğe uğramış, *“görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak”* ve *“emirler vererek, tehditler savurarak, kuvvet veya ciddi baskı uygulayarak”* ifadeleri madde metninden çıkarılmıştır<sup>17</sup>. Anayasa Konseyi'nin iptaline kadar yürürlükte kalan düzenleme şu şekildedir: *“Cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır”*<sup>18</sup>.

Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmesine kadar yürürlükte kalan bu düzenleme öğretilerde eleştirilere uğramıştır. Bir görüşe göre, *“rahatsız etmek”* kavramının tam olarak neyi ifade ettiği açık değildir, söz konusu tanım belirsizdir ve bu şekilde kanunilik ilkesine aykırıdır<sup>19</sup>. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin de bu görüşü destekleyen kararlarına rastlanmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin 2007 tarihli bir kararına göre, cinsel taciz suçunun tanımında geçen *“cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız etmek”* ifadesi muğlak bir kavramdır. Cinsel taciz suçunun tanımı

<sup>15</sup> 17 Haziran 1998 tarih ve 98-468 sayılı Kanun.

<sup>16</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 4.

<sup>17</sup> 17 Ocak 2002 tarih ve 2002-73 sayılı Kanun.

<sup>18</sup> Services du Conseil constitutionnel, “Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel”, 5.

<sup>19</sup> M.Dini/F.Zocchetto/Y.Détraigne, “Proposition de loi-Relative à la définition du harcèlement sexuel”, Sénat, Session Ordinaire de 2011-2012, no: 556, 3. <http://www.senat.fr/rap/r11-596/r11-5961.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

suçun unsurlarını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyamamaktadır ve bu durum yasallık ilkesine aykırıdır<sup>20</sup>.

Diğer bir görüşe göre, yeni düzenlemede, “görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanma” şartının kaldırılması ve “*emirler vererek, tehditler savurarak, kuvvet veya ciddi baskı uygulayarak*” ifadelerine yer verilmemesi nedeniyle cinsel taciz suçunun kapsamı çok genişletilmiştir<sup>21</sup>. Bu bağlamda, flört etmek isteyen insanların bu suçun faili, gece klüplerinin ve barların ise cinsel taciz suçunun organize şekilde işlendiği yerler haline dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır<sup>22</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Fransız Adli İstatistik Kurumu'nun verilerine göre, 2002 yılından sonra cinsel taciz suçundan hüküm giyenlerin sayısında artış olmuştur. Buna göre, 1994-2002 yılları arasında cinsel taciz suçundan her yıl ortalama 30-40 kişi mahkum olmaktadır. 2002 Yılından sonra bu sayı artmış, 2004 yılında 63'e, 2005-2010 yılları arasında ise yılda ortalama 70-85'e yükselmiştir<sup>23</sup>. Öğretide bu artış, 2002 tarihli Kanun ile cinsel taciz suçunun tanımının genişletilmesine bağlanmıştır<sup>24</sup>.

### 3. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararları

Fransız Yüksek Mahkemesi, cinsel taciz suçunun tanımının açık olmadığı yönünde öğretide ileri sürülen eleştirileri dikkate almış, suçun gerçek anlamını ve kapsamını ortaya koymak amacıyla birbirini destekleyen ve besleyen birçok karar vermiştir.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2002 yılından sonra cinsel taciz suçuna ilişkin verdiği kararlarda daraltıcı yorum metodunu kullandığı, diğer bir deyişle, cinsel taciz suçunun kapsamını mahkeme içtihatlarıyla daraltma yoluna gittiği söylenebilir. Bu çerçevede, özellikle tanımda geçen “rahatsız etmek” kavramının tam olarak neyi ifade ettiği hususu içtihatlarla ortaya konulmak istenmiştir. Böylelikle, suçun tanımının daha açık ve anlaşılır şekilde ortaya konulması, hakimnin takdir yetkisini sınırlandırarak keyfi uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme, hangi durumlarda suçun oluşumu için hareketin tekrarının aranacağı, hangi durumlarda suçun tek hareketle işlenmiş sayılacağı konusunda önemli kararlar vermiştir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, tedbirli bir yasakoyucunun, yeni hükümler getirirken alışılmış uygulamayı ve Yargıtay içtihatlarını gözardı etmemesi gerekir<sup>25</sup>. Bu doğrultuda, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin cinsel taciz suçunun tek-

<sup>20</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 24.01.2007, no: 06-84429. Karar için bkz: Services du Conseil constitutionnel, “Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel”, 9.

<sup>21</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 6.

<sup>22</sup> (Maître) Eolas, “L'abrogation du délit de harcèlement sexuel”, Journal d'un avocat, 05.05.2012, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2012/05/05/L-abrogation-du-delit-de-harcement-sexuel> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

<sup>23</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 8-9.

<sup>24</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 9.

<sup>25</sup> N.Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, İstanbul Barosu 127. Kuruluş Yılı ve Avukatlar Günü

rarlanan çok hareketli suç olarak kabulü yönünde gösterdiği eğilim Ağustos 2012 tarihli yasal değişikliğe yansımıştır.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2004 tarihli bir kararına göre, *rahatsız etmek* kavramının içerisinde agresif bir davranış da vardır. Kişinin karşı tarafa duygularını ifade etmesi, teklifini düşünmesini istemesi ve onu dudağından öpmesi agresif bir davranış değildir. Mahkemenin mevcut delilleri değerlendirmesi ve hareketin ne şekilde cinsel çıkar amacı taşıdığını ortaya koyması şarttır. Fiilin suç kalıbına uymaması, suçun yokluğuna eşdeğerdir. Bu nedenle, bu gibi davranışların her durumda cinsel taciz suçunu oluşturacağını söylemek doğru olmaz<sup>26</sup>.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin benzer bir başka kararına göre, cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için, failin açık veya örtülü hareketlerle mağdur üzerinde belirli bir baskı veya nüfus kurması gerekir. İltifat etmek, aşkını itiraf ederek akşam yemeğine gitme teklifinde bulunmak gibi hareketler tek başına, failin mağdur üzerinde baskı kurarak cinsel çıkar sağlamak amacına yöneldiğini göstermez<sup>27</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Fransız Yüksek Mahkemesi çoğunlukla, karşı tarafla gönül ilişkisi kurmak amacıyla yapılan hareketleri, diğer bir deyişle, flört etme girişimlerini cinsel taciz suçu kapsamında görmemiştir. Kaba ve nezaketsiz olmamak koşuluyla, sadece bir kere gerçekleştirilen hareketlerin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, bu hareketlerin bir kere yapılması durumunda kişinin taciz amacı netleşmez. Ancak birkaç defa tekrarlanması durumunda, kişinin kastı netleşir ve davranışların cinsel taciz suçunu oluşturduğu kanaati ağır basar<sup>28</sup>. Bu dönemde öğretilde, Yüksek Mahkeme'nin cinsel taciz suçu bakımından örtülü de olsa çok hareketli suç<sup>29</sup> yaklaştığı ifade edilmiştir<sup>30</sup>.

Yüksek Mahkeme'ye göre, kişi davranışlarıyla karşı tarafa eğilimini ve samimi sevgisini ifade etmek istemiş olabilir. Kişilerin duygularını açıklamak amacıyla ger-

Kutlama Etkinlikleri çerçevesinde 06.04.2005 tarihinde yapılan "AB'ne Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları" konulu panelde sunulan tebliğin güncellenmiş metni, 8. (Polis Dergisi 44 (2005)'de yayınlanmıştır). Bkz: <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2013).

<sup>26</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 10.11.2004, no: 03-87986. Karar için bakınız: Services du Conseil constitutionnel, "Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel", 8.

<sup>27</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 31.01.2012, no: 11-82985. Karar için bakınız: Services du Conseil constitutionnel, "Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel", 11.

<sup>28</sup> Cour d'Appel de Versailles, 29.11.1996, no: 1996-055890; Cour d'Appel de Paris, 23.05.2000, no: 2000-125316; Cour d'Appel de Paris, 10.05.2001, no: 2001-147949; Cour d'Appel de Paris, 27.06.2001, no: 2001-155582. Kararlar için bakınız: Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 12.

<sup>29</sup> Fransız Ceza Hukuku'nda alışkanlık suçuna (les délits d'habitude) yer verilmiştir. Buna göre, bazı suçların cezalandırılabilmesi için en az iki kere işlenmiş olmaları gerekmektedir. Bkz: G.Cornu, Vocabulaire Juridique, Paris 2009, 284.

<sup>30</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 10.11.2004, no: 03-87.986. Karar için bkz: Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 14.

çektirdikleri flört girişimlerini ve samimi beyanlarını taciz saymak doğru olmaz. Mahkeme'ye göre bu gibi davranışlar bir arkadaşlığın başlangıcı olabilir ve bir aile kurulması için de ümit vaat eder. Karşı tarafı daha iyi tanımak, içten ve samimi şekilde duygularını ifade edip, hissettirmek amacıyla yapılan hareketler suç olarak kabul edilemez. Aksi takdirde, flört girişimlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir<sup>31</sup>.

Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarında belli bir yoğunluğa ulaşsa dahi, bu gibi hareketlerin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağını kabul ettiği görülmektedir. Örneğin, belirli aralıklarla öğlen ve akşam yemeklerine davet etmek, çiçek hediye etmek, telefonla arayıp, mail atmak gibi hareketler karşı tarafı tavlama girişimleri olarak görülmüş ve bu hareketlerin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir<sup>32</sup>.

Belirttiğimiz gibi, Fransız Yüksek Mahkemesi kural olarak, kaba ve nezaketsiz olmamak koşuluyla, karşı tarafla sevgili olmak amacıyla yapılan hareketleri, diğer bir deyişle, flört etme girişimlerini cinsel taciz suçu kapsamında görmemektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme'nin, nezaket sınırlarını aşan flört girişimlerini dahi cinsel taciz suçu kapsamında görmediği kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin, X şirketi müdürü Paris'te bir toplantı olduğu konusunda çalışanına yalan beyanda bulunarak kendi arabasıyla Paris'e gelmesini sağlamış, Paris'e ulaştıklarında ise toplantının gününü yanlış hatırladığını söyleyerek birlikte akşam yemeğine gitmeyi önermiş, akşam yemeğinden sonra geldikleri otelde ise sekreterinin yanlışlıkla tek kişilik oda rezervasyonu yaptırdığını söylemiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu olayda cinsel taciz suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, patronun davranışları nezaket sınırlarını aşmış olsa da, flört amacıyla yapılan, karşı tarafa ilgi ve eğilimi gösteren bu gibi hareketler basit sosyal davranışlardır ve cinsel taciz suçunu oluşturmazlar<sup>33</sup>.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararları incelendiğinde cinsel taciz suçunun çoğunlukla çok hareketli suç olarak kabul edildiği ve hareketin belli bir yoğunluğa ulaşmasının arandığı görülmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Mahkeme bazı kararlarında suçun oluşumu için tek bir hareketin varlığını yeterli görmüştür. Örneğin, karşı tarafı yersiz ve lüzumsuz şekilde ellemek, karşı tarafa telefon ederek açık saçık konuşmak, iç çamaşırı hediye etmek gibi hareketlerin tekrarı aranmamış ve bu hareketlerin sadece bir kere yapılmış olması ile cinsel taciz suçunun oluştuğu kabul edilmiştir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Cour d'Appel de Douai, 10.09.1997, no: 1997-990026. Karar için bakınız: *Projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, 12.

<sup>32</sup> Cour d'Appel de Metz, 01.09.2003, no: 2003-228443. Karar için bakınız: *Projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, 13.

<sup>33</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 19.01.2005, no: 04-83.443. Karar için bkz: *Projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, 13.

<sup>34</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 21.11.2007, no: 2007-042085.

Bu dönemde öğretilerde, cinsel taciz suçunun yeniden ve daha açık şekilde tanımlanması, pozitif bir düzenleme yapılarak uygulamadaki “cinsel taciz suçunun kural olarak çok hareketli suç olduğu” yönündeki kabulün yasallaşması gereği ifade edilmekteydi<sup>35</sup>. Fransız kanunkoyucu, öğretilerdeki görüşleri ve uygulamadaki eğilimi dikkate almış, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle cinsel taciz suçuna ilişkin hükmü iptal etmiş ve yeni yasal düzenleme ile suçu daha belirli bir tanıma kavuşturmuştur<sup>36</sup>.

#### 4. Cinsel taciz suçuna ilişkin hükmün kanunilik ilkesine aykırı bulunarak Fransız Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmesi

Fransız Ceza Kanunu m. 222-33’de “*cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde tanımlanmış bulunan cinsel taciz suçunun, Fransız Anayasası ile garanti altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiasıyla, 29 Şubat 2012 tarihinde Anayasa Konseyi’ne başvuruda bulunulmuş ve hükmün iptali istenmişti<sup>37</sup>.

Fransız Anayasa Konseyi, cinsel taciz suçunun tanımında yer alan “cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız etmek” ifadesinin yeterince açık olmadığı ve maddenin bu haliyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle maddenin iptaline karar vermiştir<sup>38</sup>.

Fransız Anayasası’nın 34. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, cünha ve cürümlerin tayini, cezalar, uygulanacak muhakeme usulü, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü yasalar tarafından belirlenir. Anayasa Konseyi’ne göre, Fransız Anayasası’nın 34. maddesi ve 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Beyannamesi’nin 8. maddesi gereğince kanunkoyucu ceza kanununun sınırlarını belirlemekle yükümlüdür. Suçların açık, seçik ve belirli olması kanunilik ilkesinin bir gereğidir.

Fransız Anayasa Konseyi’nin cinsel taciz suçunu tanımlayan hükmü iptal etmesindeki öncelikli amaç, kanunilik ilkesini düzenleyen Fransız Anayasası m. 34’ün gereklerini yerine getirmek, bu çerçevede suçu anlaşılabilirlik, açıklık ve belirlilik ilkelerine uygun hale getirecek kanuni düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır. İptal kararının ikinci amacı ise, cinsel taciz suçundan mağdur olan kişileri daha geniş bir alanda ve daha etkili şekilde korumak olarak ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 13.

<sup>36</sup> Cinsel taciz suçunun daha belirgin bir tanıma kavuşturulmasında, Avrupa Komisyonu’nun 23.09.2002 tarih ve 2002/73/CE sayılı, 13.12.2004 tarih ve 2004/113/CE sayılı, 05.07.2006 tarih ve 2006/54/CE sayılı tavsiye kararları etkili olmuştur. Bkz: E.Allain, “Harcèlement sexuel: la loi et la circulaire”, *Actualité Juridique Pénale*, No: 09 du 13.09.2012, 435.

<sup>37</sup> Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 29.02.2012, no: 1365. Bkz: *Journal officiel de la République française (JORF)*, no: 0106 du 5 mai 2012, 8015.

<sup>38</sup> Fransız Anayasa Konseyi, 04.05.2012, no: 2012-240 QPC, *Journal officiel de la République française (JORF)*, no: 0106 du 5 mai 2012, p. 8015, texte no: 150.

<sup>39</sup> Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 30-31.

## 5. Cinsel taciz suçunun yeni tanımı

6 Ağustos 2012 tarihli Kanun'un 1. maddesi ile cinsel taciz suçu yeniden düzenlenmiştir. Fransız Ceza Kanunu m. 222-33'e göre cinsel taciz suçunun yürürlükte bulunan yeni tanımı şu şekildedir:

*Cinsel taciz; tekrarlanan bir şekilde bir kimseyi, onur kırıcı veya aşağılayıcı niteliğiyle haysiyetini zedeleyen veya kişiye karşı korkutucu, düşmanca veya saldırgan bir durum yaratan cinsel içerikli söylem veya davranışlara maruz bırakmaktır.*

*Tekrarlanan nitelikte olmasa dahi, failin, kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak, açıkça veya görünüş itibarıyla cinsel bir fayda elde etmek amacıyla kişiye her çeşit ciddi baskı uygulaması da cinsel taciz kapsamındadır.*

Yeni düzenleme ile cinsel taciz suçunun cezası, Fransız Ceza Kanunu'nda düzenlenen diğer cinsel içerikli suçların cezalarına ve meydana gelen mağduriyetin ağırlığına paralel olarak arttırılmıştır. Buna göre, hem birinci hem de ikinci fıkrada düzenlenen cinsel taciz suçunun cezası iki yıl hapis ve 30 000 Euro adli para cezasıdır.

Cinsel taciz suçunun, görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi, 15 yaşından küçük çocuklara veya yaşı, hastalığı, sakatlığı, fiziksel veya psikolojik zayıflığı veya gebe olması nedeniyle kendisini koruyamayacak kişilere karşı işlenmesi ve birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumu ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda suçun cezası üç yıl hapis ve 45 000 Euro adli para cezası olarak öngörülmüştür.

Cinsel taciz suçu, failin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak, açık veya örtülü şekilde, cinsel içerikli bir tatmin elde etmek amacına yönelik olmalıdır. Cinsel bir fanteziye dayalı veya cinsel bir arzuyu ortaya çıkaran basit fiziksel temas da bu kapsamdadır<sup>40</sup>.

Yeni yasal düzenlemede, cinsel taciz suçu hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında iki farklı şekilde tanımlanmıştır.

### a. Cinsel taciz suçunun tekrarlanan hareketlerle işlenmesi

6 Ağustos 2012 tarihli Kanun'la yapılan değişikliklerle, Fransız Ceza Kanunu m. 222-33'ün ilk fıkrasında, cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, failin suç sayılması, hareketlerin tekrarlanması

<sup>40</sup> La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, "Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel", 7 Aout 2012, 6.

Metnin tamamı için bkz: <http://www.affaires-publiques.org/textof/TO/12/6191-0812.htm> (Erişim tarihi: 06.01.2013).

şartına bağlanmıştır. Hareketin tekrarlanması en az iki kere yapılmasını ifade eder. Hareketler arasında belirli bir zaman geçmiş olması şart değildir. Hareketler kısa bir zaman dilimi içerisinde yapılmış olsa dahi suç oluşabilir<sup>41</sup>.

### **b. Cinsel taciz suçunun bir kere işlenmesi**

Fransız Ceza Kanunu m. 222-33'ün ikinci fıkrası tekrarlanan nitelikte olmayan cinsel taciz suçunu düzenlemektedir. Suçun açık veya örtülü şekilde veya failin kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olacak şekilde işlenmesi mümkündür.

Tekrarlanan nitelikte olmasa dahi, failin hareketinin cinsel taciz suçunu oluşturabilmesi için, bu hareketin ilk fıkradaki hareketten daha ağır olması, diğer bir deyişle mağdur üzerinde “ağır baskı” yaratması gerekir. Hareketin ağırlığı, mağdur üzerinde yarattığı etki ve amacına bağlı olarak hareket tek bir kere yapılmış olsa dahi cinsel taciz suçu oluşacaktır.

Cinsel taciz suçuna ilişkin yeni yasal düzenlemenin yapıldığı günün ertesinde, 7 Ağustos 2012 tarihinde, Fransa Adalet Bakanlığı tarafından bir genelge yayınlanmış ve bu genelgede “ağır baskı” kavramı üzerinde durularak, bu kavramın neyi ifade ettiği örnekleme yoluyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Genelgeye göre, cinsel taciz suçunun, örneğin bir işe girmek, bir işte yükselmek, bir yeri kiralamak, bir sınavdan geçmek gibi talepleri bulunan mağdura karşı, mağdurun bu taleplerini karşılayabilecek bir pozisyonda bulunan fail tarafından, kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, “ağır baskı”nın olduğu kabul edilecektir. Benzer şekilde, suçun, bir işten çıkarılmamak veya sınıfta kalmamak gibi kendisine zarar verecek bir durumdan kaçınmak isteyen mağdura karşı işlenmesi halinde de “ağır baskı”nın olduğu kabul edilecektir. Çünkü bu gibi durumlar, mağdurun maruz kaldığı baskıya karşı direncini kırmaktadır. Mağdur üzerinde bu ağır baskı, tek bir hareketle veya tekrarlayan hareketlerle meydana getirilebilir. Ancak tek bir hareket suçun oluşması için yeterlidir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, “Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel”, 4; Türk öğretisinde, hukuki anlamda hareketin teklifinden ne anlaşılması gerektiğini ifade eden Zafer'e göre; “Bir irade ile birbirine bağlanan birden fazla doğal anlamda hareket varsa, hareketler aynı hedefe yönelmişse ve aralarında yer ve zaman bakımından sıkı bir ilişki varsa, hareketler kesintisiz olarak birbirini takip ediyor veya aynı hareket tekrarlanıyorsa, hareketler dışarıdan objektif olarak bakıldığında bir bütün olarak değerlendirilebiliyorsa hukuki anlamda hareketin teklifinden söz edilecektir. Bkz: H.Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 172.

<sup>42</sup> La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, “Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel”, 6.



### III. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçunun Kanunilik İlkesi Bakımından İncelenmesi

#### 1. Genel olarak

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında ise "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, açık, anlaşılır ve belirli olması gerekmektedir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açacak gevşek suç modellerine sırtını dönmek durumundadır<sup>43</sup>. Suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımları açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz kavramlar kullanılmamalıdır<sup>44</sup>.

Türk ceza hukukunda cinsel taciz suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı altıncı bölümünde, 105. maddede düzenlenmiştir. TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ancak gerekçede, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açıklanmamıştır.

#### 2. Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçunun tarihi gelişimi

##### a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçuna yer verilmemişti. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının sekizinci babı (m. 414-447) "Adabı Umumiye ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler" başlığını taşımakta ve 44 maddeden oluşan bu bab içerisinde, diğer suçlar yanında, ırza geçme, ırza tasaddi, edep ve iffete saldırı, söz atma ve sarkıntılık suçlarına da yer verilmekteydi<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> U.Alacakaptan, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya Da Öteki Ceza Hukuku", 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, 18.

<sup>44</sup> A.Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 60.

<sup>45</sup> Cinsel özgürlüğe yönelik suçların "Adabı Umumiye ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmiş olması öğretide eleştirilmiştir. Centel'e göre, böyle bir başlık altında toplanan suçlarda korunan hukuki yarar, cinsel özgürlüğe yönelik suçlarla korunması gereken hukuki yararlar

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda söz atma ve sarkıntılık eylemleri tanımlanmamış, suçun kapsamı öğreti ve mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır<sup>46</sup>. Örneğin, 1990 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre sarkıntılık, belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır. Tasaddi ise, mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi hareketlerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir<sup>47</sup>.

Diğer taraftan, şehvet duygusu ile belirli bir kimseye sözle veya mektupla yapılan saldırı olarak tanımlanan söz atmak cürmünde hareketin ani olması aranmıştır. Failin hareketlerinin devamlılık göstermesi, sırnaşıkça bir hal alması durumunda ise maddenin ikinci kısmında düzenlenen sarkıntılık suçunun oluştuğu kabul edilmiştir<sup>48</sup>.

#### aa. 1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı

Türk hukukunda cinsel taciz suçuna ilk defa 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda yer verilmiştir. "Söz atma, sarkıntılık ve cinsel taciz" başlıklı 317. maddeye göre cinsel taciz suçu söz atma ve sarkıntılık fiillerinin ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmişti. Öntasarıdaki metin şu şekildedir:

*"Kadınlara veya erkeklere söz atanlara üç aydan altı aya kadar hapis veya 6 milyon Liradan 10 milyon Liraya kadar ağır para cezası verilir. Kadınlara ve erkeklere sarkıntılık edenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu fiiller mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklini alırsa faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Bu maddede yer alan suçların kovuşturulması şikayete bağlıdır"*<sup>49</sup>.

#### bb. 2000 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı

Cinsel taciz suçu, 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 319. maddesinde, 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'na paralel şekilde düzenlenmişti.

---

aynı olamaz. Bu suçların düzenlenmesinde genel adap ve aile düzeni değil, insan onurunu, bireyin kendisini koruma amacı güdülmelidir. Bkz: N.Centel, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", İstanbul Ticaret Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003, 7. <http://nurcentel.com/makaleler/kadinakarsisiddet.pdf> (Erişim tarihi: 20.01.2013).

<sup>46</sup> H.Y.Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005, 270.

<sup>47</sup> YCGK, 24.12.1990, 343/361; Y4CD, 09.10.2002, 12216/14621. Aktaran: Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", 271.

<sup>48</sup> A.Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1991, 381.

<sup>49</sup> Madde metni için bkz: Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3, 97.

Madde gerekçesinde ise cinsel taciz suçu “cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” şeklinde tanımlanmıştır<sup>50</sup>.

### cc. 2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı

2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı küçük bazı değişiklikler dışında, 1997 Ön Tasarısı ve 2000 Tasarısı'na paralel düzenlenmiştir. 2003 Tasarısı, 28.07.2003 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu tarafından Adalet Alt Komisyonu'na gönderilmiş, Adalet Alt Komisyonu 2003 tarihli Hükümet Tasarısı üzerinde kapsamlı değişikliklere gitmiştir. Tasarı'da yapılan değişikliklerden biri de cinsel taciz suçuna ilişkindir.

Cinsel taciz suçunun düzenlendiği madde 108'de, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmedileceği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde ise, “cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” olarak tanımlanan cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

Adalet Komisyonu'nda 105. madde olarak kabul edilen bu metin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde yer alan cinsel taciz suçunun ilk şeklini oluşturmuştur. 29.06.2005 Tarihinde, 5377 sayılı Kanun'la maddenin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış ve madde bugünkü halini almıştır<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, 323-324. Aktaran: M.E.Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, Temmuz 2006, 72.

<sup>51</sup> Hükümet tasarısında cinsel taciz suçunu düzenleyen maddenin gerekçesi şöyledir: “Maddede yer alan söz atma, sarkıntılık fiilleri aslında 320. maddede öngörülen suçun özel şekillerini oluşturur. Söz atma, sarkıntılık derecesine varmayan, sadece sözle gerçekleştirilen yani süreklilik göstermeyen, örf ve adet dışı ve edebe aykırı saldırılardır. Sözler bir defa söylenmekle kalmayıp devamlılık gösterir yani tekrarlanırsa, fiili, sarkıntılık olarak nitelendirmek gerekir. Söz atma suçunun faili kadın veya erkek, mağduru da kadın veya erkek olabilir. Ancak erkeğin mağdur olabilmesi için genç olması aranmaz. Sarkıntılığa da fail ve mağdur bakımından aynı durum vardır. Ancak erkek mağdurun varlığı halinde genç olması gerekmez. Sarkıntılık fiili, bir kişiye karşı onun rızasına aykırı olarak şehvet maksadıyla söz ve hareketle edep ve iffete saldırı oluşturacak surette ve ırza tecavüz veya tasaddi suçuna veya bunların teşebbüsüne varmayacak hareketlerden oluşur. Amerikan hukukunda öteden beri var olan ve 1994 Fransız Ceza Kanununda da yer verilen “cinsel taciz” suçunu, söz atma ve sarkıntılık suçları kapsamaktadır. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında söz konusu fiillerin mağdurun hüküm ve nüfusu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi (cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi) şeklini alması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Bu ağırlaştırıcı nedenin oluşması için, failin bir kere sarkıntılık veya söz atma fiillerini işlemiş bulunması yeterlidir. Bu fiillerin üçüncü fıkrada nitelikleri belirtilen kimseler tarafından yapılması zorunludur. Maddenin son fıkrası suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şikâyete bağlı tutmuştur.” Bkz: R.Özmen, Notlu-Gerekçeli- Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, 322-323.

<sup>52</sup> 105. maddenin ikinci fıkrası, 5377 sayılı ve 29.06.2005 tarihli Yasa ile genişletilerek, eğitim ve öğretim ilişkisi ile aile içi ilişkiyi de kapsar hale getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, 29.06.2005

### **b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi**

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçu, "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümde, 105. maddede düzenlenmiştir<sup>53</sup>. Maddenin birinci fıkrasında, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenileceği belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir<sup>54</sup>.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 421. maddesinde düzenlenen "söz atma ve sarkıntılıktaki bulunma" suçuna karşılık düzenlenmiş, maddede geçen "söz atma ve sarkıntılıktaki bulunma" ifadeleri yerine "cinsel amaçlı taciz" ifadelerine yer verilmiştir<sup>55</sup>.

TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı belirtilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Ancak gerekçede de, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır<sup>56</sup>.

tarif ve 5377 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: "Yapılan değişiklikle, cinsel taciz suçunun eğitim ve öğretim ilişkisinden veya aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfusun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi hali, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak tanımlanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki cinsel taciz suçunun nitelikli unsurlarının gerçekleştiği durumlarda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlı değildir". Aktaran: M.Artunç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008, 735.

<sup>53</sup> 765 Sayılı TCK m. 421'de düzenlenen "söz atma ve sarkıntılıktaki bulunma" genel adap ve aile düzeni aleyhindeki cürümler arasında düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "cinsel taciz suçu", kişilere karşı suçlar kısmında ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölüm başlığı altında düzenlenmiştir. Bkz: N.Centel, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 61; V.Ö.Özbek/N.Kanbur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ. Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010, 398.

<sup>54</sup> TCK m.105: (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenir. (2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

<sup>55</sup> Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", 269.

<sup>56</sup> 105. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Madde 105– Madde metninde cinsel taciz suçu tanımlanmıştır. Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli halleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur". Aktaran: H.Erol, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2007, 1303.

Belirtmek gerekir ki, gerekçede ifade edilen “cinsel davranış” ve “ahlak temizliğine aykırı hareket” ifadeleri muğlaktır. Ahlak göreceli bir kavram olup, suç tanımlarında bu gibi kavramların kullanılması, suçun maddi unsurunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır<sup>57</sup>.

Gerekçedeki ifadeye paralel şekilde, Yargıtay kararlarında da, mağdurun cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesinden ibaret eylemin cinsel taciz suçunu oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Belirtmek gerekir ki, “ahlak temizliğine aykırı hareket” kavramı toplum içerisinde değişik sosyal sınıflara göre değişebilen göreceli bir kavramdır. Bu gibi kavramları bir hukuk kuralına dönüştürmek hususuna kuşkuyla yaklaşmak gerekir<sup>59</sup>.

Diğer taraftan, 105. maddede fiilin cinsel amaçlı olmasından bahsedilirken, gerekçede fiilin cinsel davranışla gerçekleştirileceğinden bahsedilmiştir. Ancak, cinsel amaçlı olarak yapılan her hareketin cinsel davranış olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>60</sup>. Örneğin, mağduru evine kadar takip edip ona telefon numarasını veren failin hareketi cinsel amaçlı olabilir, ancak cinsel davranış olduğu söylenemez. Cinsel amaçlı olmayan hareketler ise cinsel taciz suçunu oluşturmaz<sup>61</sup>. Örneğin bir futbol maçında karşı takımı rencide etmek için yapılan el kol hareketleri veya söylenen sözler cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturacaktır. Benzer şekilde bir kimsenin yol kenarında tuvaletini yapmak için cinsel organını çıkarması durumunda, eylem cinsel amaç taşımadığından cinsel taciz suçunu oluşturmayacaktır<sup>62</sup>.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı ve geçmişe uygulama yasağı ilkelere de içerdiği Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Bu kabule rağmen, cinsel taciz suçunun kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

<sup>57</sup> Madde gerekçesinde geçen “ahlak temizliğine aykırı” ifadesi öğretilerde eleştirilmiş ve cinsel tacizin tanımının değişken ve belirsiz bir kavram olan ahlak temizliğine bağlanmasının tartışmaya açık bir durum yarattığı ifade edilmiştir. Bkz: Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, 11; D.Tezcan/M.R.Erdem/ R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, 311.

<sup>58</sup> Y5CD, 13.06.2007, 3968/4751. Aktaran: A.Parlar/M.Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010, C.2, 1732.

<sup>59</sup> D.Yarsuvat, “Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nun 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, 648 ve 663; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 402.

<sup>60</sup> Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, 273.

<sup>61</sup> Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, 73.

<sup>62</sup> M.Artunç, “Cinsel Taciz Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz 2007, S. 11, 105 ve 107.

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi, 19.04.2007, 39/53. Resmi Gazete: 29.12.2007 T., No: 26741.

### 3. Cinsel taciz suçuna ilişkin hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru

Cinsel taciz suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 105/1'in Anayasa'nın hukuk devleti ile suçta ve cezada kanunilik ilkelerini düzenleyen 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Kırklareli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından iptali istenmiştir<sup>64</sup>.

Cinsel taciz suçundan açılan söz konusu kamu davasında, sanık, üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş, sadece katılanla tanışmak amacıyla mesaj çektiğini, kesinlikle katılana hakaret dolu ve cinsel taciz içerir bir şey söylemediğini savunmuştur.

Maddenin iptalini isteyen Kırklareli Sulh Ceza Mahkemesi başvurusunda, cinsel taciz suçunun madde metninde değil, gerekçede tanımlandığını, Resmi Gazete'de yayımlanmayan madde gerekçesinin ise yargı mercilerini bağlamayacağını ifade etmiştir. Yerel Mahkeme'ye göre, madde metninde suçun maddi unsurunun hangi eylemleri içerdiğinin açıkça belirtilmemesi ve bu konuda öğreti ile uygulamada farklılıklar bulunması, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu göstermektedir.

İptal istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, TCK m. 105/1'in, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

Her ne kadar, itiraz konusu TCK m. 105/1'de, hangi tür davranışların "cinsel taciz" sayılacağı açıklanmamışsa da, Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez.

### 4. Konu ile ilgili Yargıtay kararları

Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel taciz suçunun bir kere veya tekrarlanan şekilde işlenmesi hususu düzenlen-

<sup>64</sup> R.G. Tarihi: 22.06.2010, R.G. Sayısı: 27619, 2008/55 E., 2010/41 K. Karar için bkz: www.kazan-ci.com.tr.

memiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre, cinsel taciz suçuna ilişkin hareketlerin mutlaka süregelmesi veya sıklıkla yapılıyor olması gerekmez. Cinsel taciz suçu tekrarlanan şekilde işlenebileceği gibi, yapılan tek bir hareketle de işlenebilir<sup>65</sup>. Kanuni düzenlemeye paralel şekilde, Yargıtay kararlarında da hareketin tekrarlanıp tekrarlanmaması hususu hiç tartışılmamıştır.

765 Sayılı Kanun döneminde, "söz atmak" cürmünün oluşabilmesi için, söz atmak ibaresindeki "atmak" eyleminden de anlaşılabilirliği gibi, hareketin ani olması gerekmektedir<sup>66</sup>. Eğer failin hareketleri devamlılık göstermiş, sırnaşıkça bir hal almışsa maddenin ikinci kısmında düzenlenen sarkıntılık suçu oluşmaktaydı. Diğer bir deyişle, sarkıntılık suçunun bünyesinde teselsülü de kapsadığı kabul edilmekteydi<sup>67</sup>. Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında sarkıntılık suçunu; "belli bir kişiye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan, mücerret, aralıklı ve şehvet hissine dayalı, iz' aç edici davranışlar" olarak tanımlamıştır<sup>68</sup>.

765 Sayılı Kanun döneminde Yargıtay, mağdurenin cevapsız bırakmasına rağmen, sanığın mağdureye birden fazla aşk mektubu yazmaya devam etmesinin<sup>69</sup> veya kısa aralıklarla mağdureyi arayarak "seni seviyorum, evlenmek istiyorum" demesinin<sup>70</sup> mağdureyi rahatsız eden sırnaşıkça hareketler olup sarkıntılık fiilini meydana getirdiğini kabul etmiştir.

Benzer şekilde, sanığın arabası ile mağdureyi ısrarla ve sürekli bir biçimde takip etmesi; sanığın mağdureye araya uzunca bir zaman girmeden sırnaşıkça laf atması; sanığın ısrarlı biçimde mağdureyi izleyip evinin çevresinde dolaşması; sanığın mağdureyi telefonla değişik günlerde arayarak kendisiyle buluşup tanışmak istediğini söylemesi, sanığın mağdureye edep ve iffete dokunacak birden fazla aşk mektubu göndermesi sarkıntılık olarak değerlendirilmiştir<sup>71</sup>.

5237 Sayılı Kanun döneminde ise sırnaşıkça hal alan bu gibi eylemlerin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Sanığın mağdureyi yaklaşık olarak

<sup>65</sup> Artuk, "Cinsel Taciz Suçu", 70 ve 76; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 402; Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", 274; Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 107.

<sup>66</sup> M.E.Artuk, "Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku", Prof.Dr.Yılmaz Günel'a Armağan, Ankara 1995, 37.

<sup>67</sup> "Telefonla söz atma eylemlerinin teselsül ederek sırnaşık bir hal alması sonucu sarkıntılık suçunun oluştuğu ve bu özelliği itibarıyla bünyesinde teselsülü de kapsadığı gözetilmeden sanığın cezasının TCK m. 80 uyarınca artırılması". Y5CD, 12.10.1998, 3038/3640. Aktaran: Artuk, "Cinsel Taciz Suçu", Hukuki Perspektifler Dergisi, 75.

<sup>68</sup> YCGK, 16.09.1963, 5-47/47. Aktaran: M.Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara 1970, 88.

<sup>69</sup> Y5CD, 10.11.1994, 2848/3257. Aktaran: Artuk, "Cinsel Taciz Suçu", 75.

<sup>70</sup> Y5CD, 28.11.2002, 2100/8108. Aktaran: Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 106.

<sup>71</sup> Y5CD, 31.05.1983, 1733/2025; Y5CD, 06.09.1983, 2813/2750; Y5CD, 31.01.1984, 3948/222; Y5CD, 06.04.1982, 1131/1177; YCGK, 16.09.1963547/47; Y5CD, 17.11.1983, 3981/3896. Aktaran: Artuk, "Cinsel Taciz Suçu", 74.

6-7 ay takip edip, değişik tarihlerde okulun önünde bekleyerek mağdureye el sallaması ve eliyle ona öpücük göndermesi şeklinde devamlılık gösteren ve sırnaşıkça bir hal alan eylemlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir<sup>72</sup>. Benzer şekilde, Yargıtay'a göre, sanığın müştekiyi telefonla birkaç kez aramak suretiyle "görüşelim, arkadaş olalım" şeklinde tekliflerde bulunması cinsel taciz suçunu oluşturur<sup>73</sup>.

Diğer taraftan, Yargıtay kararları incelendiğinde, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasının aksine, Yargıtay'ın karşı tarafla sevgili olmak ve gönül ilişkisi kurmak amacıyla yapılan hareketleri, diğer bir deyişle flört etme girişimlerini cinsel taciz suçu kapsamında kabul ettiği görülmektedir.

Yargıtay somut olaya göre, tek bir hareketi de devamlılık arz etmeyen cinsel taciz saymaktadır. Örneğin, evine doğru giden mağdureyi evine kadar ısrarla takip eden ve yazdığı kağıdı mağdureye verip "beni bu numaradan ararsın" şeklinde hareketlerde bulunan sanığın eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir<sup>74</sup>. Benzer şekilde, 765 Sayılı Kanun döneminde verilen bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, sanığın mağdureye karşı gül koklaması söz atmak olarak değerlendirilmiştir<sup>75</sup>. Benzer şekilde, sanığın mağdureye "ne kadar güzelsin, seni seviyorum" demekten ibaret eylemi<sup>76</sup> veya "bugün çok güzelsin, benimle bu gece kalırmısın"<sup>77</sup> demesi söz atmak olarak kabul edilmiştir. Sanığın aynı zaman dilimi içinde mağdureye kaş göz işareti yapıp, öpücük göndermesi<sup>78</sup>, "Bursa'ya geldiğin zaman seninle buluşmak istiyorum, beni bu kart ile bulursun" diyerek kartvizitini vermesi<sup>79</sup>, sanığın mağdurenin masasına dondurma göndermek istemesi, reddedilmesi üzerine masasına giderek konuşmak istediğini söylemesi ve "gözlerin çok güzel" demesi<sup>80</sup> örneklerinde de tek bir hareket suçun oluşumu için yeterli görülmüştür.

<sup>72</sup> Y5CD, 17.10.2005, 1567-21248. Aktaran: Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, 1736.

<sup>73</sup> Y5CD, 30.03.2006, 3266/2715. Aktaran: Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, 1734.

<sup>74</sup> Y4CD, 15.3.2012, 7453/3116; Benzer bir karar için bkz: Y5CD, 27.4.2011, 2804/3503. Bkz: www.kazanci.com.tr.

<sup>75</sup> YCGK, 25.02.1934, 110/51. Aktaran: Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 106.

<sup>76</sup> Y5CD, 11.02.1993, 10/545. Y.G.Erdurak, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1994, 697. Aktaran: Artuk, "Cinsel Taciz Suçu", 74.

<sup>77</sup> Y5CD, 21.12.1987, 2459/7570. Aktaran: S.Bakıcı, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, 258.

<sup>78</sup> Y5CD, 28.10.1999, 3165/5106. Aktaran: R.Gündüz/V.Gültaş, Cinsel Suçlar, Ankara 2011, 467; Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 107.

<sup>79</sup> Y5CD, 08.06.2004, 5889/4691. Aktaran: Gündüz/Gültaş, Cinsel Suçlar, 464.

<sup>80</sup> Y5CD, 30.10.2001, 1342/6909. Aktaran: Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 106.



#### IV. Sonuç

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında ise "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, açık, anlaşılır ve belirli olması gerekmektedir. Bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Benzer şekilde Fransız Anayasası'nın 34. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Evrensel hukuk kurallarından olan kanunilik ilkesi uluslararası belgelerde de yerini almıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11. maddesinde, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yasallık ilkesi düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde, cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Oysa "ahlak temizliğine aykırı hareket" kavramı toplumdan topluma hatta aynı toplum içerisinde değişik sosyal sınıflara göre değişebilen göreceli bir kavramdır.

Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi'nce hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmış ise de, "cinsel taciz" suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirileceği hususunda, gerek öğretisi, gerekse yerel mahkeme ve Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır. Kanımızca cinsel taciz suçunun kapsamının belirsizliği kanunilik ilkesi bakımından sorun oluşturmaktadır.

Kişilerin davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak vermek amacıyla, ceza yaptırımı taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak şekilde açık olması gerekmektedir. Bu çerçevede, suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımları açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır. Çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açacak gevşek suç modellerine sırtını dönmek durumundadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Ceza Kanunu madde 222-33'de düzenlenen cinsel taciz suçunu düzenleyen hükmü, madde metninin belirsizliği gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal etmiş ve cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmıştır. Yeni düzenlemede cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak düzenlenmiş, suç madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında cinsel içerikli hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre iki farklı şekilde tanımlanmıştır.

Son yasal değişiklikle, Fransız kanunkoyucu, öğretiyi ve uygulamadaki çok hareketli suç eğilimini dikkate almış ve kanunilik ilkesi çerçevesinde cinsel taciz suçunu daha belirli bir tanıma kavuşturmuştur. Türk Ceza Hukuku sisteminde de, Fransız sisteminde olduğu gibi cinsel taciz suçunun kanunilik ilkesi bakımından tekrar gözden geçirilmesi ve bu doğrultuda gerekli değişikliklerin yapılmasının yerinde olacağı görüşünderiz.

### KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur, “**Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar ya da Öteki Ceza Hukuku**”, 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yarattılması ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009.
- Allain, Emmanuelle, “**Harcèlement sexuel: la loi et la circulaire**”, *Actualité Juridique Pénale*, No: 09 du 13.09.2012.
- Artuk, Mehmet Emin, “**Cinsel Taciz Suçu**”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 7, Temmuz 2006.
- Artuk, Mehmet Emin, “**Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku**”, Prof.Dr. Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara 1995.
- Artunç, Mustafa, “**Cinsel Taciz Suçu**”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Temmuz 2007, S. 11.
- Artunç, Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara 2008.
- Bakıcı, Sedat, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara 1994.
- Beccaria, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2004.
- Centel, Nur, “**Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması**”, Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997.
- Centel, Nur, “**Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın**”, İstanbul Barosu 127. Kuruluş Yılı ve Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri çerçevesinde 06.04.2005 tarihinde yapılan “AB’ne Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları” konulu panelde sunulan tebliğin güncelleştirilmiş metni (*Polis Dergisi* 44 (2005)’de yayınlanmıştır). <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>.
- Centel, Nur, “**Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003. <http://nurcentel.com/makaleler/kadınakarsisiddet.pdf> (Erişim tarihi: 20.01.2013).
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2011.

- Cihan, Erol, “**Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, 26 - 27 Mart 1997, İstanbul.
- Cornu, Gérard, **Vocabulaire Juridique**, Paris 2009.
- Çağlayan, Muhtar, **Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Ankara 1970.
- Dini, Muguet/Zocchetto, François/Détraigne, Yves, “**Proposition de loi-Relative à la définition du harcèlement sexuel**”, Sénat, Session Ordinaire de 2011-2012, No: 556. <http://www.senat.fr/rap/r11-596/r11-5961.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul 1997, C. 1.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- Erol, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2007.
- Gündüz, Remzi/Gültaş, Veysel, **Cinsel Suçlar**, Ankara 2011.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009.
- La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, “**Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel**”, 7 Aout 2012. <http://www.affaires-publiques.org/textof/TO/12/6191-0812.htm>, (Erişim tarihi: 06.01.2013).
- Montesquieu, Charles de Secondat baron de, **Kanunların Ruhu Üzerine**, (Çev. Fehmi Baldaş), Ankara 2004.
- Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1991.
- Özbek, Veli Özer/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Kanbur, M. Nihat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- Özek, Çetin, “**1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler**”, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- Özmen, Remzi, **Notlu-Gerekeçli- Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2004.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.2, Ankara 2010.
- Perrier, Jean-Baptiste, “**Harcèlement sexuel: précisions sur l’abrogation en raison de l’imprécision- Arrêt rendu par Conseil constitutionnel**”, Actualité Juridique Pénale, no: 9 du 13.09.2012.
- Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Etude d’impact**, Juin 2012. [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/2808/19806/version/1/file/ei\\_harcement\\_sexuel\\_cm\\_13.06.2012.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/2808/19806/version/1/file/ei_harcement_sexuel_cm_13.06.2012.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2013).

- Services du Conseil constitutionnel, “**Décision no 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d’harcèlement sexuel**”, Dossier Documentaire, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012240QPCdoc.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).
- Sevük, Handan Yokuş, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005.
- Taner, Tahir, **Ceza Hukuku-Umumi Kısım**, İstanbul 1949.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara 2007.
- V.Özer Özbek/N.Kanbur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ.Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2010, 398.
- Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, İstanbul 2011.

## ANAYASA'NIN 83. MADDESİ KARŞISINDA MİLLETVEKİLİ SIFATININ DAVA VE CEZA ZAMANAŞIMININ DURMASINA ETKİSİ

*(Influence of the parliament deputy statute on suspension and interruption of statute of limitations related public action and punishment against the 83<sup>rd</sup> article of Turkish Constitution)*

Fahri Gökçen TANER\*

### ÖZET

Anayasa'nın 83. maddesindeki durma nedeni yalnızca ceza zamanaşımına ilişkindir. Milletvekillerine ilişkin davalarda, dava zamanaşımı ancak TBMM'den dokunulmazlığın kaldırılmasının istenmesi suretiyle durabilmektedir. Fakat milletvekili hakkında soruşturma yapılması ve kamu davası açılması için TBMM'nin dokunulmazlığı kaldırması gerektiği şeklindeki uygulama, bu noktada ciddi sorun yaratmaktadır. Oysa milletvekili hakkında soruşturma yapılmalı ve kamu davası açılmalıdır. Kamu davası açıldıktan sonra dokunulmazlığın kaldırılması talebiyle TBMM'ye başvurularak dava zamanaşımının durdurulması en uygun yol olacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Dava zamanaşımı, Ceza zamanaşımı, İzin, Milletvekili dokunulmazlığı, Dava zamanaşımının durması, Anayasa m. 83.

### *Abstract*

The suspension cause situated in the 83<sup>rd</sup> article of Turkish Constitution is about exclusively statute of limitations of punishment. In the cases concerning deputies of parliament, statute of limitations (of public action) can be suspended merely by requesting revocation of immunity. At this juncture, the legal practice in the direction of making criminal investigation and starting the prosecution depends on revocation of immunity, causes serious problems. However criminal investigation about deputy must be done and prosecution must be started. After the initiation of prosecution, to make suspend statute of limitations by applying to TGNA, will be the most suitable mean.

**Keywords:** Statute of limitations, Statute limitations of punishment, Authorization, Legislative immunity, suspension of statute of limitations, 83. Article of Turkish constitution.

\* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilimdalı Araştırma Görevlisi

## I. GİRİŞ

Anayasa'nın 83. maddesindeki düzenleme dolayısıyla, milletvekili sıfatının dava ve ceza zamaanaşımının durmasını ne şekilde etkilediği konusu öğretilerde ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Bu nedenle, bu çalışmada milletvekilliği sıfatının dava ve ceza zamaanaşımının durmasına etkisi konusunda ileri sürülen görüşler ve yargı organlarının kararları üzerinde durulduktan sonra, Anayasa'nın 83/3. maddesindeki düzenlemenin ne şekilde olması gerektiği irdelenecektir.

## II. MİLLETVEKİLİ SEÇİLMENİN DAVA VE CEZA ZAMAANAŞIMINI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

### A. Ceza Zamaanaşımı Yönünden

Anayasa'nın 83/3. maddesinde “*milletvekili hakkında seçimden önce ya da sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sonuna bırakılacağı*” belirtilmekte ve üyelik süresince zamaanaşımının işlemeyeceği ifade edilmektedir. Söz konusu nedenin ceza zamaanaşımını durdurduğu konusunda öğretilerde görüş birliği vardır.<sup>1</sup>

Konuyla ilgili olarak tartışılan husus ise durmanın, hükmün bir durma nedeni olmasından mı yoksa ceza zamaanaşımının başlangıcını gösteren bir neden olmasından mı kaynaklandığıdır. Bazı yazarlar hükmün bir durma nedeni olduğunu savunmaktadırlar.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Hükmün ceza zamaanaşımını durduran bir neden olduğu yönünde bkz. **ÖNDER, Ayhan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992, s. 805; **DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir**: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 291; **TOROSLU, Nevzat**: Ceza Hukuku Genel Kısım, 16. Bası, Ankara 2011, s. 468; **CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem**: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 757; **ZAFER, Hamide**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 510; **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**: Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 1984, s. 172; **EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997, s. 1016; **FEYZİ-OĞLU, Metin**: “*Yasama Dokunulmazlığı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1991-1992, S. 1-4, s. 32; **ÖZGEN, Eralp**: Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, s. 100-101; **İÇEL, Kayıhan - SOKULLU AKINCI, Füsün - ÖZGENÇ, İzzet - SÖZÜER, Adem - MOLLAMAHMUTOĞLU, Fatih S. - ÜNVER, Yener**: Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s. 378; **SOYASLAN, Doğan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2005, s. 591; **ARTUK, Mehmet Emin - GÖKÇEN, Ahmet - YENİDÜNYA, A. Caner**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s. 1019 ve 1020; **DEMİRBAŞ, Timur**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2009, s. 702; **TANER, Fahri Gökçen**: Ceza Hukukunda Zamaanaşımı, Ankara 2008, s. 146. Benzer nitelikte olan 1924 Anayasası'nın 17. maddesi bakımından aynı görüş için bkz. **KUNTER, Nurullah**: Ceza Hukukunda Zamaanaşımı (yayınlanmamış doçentlik tezi), İstanbul 1951, s. 131; **TANER, Tahir**: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, s. 700.

<sup>2</sup> **TOROSLU**: s. 468; **ÖZGEN**: s. 101; **EREM-DANIŞMAN-ARTUK**: s. 1016; **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**: s. 1020; **İÇEL-SOKULLU AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MOLLAMAHMUTOĞLU-ÜNVER**: s. 378; **SOYASLAN**: s. 591; **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT**: s. 757; **GÖLCÜKLÜ**: s. 172. 1924 Anayasası'nda yer alan benzer hüküm (17. madde) bakımından aynı görüş için bkz. **KUNTER**: s. 131; **TANER, Tahir**: s. 700.

Karşıt görüş ise hükmün ceza zamaanaşımının başlangıcını belirlediği yönündedir. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde mevzuatta, Anayasa dışında ceza zamaanaşımının durmasını (veya başlangıcını) düzenleyen bir hüküm yoktu. Fakat öğretilerde hükümlünün başka bir cezadan dolayı ceza infaz kurumunda bulunmasının bir durma sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi.<sup>3</sup> O dönemde Türk hukukunda ceza zamaanaşımının durmasının kabul edilmediğini savunan yazarlar, Anayasa'nın 83/3. maddesini ceza zamaanaşımının başlangıcını belirleyen bir hüküm olarak nitelemektedirler.<sup>4</sup>

Hükmün bir durma nedeni olduğunu savunan görüş, milletvekili seçilen kişinin bu sıfatı kazanmasından önce kesinleşen hükümler bakımından yerindedir. Zira hükmün verilmesiyle işlemeye başlayan ceza zamaanaşımı süresi, milletvekili bu sıfatı taşıdığı sürece duracak ve süre milletvekilliği sıfatının kaybedildiği günden itibaren yeniden başlayacaktır.<sup>5</sup> Fakat bu görüş, milletvekili olan kişinin Anayasa'nın 83/2. fıkrasının<sup>6</sup> 2. cümlesinde yer alan istisna dolayısıyla yargılanmasının mümkün olduğu ve sonuçta mahkûm olduğu hallerde ortaya çıkan durumu açıklayamamaktadır. Çünkü burada işleyen bir sürenin durması değil, hiç işlememiş bir sürenin işlemeye başlamaması söz konusudur.

Aslında bu tartışmanın temelinde, daha çok dava zamaanaşımı kurumu bakımından tartışılan, "başlangıçta durma" (suspension ab initio) kurumunun kabul edilip edilmeyeceği sorunu yatmaktadır. Fakat ceza zamaanaşımının işlemeye başlamadan durup duramayacağı hususu da tartışmalı olduğuna göre, dava zamaanaşımının durması hakkında söylenenler elbette ceza zamaanaşımının durması bakımından da geçerlidir.

Başlangıçta durma kurumunu kabul eden yazarlara göre zamaanaşımı süresinin durabilmesi için, işlemeye başlamasına gerek yoktur.<sup>7</sup> Bu haller, durmanın bir türü olarak kabul edilmelidir.<sup>8</sup> Karşıt görüş taraftarları ise, işlemeye başlamamış bir sürenin durduğunu söylemenin mantığa aykırı olduğunu ileri sürmekte ve bu

<sup>3</sup> KUNTER: s. 131.

<sup>4</sup> DÖNMEZER-ERMAN: s. 291; ÖNDER: s. 791. Bu görüşü, günümüzde de savunan yazarlar için bkz. ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAĞIZ, Pınar - TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2011, s. 698.

<sup>5</sup> GÖLCÜKLÜ: s. 171.

<sup>6</sup> Anayasa'nın 83/2. maddesi şu şekildedir: "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasasının 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır."

<sup>7</sup> HARDOUIN-LE GOFF, Carole: L'oubli de l'infraction, Paris 2005, s. 640.

<sup>8</sup> KUNTER: s. 77. KUNTER iki tür durma nedeni olduğunu belirtmiş ve bunlardan birinin henüz dava zamaanaşımı süresi işlemeye başlamadan, durdurucu halin zamaanaşımı süresinin işlemesine engel olması şeklinde ortaya çıktığını ifade etmiştir.

hallerde dava zamanaşımı süresinin başlangıcının ertelendiği<sup>9</sup> veya dava zamanaşımının kanuni bir nedenle işlemeye başlamadığını<sup>10</sup> savunmaktadırlar. Biz de, işlemeye başlamamış bir sürenin durmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle Anayasa'nın 83/3. maddesinin ceza zamanaşımının başlangıcını belirleyen bir hüküm olduğu yönündeki görüşe, kişi milletvekili sıfatını taşıırken kesinleşen hükümler bakımından katılıyor fakat kavramın adlandırılması bakımından bu görüşten ayrılıyoruz.

Kanımızca gerek dava gerekse ceza zamanaşımının başlangıcı bazı hallerde şarta bağlanmaktadır. Bu hallerin ortak özelliği ve baskın niteliği, zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesi değil, her halde dava veya ceza zamanaşımının başlangıcının ayrı bir şartın gerçekleşmesine bağlanmış olması ve bu şartın gerçekleşmesiyle zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasıdır.<sup>11</sup> Ceza zamanaşımının bakımından bu halin örneği, milletvekilinin bu sıfatı taşıdığı süreçte kesinleşen hükümler bakımından ceza zamanaşımının işlemesinin milletvekilliği sıfatının sona ermesi şartına bağlanmasıdır.<sup>12</sup>

## B. Dava Zamanaşımı Yönünden

Öğretide asıl tartışma Anayasa'nın 83/3. maddesinin dava zamanaşımı bakımından da geçerli olup olmadığı hususundadır.

Konuya ilişkin bir görüş milletvekilliği sıfatının kazanılmasının, ceza zamanaşımında olduğu gibi, dava zamanaşımını da durduracağı yönündedir.<sup>13</sup> Aksi halde Anayasa'nın 83/3. maddesi uyarınca milletvekilinin yargılanması mümkün olmadığından, milletvekilliği sıfatı sürerken zamanaşımı süresi dolabilecektir. Bu görüşü savunan yazarlar; Anayasa koyucunun bunu amaçlamış olamayacağını, bu duru-

<sup>9</sup> Fransız hukukunda daha çok bu kavram tercih edilmektedir. Bu haller kanundan kaynaklanabildiği gibi, bazı hallerde mahkemeler de dava zamanaşımı süresinin başlangıcını ertelemektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **HARDOUIN-LE GOFF**: s. 640; **STEFANI, Gaston - LEVASSEUR, George - BOULOC, Bernard**: Procédure pénale, 20. édition, Paris 2006, s. 173; **GUINCHARD Sergei - BUISSON Jacques**: Procédure pénale, 3. édition, Paris 2005, s. 610; **PRADEL, Jean**: Procédure pénale, 13. édition, Paris 2006, s. 213.

<sup>10</sup> **ÖNDER**: Genel Hükümler, C. II-III, s. 791. **ÖNDER** söz konusu duruma örnek olarak Anayasa m. 83/3'te yer alan "TBMM üyesi hakkında, seçiminden önce verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez" hükmünü göstermektedir. Biz hükümde yer alan "ceza hükmünün yerine getirilmesi" ifadesinin açık bir biçimde ceza zamanaşımını ifade ettiği düşüncesindeyiz.

<sup>11</sup> **TANER, Fahri Gökçen**: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s. 78.

<sup>12</sup> **TANER, Fahri Gökçen**: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s. 148. **DEMİRBAŞ** da bu görüşümüzü desteklemektedir. Bkz. **DEMİRBAŞ**: s. 702.

<sup>13</sup> **HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2011, s. 541; **ÖNDER**: s. 805; **DÖNMEZER-ERMAN**: s. 276; **CENDEL-ZAFER-ÇAKMUT**: s. 749; **KUNTER**: s. 87; **GÖKÇEN, Ahmet**: "Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı", Kamu Hukuku Arşivi, 2004 Mart, s. 45; **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**: s. 1020; **ARSLAN, Çetin**: "Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 67 ve 68.



mun madde metninin özensiz kaleme alınmasından kaynaklandığını ve hükmün dava zamanaşımını da kapsar şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>14</sup> Bu görüş uyarınca milletvekili hakkında dokunulmazlığın kaldırılması kararı verilirse, dava zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.<sup>15</sup>

Karşıt görüş ise, söz konusu durma nedeninin ceza zamanaşımına özgü olduğu yönündedir. Bu görüşün dayanağı ceza zamanaşımını durduran bu nedenin 83. maddenin içinde ayrıca bir fıkra olarak düzenlenmesi ve “*üyelik süresince zamanaşımı işlemeyiz*” ibaresinin başka bir cümlede değil, ceza hükmünün infazının ertelenmesinden bahseden cümleye noktalı virgülle bağlı olmasıdır.<sup>16</sup> Bazı yazarlar ise bu konuda açıkça görüş belirtmemelerine karşın milletvekili hakkında dava zamanaşımının durması için TCK’nın 67/1. maddesi uyarınca TBMM Başkanlığı’na dokunulmazlığın kaldırılması için başvuru yapılmasını zorunlu görmekte-dirler.<sup>17</sup> Kanımızca bu yazarların da Anayasa’nın 83/3. maddesinin ceza zamanaşımına özgü olduğunu düşündüklerini kabul etmek gerekir. Zira bu yazarlar Anayasa’nın 83/3. maddesinin dava zamanaşımına da ilişkin olduğunu düşünüyor olsalardı, zaten TCK’nın 67/1. maddesini zikretmeye ihtiyaç duymazlardı.<sup>18</sup>

Her ne kadar Anayasa’nın 83/3. maddesinde zamanaşımının türü konusunda bir belirleme yapılmamışsa da, madde metninde “*bir ceza hükmünün yerine getirilmesi*”nden bahsedildiğine göre, kastedilen ceza zamanaşımıdır. Son derece açık olan pozitif düzenlemenin düzeltici yorum yoluyla dava zamanaşımını da kapsar hale getirilmeye çalışılması, maddi ceza hukukuna ait ve dolayısıyla kanunilik ilkesine tabi olan zamanaşımı kurumu bakımından mümkün değildir.<sup>19</sup> Bu nedenle, milletvekilliği sıfatının yalnızca ceza zamanaşımına özgü bir durma nedeni olduğu yönündeki görüşe taraftarız.

Milletvekili sıfatının kazanılması durumunda, Anayasa’nın 83/3. maddesi uyarınca dava zamanaşımının durmadığı kabul edildiğinde, milletvekillerine ilişkin davalarda dava zamanaşımını durdurmak için tek bir seçenek kalmaktadır. Bu ise, “Cumhuriyet savcılığının TBMM Başkanlığı’na başvurması sonucunda dava zamanaşımının durması”dır.

<sup>14</sup> DÖNMEZER-ERMAN: C. III, s. 276; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 749; ARSLAN: s. 67.

<sup>15</sup> CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 749; ÖNDER: s. 791.

<sup>16</sup> FEYZİOĞLU: “*Yasama Dokunulmazlığı*”, s. 33.

<sup>17</sup> Bu düşüncüyü benimseyen yazarlar için bkz. DEMİRBAŞ: s. 690; SOYASLAN: s. 587; ÖZBEK-KANBUR- DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE: s. 684; KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2009, s. 609.

<sup>18</sup> Anayasa’nın 83/3. maddesinin dava zamanaşımını da kapsadığını belirtmelerine rağmen, ilgili kı-sımda TCK’nın 67/1. maddesine de gönderme yapan yazarlar için bkz. ARTUK-GÖKCEN-YE-NİDÜNYA: s. 1003 ve 1020; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 748 ve 749.

<sup>19</sup> FEYZİOĞLU: “*Yasama Dokunulmazlığı*”, s. 33; TANER, Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Za-manaşımı, s. 147.

### III. TBMM BAŞKANLIĞI'NA DOKUNULMAZLIĞIN KALDIRILMASI İÇİN BAŞVURULMASI SONUCUNDA DAVA ZAMANAŞIMININ DURMASI

Cumhuriyet savcılığının TBMM Başkanlığı'na dokunulmazlığın kaldırılması için başvurması sonucunda dava zamanaşımının durmasının dayanağını TCK'nın 67/1. maddesi oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca “*soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınmasına bağlı olduğu hallerde*” dava zamanaşımı durmaktadır. Bazı kanunlarda, özü itibariyle izne karşılık gelen çeşitli işlemleri ifade etmek için, mezuniyet ve karar terimleri de kullanılmaktadır. Tüm bu işlemlerin izin adı altında toplanmasının uygun olacağı yönündeki görüşe,<sup>20</sup> biz de katılmaktayız.

Türk öğretisinde TCK'nın 67/1. maddesinde yer alan bu durma nedeni için genellikle “izin ya da karar” ifadesi kullanılmakla yetinilmektedir.<sup>21</sup> Oysa konu incelendiğinde görülecektir ki, dava zamanaşımının durmasına yol açan husus tek başına izin ya da karar değil, izin ya da karar alınması için ilgili makama başvuru yapılmasıdır.<sup>22</sup> Başka bir deyişle durma, izin veya kararın verilme süreci boyunca söz konusu olmaktadır. Kararın alınması ise dava zamanaşımının durmasını sona erdirmekte ve yeniden işlemlerini sağlamaktadır. Konumuza dönersek, milletvekilleri bakımından dava zamanaşımının durmasına yol açan husus, dokunulmazlığın kaldırılması için karar alınması talebiyle TBMM Başkanlığı'na başvuru yapılmasıdır.<sup>23</sup> Söz konusu kararın alınmasıyla, dava zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlamaktadır.

765 sayılı TCK döneminde EREM-DANIŞMAN-ARTUK Anayasa hükmüyle TCK hükmü (765 sayılı TCK'da 107, 5237 sayılı TCK'da 67/1. madde) arasında bir uyumsuzluk olduğunu ve TCK'da yer alan hükmün kanun koyucunun iradesini daha iyi yansıttığını, dolayısıyla dava zamanaşımın karar alınmasına kadar duracağını ifade etmişlerdir.<sup>24</sup> Kanımızca burada bir uyumsuzluk yoktur, zira Anayasa hükmü yukarıda da ifade edildiği üzere yalnızca ceza zamanaşımına ilişkindir. Uyumsuzluğa yol açan husus, Anayasa'nın 83/3. maddesinin dava zamanaşımı da kapsayacak şekilde yorumlanmasıdır. Zira milletvekili seçilmekle dava zamanaşımı

<sup>20</sup> KUNTER: s. 81.

<sup>21</sup> DEMİRBAŞ: s. 690; SOYASLAN: s. 587; ÖZBEK-KANBUR- DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE: s. 684; KOCA-ÜZÜLMEZ: s. 608; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA: s. 1003 ve 1020; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 748.

<sup>22</sup> DÖNMEZER-ERMAN: s. 276; DEMİRBAŞ: s. 690; KOCA-ÜZÜLMEZ: s. 609; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA: s. 1003. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, bir bürokratin yargılandığı bir davada dava zamanaşımının durması ve izin konusuna ilişkin olarak verdiği bir kararda, dava zamanaşımının durmasının başlangıcının izin istenilmesi için başvuru yapılması olduğunu ve dava zamanaşımının izin sürecinde duracağını ifade etmiştir. Bkz. YCGK E. 2006/4-38, K. 2006/94, T. 28.03.2006 (KBİBB, SGT: 28.12.2012).

<sup>23</sup> DEMİRBAŞ: s. 690; TANER, *Fabri Gökçen*: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s. 85.

<sup>24</sup> EREM-DANIŞMAN-ARTUK: s. 1014 ve 1015.

zaten duruyorsa, zaten durmakta olan süreyi durdurmak için karar alınmasına herhalde gerek yoktur.

#### IV. YARGI İÇTİHATLARINDAKİ DURUM

Yargıtay'ın farklı daireleri tarafından verilen geçmiş tarihli kararlar incelendiğinde, kişinin milletvekili seçilmesiyle birlikte dava zamanaşımı süresinin duracağı görüşünün kabul gördüğü anlaşılmaktadır.<sup>25</sup> Danıştay'ın da aynı dönemde konuya ilişkin olarak verdiği kararların, Yargıtay'la aynı yönde olduğu görülmektedir.<sup>26</sup> Fakat Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 28.09.2011 tarihinde verdiği bir karar,<sup>27</sup> söz konusu görüşte önemli bazı değişiklikler olduğunu ortaya koymaktadır. Karara göre;

*“(..).Açıklanan yasal hükümler ve yargısal kararlar karşısında; soruşturma evresinde milletvekili seçilen şüpheli hakkında dava açılması için yeterli şüphe bulunduğu C.Savcısınca dokunulmazlığın kaldırılması için yazılan yazı tarihinden itibaren zamanaşımı duracak, ancak kamu davasının açılmasından sonra sanığın milletvekili seçilmesi durumunda, üst norm olan Anayasa'nın 83/2. maddesindeki “yargılanamaz” hükmü gereği, seçilme tarihinden itibaren dokunulmazlığın kaldırılmasına veya milletvekilliği görevinin sona ermesine kadar zamanaşımının durduğu kabul edilecektir. (...).”*

Kararın aktardığımız ilk kısmını yerinde bulmamıza karşın, *“(..).üst norm olan Anayasa'nın 83/2. maddesindeki “yargılanamaz” hükmü gereği, seçilme tarihinden itibaren dokunulmazlığın kaldırılmasına veya milletvekilliği görevinin sona ermesine kadar zamanaşımının durduğu kabul edilecektir.(...).”* şeklindeki ikinci kısmına katılmıyoruz. Zira benimsediğimiz görüş uyarınca milletvekili seçilmek, dava zamanaşımını kendiliğinden durdurmamaktadır.

Aslında söz konusu karara hakim olan yaklaşımın ipuçlarını, 4. Ceza Dairesi tarafından da atıf yapılan, Yargıtay Ceza Kurulu'nun 2006 yılında verdiği 200 sayılı kararda<sup>28</sup> bulmak mümkündür. Görevi kötüye kullanma isnadıyla bir kamu kurumunun müsteşarının yargılandığı davaya ilişkin olarak verdiği kararda Genel Kurul, Bakanlıkta görevli olan bürokratların aslen amirleri olan ve yasama doku-

<sup>25</sup> Yar. 2. CD, E. 1997/14100, K. 1997/13205, T. 14.10.1997 (www.kazanci.com.tr, SGT: 16.01.2013); Yar. 11. CD, E/K. 9345/8295, T. 23.10.2002 (**BAKICI, Sedat**: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2007, s. 1307 ve 1308); Yar. 9. CD, E/K. 6912/243, T. 30.01.2006 (bkz. **YALVAÇ, Gürsel**: Karşılaştırmalı Gerekeçli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2006, s. 541); Yar. 9. CD, E. 2006/6936, K. 2006/396, T. 31.01.2006 (bkz. **PARLAR, Ali - HATİPOĞLU, Muzaffer**: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, s. 585). Aynı görüş için bkz. **ARSLAN**: s. 65.

<sup>26</sup> Dan, 2. D, E. 2002/1232, K. 2003/31, T. 15.1.2003; Dan, 1. D, E. 2002/1232, K. 2003/31, T. 15.1.2003. (www.kazanci.com.tr, SGT: 16.01.2013)

<sup>27</sup> Yar. 4. CD, E. 2011/10831, K. 2011/16620, T. 28.9.2011. (www.kazanci.com.tr, SGT: 16.01.2013)

<sup>28</sup> YCGK, E. 2006/4-157, K. 2006/200, T. 26.9.2006. (www.kazanci.com.tr, SGT: 16.01.2013)

nulmazlığından faydalanan Bakan'ın talimatlarını yerine getirdiklerine işaret ederek şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Bakanların, ceza yargılaması yönünden siyasi dokunulmazlıktan yararlanmalarının verdiği cesaret ve buyuruculuk yetkisiyle yasaya veya mahkeme kararlarına aykırı dahi olsa bir takım işlemleri, müsteşarlar ve diğer alt görevlerde bulunan kişilere yaptırımları nedeniyle, somut olayda da olduğu gibi, müsteşarlar adeta Bakan nam ve hesabına yargılanan kişiler konumuna gelmektedir. Sonuçta bu kimselerin mahkumiyetleri, Bakanlardan kaynaklanan yasaya aykırı işlemler yönünden, caydırıcılıktan uzak ve adaletsiz bir durum yaratmaktadır.*

*Bu adaletsizliğin giderilebilmesi bakımından, dokunulmazlıktan yararlanan siyasi sorumlular hakkında da suç tarihi ve uygulanacak yasa nazara alınmak suretiyle gerek 765 sayılı TCY'nın 107. maddesi gerekse 5237 sayılı TCY'nın 67. maddesi uyarınca, merciinden karar talep edilerek, işlemeye başlayan dava zamanaşımını durdurulmalıdır. Böylece, kendilerine dokunulmazlık sağlayan siyasi kimlikleri yöntemince sona erdirildiğinde haklarında kamu davası açılmasının yolu açılıp, hukuka aykırı bu ayrıcalıktan yararlanma cesareti ortadan kalkacaktır.”*

## **V. MİLLETVEKİLİ SEÇİLMENİN DAVA VE CEZA ZAMANAŞIMINI DURDURAN BİR NEDEN OLMASININ YERİNDELİĞİ**

Görüldüğü üzere milletvekili seçilmenin ceza zamanaşımını durduran bir neden olduğu son derece açıktır ve konuya ilişkin asıl tartışma milletvekili seçilmenin dava zamanaşımını kendiliğinden durdurmasının gerekli olup olmadığı hususundadır.

Dava zamanaşımını durduran nedenler, kamu davasının yürümesinin mümkün olmadığı hallerde, dava zamanaşımı süresinin işlemini ve kanunun kendi içerisinde çalışmasını önlemektedir. Zira kanun, bir yandan kamu davasının yürütülmesinin olanaksız olduğunu, öte yandan ise dava zamanaşımının işlediğini kabul etseydi, bu durum devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmasından ortadan kalkması anlamına gelebilirdi. Ceza zamanaşımını durduran nedenler bakımından ise aynı durum, cezalandırma yetkisinin bir görünümü olan cezayı infaz etme yetkisi bakımından söz konusu olmaktadır. Bazı engel nedenlerden dolayı cezayı infaz etme yetkisinin kullanılmasının mümkün olmaması, ceza zamanaşımının işlemini de önlemektedir.<sup>29</sup>

Bu bilgiler ışığında milletvekili seçilmenin dava ve ceza zamanaşımına etkisini

<sup>29</sup> Ceza hukukunda dava ve ceza zamanaşımını durduran ve kesen nedenlerinin varlık sebebi (mantığı, “ratio” su hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANER, Fahri Gökçen**: “TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. Y. 2009, S. 83, 143-145.

değerlendirmek için her iki kurumun, muhakeme ve infaz engeli olan yasama dokunulmazlığı ile ilişkisinin ayrı ayrı incelenmesi gereklidir.

### A. İnfaz Engeli Olan Yasama Dokunulmazlığı ve Ceza Zamaşımı

İnfaz engeli olan yasama dokunulmazlığının,<sup>30</sup> ceza zamaşımını durdurması yönünden bu noktada bir sorun yoktur. Zira Anayasa'nın 83/3. maddesinde düzenlenen infaz engeli olan yasama dokunulmazlığı uyarınca, milletvekilleri hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmaktadır. Bu noktada devletin cezayı infaz etme yetkisinin kullanılmasını yasaklayan kanun koyucu, bu duruma ceza zamaşımının durması sonucunu bağlamıştır. Dolayısıyla yapılan, zamaşımı teorisi bakımından son derece isabetlidir.

### B. Muhakeme Engeli Olan Yasama Dokunulmazlığı ve Dava Zamaşımı

Anayasa'nın 83/2. maddesi “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.” şeklindedir. Konu muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlığı ve dava zamaşımı olduğunda ise, cevap milletvekili sıfatının hangi hallerde kamu davasının yürütülmesine engel olduğu sorusunda saklıdır. Bu sorunun cevabı ise Anayasa'nın 83/2. maddesinde yasama dokunulmazlığı kapsamında yer alan “yargılanamaz” ifadesine verilen anlama bağlıdır.

Öğretide bazı yazarlar söz konusu ifadenin kamu davası açmaya engel olduğu düşüncesindedirler.<sup>31</sup> Bizim de katıldığımız karşıt görüş uyarınca ise soruşturma yapılması ve kamu davası açılması mümkündür.<sup>32</sup> Zira “yargılanamaz” ifadesinden anlaşılması gereken Yargıtay da dahil olmak üzere hiçbir yargılama makamı tarafından yargılama yapılamamasıdır.<sup>33</sup> Yasama dokunulmazlığının amacının, yürütme organı tarafından tahrik edilebilecek keyfi ceza soruşturmalarıyla, milletvekilinin

<sup>30</sup> İnfaz engeli olan dokunulmazlık hakkında daha fazla bilgi için bkz. **DEMİRBAŞ:** s. 150; **EREM-DANIŞMAN-ARTUK:** s. 178; **FEYZİOĞLU, Metin:** “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı içinde, İstanbul 2004, s. 400 ve 401.

<sup>31</sup> **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** s. 50.

<sup>32</sup> **KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 95; **FEYZİOĞLU:** “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, s. 402; **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 133; **KOCA-ÜZÜLMEZ:** s. 98; **ARSLAN:** s. 50; **ÖZTÜRK, Bahri - TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SİRMA, Özge - SAYGILAR, Yase-min - ALAN, Esra:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010, s. 75; **ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012, s. 147; **ŞAHİN, Cumhuri:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s. 60; **ZAFER:** s. 104.

<sup>33</sup> **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 94 ve 95.

meclis faaliyetlerinden uzak bırakılmasını önlemek olduğu<sup>34</sup> düşünüldüğünde, soruşturma yapılması ve kamu davasının açılmasının bu tür bir etki yaratmayacağı açıktır. Bu nedenle Anayasa'nın 83/2. maddesinde sayılan (tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz) dışında kalan muhakeme işlemlerinin yapılması için TBMM'nin iznine veya kararına gerek yoktur, bu işlemlerin yapılması gerekir.<sup>35</sup> Fakat yapılması mümkün olan işlemler dolayısıyla dahi olsa, milletvekili hakkında zorlama (tazyik) tedbirine başvurulamaz.<sup>36</sup>

Ayrıca iddianamenin düzenlenmesi dava zamanaşımını kesici etkiye sahip olduğundan, muhakemenin önemli bir aşamasına tekabül etmektedir. Mevcut uygulamada, kamu davası açılmadığından ve dolayısıyla iddianame düzenlenmediğinden,<sup>37</sup> dava zamanaşımı bu nedenle kesilmemektedir. Hatta belirli bir süreye bağlı olan davaların mutlaka açılması gerekir.<sup>38</sup> Bu nedenle kamu davasını açarak dava zamanaşımını kesmek ve ardından yeniden işlemeye başlayan süre içinde TBMM Başkanlığı'na başvurularak dava zamanaşımını durdurmak şeklinde bir uygulamanın benimsenmesi çok daha uygun olacaktır.

Milletvekili hakkında soruşturma yapılmasının başka yararları da vardır. Soruşturma tam olarak yapıldıktan ve kamu davası açıldıktan sonra, milletvekili hakkındaki dosyanın ayrılarak TBMM Başkanlığı'na gönderilmesi, TBMM'nin milletvekilinin dokunulmazlığı hakkında daha sağlıklı karar vermesini sağlayacaktır.<sup>39</sup> Böyle bir uygulama, eğer varsa yargılanmalarına devam edilecek olan suç ortaklarının durumu ve milletvekili ile aralarındaki ilişkilerin daha net bir şekilde ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Milletvekili Cumhuriyet savcılığı tarafından ifade vermek için çağrılmalı, gerekli tüm muhakeme işlemleri yapılarak soruşturma evresi tamamlanmalıdır.<sup>40</sup> Bilindiği üzere dokunulmazlık dolayısıyla milletvekili hakkında yapılması mümkün olmayan işlem CMK'nın 2/1-h maddesi uyarınca, sanığın hakim veya mahkeme tarafından "sorguya çekilmesi"dir. Dolayısıyla CMK'nın 2/1-g maddesi uyarınca kolluk görevlileri veya savcılık tarafından yapılan "ifade alma" işlemi bu kapsamda değildir. 1982 Anayasası yapıldığı dönemde yürürlükte olan CMUK'da

<sup>34</sup> **TEZİÇ, Erdoğan:** Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 397; **ÖZBUDUN, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, Ankara 2010, s. 295; **GÖZLER, Kemal:** "Yasama Dokunulmazlığı (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi)", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56 (2001), S. 3, s. 71-101; **TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:** 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 233.

<sup>35</sup> **GÖLCÜKLÜ:** s. 56; **FEYZİOĞLU:** "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", s. 402; **TEZİÇ:** s. 400 ve 401; **TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU:** s. 235; **ZAFER:** s. 104.

<sup>36</sup> **GÖLCÜKLÜ:** s. 56; **FEYZİOĞLU:** "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", s. 402; **TEZİÇ:** s. 401; **TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU:** s. 235.

<sup>37</sup> TCK'nın 67/2-c maddesinde yer alan bu ifadenin doğrusu kamu davasının açılması olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANER, Fahri Gökçen:** Ceza Hukukunda Zamanaşımı, s. 110 ve 111.

<sup>38</sup> **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 95; **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 133.

<sup>39</sup> **TEZİÇ:** s. 400.

<sup>40</sup> **TEZİÇ:** s. 401.

da, aynı ayırım vardı.<sup>41</sup> Bu nedenle Anayasa'nın 83/2. maddesindeki "sorguya çekme yasağı" hakim veya mahkeme tarafından sorguya çekme yasağı şeklinde anlaşılmaya devam edilmelidir. Milletvekili Cumhuriyet savcılığına ifade vermek için gelmezse elbette zorla getirilemeyecektir ama böylelikle en azından soruşturma dosyasının tamamlanması için gerekli çaba gösterilmiş olacaktır.

Öğretide, geçmişten beri süregelen yargı uygulamasının, milletvekili hakkında soruşturma yapılması ve kamu davası açılması için TBMM'nin kararına ihtiyaç olduğu yönünde olduğu ifade edilmektedir.<sup>42</sup> 2009 tarihli bir Yargıtay kararından bu uygulamanın halen aynı şekilde sürdüğü anlaşılmaktadır.<sup>43</sup> Danıştay içtihadı da aynı yöndedir.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> 1412 sayılı mülga CMUK'nın 135/1. maddesi şu şekildeydi: "Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade almada ve hâkim tarafından sorguya çekilmeye aşağıdaki hususlara uyulur"

<sup>42</sup> **FEYZİOĞLU:** "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, s. 402.

<sup>43</sup> Yerel mahkemelerin uygulamasının aynı olduğu Yargıtay'ın daha önce milletvekili dokunulmazlığı nedeniyle yargılanamayan ve ardından Cumhurbaşkanı seçilen Abdullah GÜL hakkında verdiği kararda da görülmektedir. Zira kanun yararına bozma istemiyle önüne gelen söz konusu olayda, 11. Ceza Dairesi Abdullah GÜL'ün milletvekili olduğu dönemde hakkında soruşturma yapılmasının TBMM'nin kararına bağlı olduğu şeklindeki görüşünü şu şekilde ortaya koymuştur:

"(...)Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 14.9.1998 gün ve Basın Hz. 1998/1080 Sayılı ayırma kararı ile milletvekilliği devam eden sanıklar haklarındaki evrakı tefrik ederek, dönemin Kayseri Milletvekili olan Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ile ilgili evrakın Basın Hz. 1998/1160 Sayılı hazırlık sırasına kaydedilmesine karar vermiş, dava tarihi itibarıyla milletvekili olmayan bir kısım sanıklar hakkındaki 14.9.1998 tarihli iddianamesi ile özel evrakta sahtecilik ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na aykırılık suçlarından mülga 765 Sayılı T.C.K'nın 346. maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 64/1, 345, 80 ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun 113. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açmıştır.

Kayseri eski Milletvekili olan Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında bu şekilde tefrik edilerek, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Basın Hz. 1998/1160 Sayılı hazırlık sırasına kaydedilen evrak ile ilgili olarak soruşturma yapılabilmesi, Anayasanın 83/2. maddesi uyarınca TBMM'nin bu yolda karar almasına bağlı olduğundan, bu amaçla hazırlanan 14.9.1998 tarihli fezleke, TBMM Başkanlığı'na sunulmak üzere Adalet Bakanlığı'na gönderilmiş, Adalet Bakanlığı da 24.9.1998 gün ve 23262 Sayılı yazısı ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83. maddesi uyarınca "yasama dokunulmazlığının" kaldırılıp, kaldırılmaması hususunun değerlendirilmesi açısından gönderildiği Başbakanlık Makamına 25.9.1998 gün ve 17475 Sayılı yazısı ile TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Bu şekilde TBMM'ye gönderilen soruşturma evrakı, Kayseri eski Milletvekili Abdullah Gül'ün TBMM Genel Kurulunun 28.8.2007 tarihli 6. birleşiminde Cumhurbaşkanı seçilmesi nedeniyle, TBMM Başkanlığı'nın 4.9.2007 gün ve 336-1142 Sayılı yazısı ile Başbakanlık Makamına iade olunmuş, Başbakanlık Makamı da anılan evrakı 4.3.2008 gün ve 2672 Sayılı yazısı ile Adalet Bakanlığı'na iletmiş, Adalet Bakanlığı da 9.5.2008 gün ve 27084 Sayılı yazısı ile evrakı Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiştir.(...)" Yar. 11. CD, E. 2009/16787, K. 2010/7000, T. 14.6.2010. (www.kazanci.com.tr, SGT: 16.01.2013)

<sup>44</sup> Dan, 1. D, E. 2002/1232, K. 2003/31, T. 15.1.2003; Dan, 1. D, E. 2011/615, K. 2011/1610, T. 24.10.2011 (www.kazanci.com.tr, SGT: 16.01.2013). Künyesi verilen 2011 tarihli kararda Danıştay 1. Dairesi, hakkında belediye başkanı iken soruşturma açıldıktan sonra milletvekili seçilen kişinin milletvekili sıfatını taşıırken Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yapılacak ön inceleme kapsamında idare tarafından ifadesinin alınmasına

## VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yaptığımız incelemenin ardından ortaya çıkan ilk sonuç Anayasa'nın 83/3. maddesinin yalnızca ceza zamanaşımıyla ilgili olduğudur. Söz konusu hükmü dava zamanaşımını da kapsayacak şekilde yorumlamaya çalışmak, kanımızca faydadan çok uyumsuzluğa yol açacaktır.

Milletvekili seçilmenin dava zamanaşımını durdurması bakımından ise iki ayrı sistem düşünülebilir. İlk olasılık ceza zamanaşımında olduğu gibi milletvekili sıfatının dava zamanaşımını kendiliğinden durduracağıın, anayasal bir hüküm olarak düzenlenmesidir.

İkinci olasılık ise mevcut olan düzenlemenin korunmasıdır. Eğer bu yapılacaksa, milletvekili hakkında soruşturma yapılması ve kamu davası açılması için TBMM'nin dokunulmazlığı kaldırması gerektiği şeklindeki hatalı uygulamaya son verilmelidir. Çünkü ortaya çıkan ve kamuoyunda tepki çeken durumun kaynağında kanımızca bu yanlış değerlendirme yatmaktadır. Görüldüğü üzere Anayasa'nın 83/2. maddesi yalnızca yargılama yapılmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle milletvekili hakkında soruşturma yapılmalı, iddianame düzenlenerek dava zamanaşımı süresi kesilmeli, kamu davası açıldıktan sonra ise dokunulmazlığın kaldırılması talebiyle TBMM Başkanlığı'na başvurularak kesilmenin ardından işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi durdurulmalıdır. Bu işlemlerin hiçbiri milletvekilinin yasama çalışmalarına katılmasına engel teşkil etmeyeceğinden, yasama dokunulmazlığı bu noktada sorun teşkil etmemektedir.

Var olan düzenlemenin altında yatan mantık kavrandığı ve amaca uygun yorum yapıldığı takdirde, kanımızca, mevcut düzenleme yeterlidir. Eğer belirtilen esaslara uyulmayacak ve milletvekili hakkında soruşturma yapılması ve kamu davası açılması için dokunulmazlığın kaldırılması gerektiği şeklindeki uygulama sürdürülecekse, o zaman çare Anayasa'nın 83/3. maddesini dava zamanaşımını kapsayacak şekilde değiştirmek olabilir. Yapılan seçim bu olarsa, eldeki imkanlarla sorunu çözmek varken, çözümün neden sorun haline getirildiği de sorgulanmalıdır.

---

engel bulunmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararın sonuç kısmı isabetli olmasına karşın gerekçe kısmında yer alan *“Böylece, yetkili merci tarafından hakkında soruşturma izni verilen ancak Anayasanın 83. maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığı bulunan kişiler Cumhuriyet başsavcılıklarınca soruşturma yapılabilmesi ve ifade alınabilmesi ancak yasama dokunulmazlığının TBMM’ce kaldırılmasına bağlıdır”* ifadeleri yerinde değildir.



**KAYNAKÇA**

- ARSLAN, Çetin**, “*Yasama Dokunulmazlığının Zamanaşımına Etkisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 35-93.
- ARTUK, Mehmet Emin - GÖKCEN, Ahmet - YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009.
- BAKICI, Sedat**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III , 12. Bası, İstanbul 1997.
- EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997.
- FEYZİOĞLU, Metin**, “*Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler*”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı içinde, İstanbul 2004, s. 397-428.
- FEYZİOĞLU, Metin**, “*Yasama Dokunulmazlığı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1991-1992, S. 1-4, s. 21-45.
- GÖKCEN, Ahmet**, “*Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı*”, Kamu Hukuku Arşivi, 2004 Mart, s. 19-50.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 1984.
- GÖZLER, Kemal**, “*Yasama Dokunulmazlığı (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi)*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 56 (2001), S. 3.
- GUINCHARD Sergei - BUISSON Jacques**, Procédure pénale, 3. édition, Paris 2005.
- HARDOUIN-LE GOFF, Carole**, L’oubli de l’infraction, Paris 2005.
- İÇEL, Kayıhan - SOKULLU AKINCI, Füsun -ÖZGENÇ, İzzet - SÖZÜER, Adem - MOLLAMAHMUTOĞLU, Fatih S. - ÜNVER, Yener**, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000.
- KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2009.
- KUNTER, Nurullah**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı (yayınlanmamış doçentlik tezi), İstanbul 1951.
- MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002.
- ÖNDER, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Nihat - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.

- ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, Ankara 2010.
- ÖZGEN, Eralp**, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988.
- ÖZTÜRK, Bahri - TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan – SIRMA, Özge - SAYGILAR, Yasemin - ALAN, Esra**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010.
- PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007.
- PRADEL, Jean**, Procédure pénale, 13. édition, Paris 2006.
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2005.
- STEFANI, Gaston - LEVASSEUR, George -BOULOC, Bernard**, Procédure pénale, 20. édition, Paris 2006.
- ŞAHİN, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007.
- TANER, Fahri Gökçen**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.
- TANER, Fahri Gökçen**, “*TCK’nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 83, s. 137-154.
- TANER, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.
- TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**: 1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009.
- TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2009.
- TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 16. Bası, Ankara 2011.
- YALVAÇ, Gürsel**, Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2006.
- ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2011.

## SORUŞTURMA EVRESİNDE MÜDAFİ VE VEKİLİN EVRAK İNCELEME YETKİSİ

### *(Power of Defender and Attorney to Examine Documents During the Investigation Phase)*

*Örnek İnsan ve Akademisyen Prof. Dr. Nur CENTEL Hocam'ı doktora öğrenimimin ilk aşamasından itibaren tanıma fırsatı buldum ve daima desteğini hissettim. Değerli Hocam adına hazırlanan bu Armağan için, Hocam'ın doktora tezi olan "Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî" başlıklı kitabında, müdafîin önemli yetkilerinden biri olarak ele aldığı evrak inceleme yetkisini çalışmanın anlamlı olacağını düşündüm. Hocam'ın çalışma konularından birini ele almaktan ve öğrencisi olmaktan onur duyduğumu belirtmek isterim.*

**Ali PEHLİVAN\***

### ÖZET

Uygulamada soruşturma evresinde, müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatlardan vekâletname ibraz etmesi istenilebilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'te, müdafî ve vekilin evrak inceleme yetkisi kabul edilmiş; bu yetkinin kullanılması vekâletname ibrazına bağlanmamıştır. Müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın beyanına güvenilmeli ve soruşturma evrakı avukat tarafından vekâletname ibrazına bağlı olmaksızın incelenebilmelidir. Avukatlık Kanunu m.2/3 ve m.46/2'de yer alan emredici düzenlemeler de bunu gerektirmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Soruşturma evresi, Evrak inceleme, Kısıtlama kararı, Avukatın evrak inceleme yetkisi, Vekâletname ibrazı, Avukatın işi red hakkı.

### *Abstract*

In practice, during the investigation phase, lawyers acting as an attorney or a defender can be asked to present power of attorney in case they ask for examination of documents. Article 153 of Code of criminal procedure recognizes the right of attorneys or defenders to examine documents without conditioning this right to the presentation of power of attorney. Declaration of a lawyer acting as attorney or defender shall be trusted and he/she shall examine the documents related the investigation phase without presenting the power of attorney. Imperative provisions of articles 2/3 and 46/2 of Legal Profession Act require the above.

\* Dr., Avukat, ali\_pehlivan@yahoo.com

**Keywords:** Investigation phase, Document examination, Deision of restriction, Power of defender to examine documents, Presentation of power of attorney, Right of attorney to refuse the case.

## Giriş

Ceza muhakemesi hukuku; bir kişinin suç işleyip işlemediğinin nasıl belirleneceği, kişinin kendisine yöneltilen suçu işlediği sonucuna varıldığında ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin kurallar bütünüdür<sup>1</sup>.

Suç faileri cezalandırılarak cezanın genel önleme fonksiyonu yerine getirilmekte ve toplumun korunması sağlanmaktadır<sup>2</sup>. Ceza kanunları ve diğer özel ceza kanunlarında yer alan soyut cezalar, ancak uygulandığı takdirde, suç işlemeyi düşünenlerin caydırılmasında etkili olabilir<sup>3</sup>. Türk Ceza Kanunu m.1'e göre Ceza Kanunu'nun amaçları arasında yer alan suçun işlenmesinin önlenmesi, ceza muhakemesi hukuku aracılığıyla sağlanabilir<sup>4</sup>.

Ceza muhakemesi hukuku, toplumun korunmasının yanı sıra temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırını ortaya koyarak bu hak ve özgürlüklerin korunmasına da hizmet etmektedir<sup>5</sup>. Anayasa m.2'ye göre Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, hukuk devletinin gereklerinden biridir<sup>6</sup>. Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler başlıklı ikinci kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri'ne ilişkin üçüncü bölümünde, "Hakların korunması ile ilgili hükümler" arasında yer verilen hak arama özgürlüğü kapsamında<sup>7</sup> iddia ve savunma hakkını içeren düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının esasını oluşturmaktadır: "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan fayda-

<sup>1</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Ekim 2012, 3; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Kirit Saygılar, Yasemin/Özaydın, Özdem/Akcan Alan, Esra/Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, Ankara Nisan 2013, 35.

<sup>2</sup> Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, k.no.15.

<sup>3</sup> Centel/Zafer, 5.

<sup>4</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, 49.

<sup>5</sup> Soyaslan, 49-50.

<sup>6</sup> Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, 65; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kirit Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 115; Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013, 83; Şahin, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, 68-69; Kocaoğlu, S. Sinan, Müdafî, Ankara Şubat 2011, 51-52; Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004, 38; Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012, 72. Anayasa Mahkemesi kararlarında da, temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devletinin gerekleri arasında sayılmaktadır. Örneğin bak.AyMK 27.12.2012 tarih ve 2012/35 Esas, 2012/203 Karar Nolu kararı, RG 12.7.2013, No.28705.

<sup>7</sup> "Hak arama"nın, hem iddiayı hem savunmayı kapsadığı konusunda bak. Centel, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, 13.

lanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (Anayasa m.36/1)<sup>8</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunun amacı maddi gerçeğin bulunmasıdır. Geçmişte yaşanan bir olay ve olaylar bütünü, deliller aracılığıyla ortaya konularak maddi gerçek bulunmaya çalışılmaktadır<sup>9</sup>. Maddi gerçeğe; iddia, savunma ve yargılama makamının kolektif faaliyetiyle daha kolay ulaşılabileceği düşünülmüş ve muhakemenin yürüyüşü buna göre düzenlenmiştir. İddia makamı, bir suçun belli bir kişi (şüpheli) tarafından işlendiğini ileri sürer. Böylelikle iddia makamı tarafından ortaya bir “tez” (sav) atılır. Savunma makamı; ortada suç bulunmadığı, suçun şüpheli veya sanık tarafından işlenmediği, olayda bir hukuku uygunluk nedeni bulunduğu ya da sanığın talep edilenden daha az bir cezayla cezalandırılması gerektiğini ileri sürerek “antitez” te (karşı sav) bulunur. Yargılama makamı tarafından tez ve antitezden bir “sentez” e yani hükme varılır<sup>10</sup>. Varılacak hükmün adil ve sağlıklı olabilmesi için, hüküm verme faaliyetine katılan bütün makamlar; birbirlerinin fikirlerini öğrenmeli, her bir makam, diğer makamın fikirlerine karşı beyanda bulunabilmelidir. Bu nedenle muhakeme faaliyetine katılan iddia ve savunma makamının bu faaliyetlerinin güvence altına alınabilmesi için bazı hak ve yetkilere sahip olmaları gerekir. İddia makamı, toplum adına Cumhuriyet savcılığı tarafından temsil edilmekteyse de, mağdur ve suçtan zarar görenler, istedikleri takdirde muhakeme faaliyetine katılabilirler<sup>11</sup>. Savunma makamı, şüpheli ve sanık ile müdafiden oluşmaktadır.

Kişiler, ceza muhakemesi hukukunda şüpheli ve sanık sıfatıyla “savunma hakkı” na; mağdur ve suçtan zarar gören sıfatıyla “iddia hakkı” na sahiptirler<sup>12</sup>. Ki-

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından iddia ve savunma hakkının birbirini tamamladığı, bu iki hakkın esas olarak hak arama özgürlüğüne dayandığı, bu hakların yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlanarak düzenleme yapılması dışındaki kısıtlama ve engellemelerin uygun olmayacağı belirtilmiştir: “... ‘Sav ve savunma hakkı’ birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılmaması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. ... Anayasa’ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçülerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasayla bağdaşmaz” (Bak. AyMK 19.9.1991 tarih ve 1991/2 Esas, 1991/30 Karar Nolu karar, RG 16.9.1992, No.21347).

<sup>9</sup> Centel/Zafer, 5; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 39.

<sup>10</sup> Centel/Zafer, 3.

<sup>11</sup> Tosun; Savcılık tarafından yapılan iddia görevi, “toplumsal iddia”, mağdur ve suçtan zarar görenin başvurusu ise “bireysel iddia” olarak adlandırmıştır. Bireysel iddia görevi, toplumsal iddia görevinden önce kabul edilmiştir. Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul 1984, 185.

<sup>12</sup> İddia hakkı ile savunma hakkı arasındaki sıkı ilişki için bak. Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, “İddia ve Savunma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2001, Cilt: V, Sayı: 1-2 (2003), 84-111 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5\\_5.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_5.pdf), Erişim Tarihi: 10.12.2012).

şilerin sahip olduğu savunma hakkı ile iddia hakkını gereği gibi kullanabilmeleri, kural olarak hukuki yardımdan faydalanmalarına bağlıdır. Kişilerin faydalanacağı hukuki yardım, avukatlar tarafından verilmektedir<sup>13</sup>. Kişilere hukuki yardımda bulunma görevini üstlenen avukatların, bu görevin gereklerini yerine getirebilmeleri için bazı yetkilere sahip olması zorunludur. Bu yetkilerden belki de en önemlisi, inceleme konumuzu oluşturan evrak inceleme yetkisidir. Uygulamada, avukatların kovuşturma evresinde evrak incelemesinde nadiren sorun yaşanmaktadır. Mahkemeler tarafından avukatların kovuşturma evresinde dosya inceleme talepleri, genellikle sorunsuz bir şekilde yerine getirilmektedir. Bu nedenle çalışma, avukatların müdafî ve vekil sıfatıyla soruşturma evresindeki evrak inceleme yetkisiyle sınırlandırılmıştır. Avukatların soruşturma evresindeki evrak inceleme yetkisi, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Avukatlık Kanunu'na göre incelenecektir.

## **I. Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi**

### **1. Soruşturma Evresi ve İlgili Muhakeme Süjeleri**

Avukatın soruşturma evresindeki evrak inceleme yetkisinin ortaya konulabilmesi için soruşturma evresi kavramı ile bu evrede görevli konuyla ilgili muhakeme süjelerinin tanımlanmasında yarar görülmüştür. Bu nedenle soruşturma, şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, müdafî ve vekil kavramları kısaca açıklanacaktır.

#### **a. Soruşturma evresi**

Soruşturma evresi, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir (CMK m.2/1-e). Ceza Muhakemesi Kanunu m.160/1'e göre, Cumhuriyet savcısı ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davası açılmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmakla yükümlüdür. Bir suçun işlendiği izlenimi üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan soruşturmanın sonunda; kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağı bulunmaması halinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m.172/1). Bu karara itiraz edilmediğinde ya da yapılan itiraz ilgili ağır ceza mahkemesi tarafından reddedildiğinde, kural olarak soruşturma evresi bitmiş olur. Bu takdirde, soruşturmanın konusunu oluşturan fiille ilgili yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiille ilgili kamu davası açılmayacaktır (CMK m.172/2).

Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturmanın sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması durumunda, soruşturma konusu suçla ilgili yargılama yapmakla görevli mahkemeye hitaben bir iddianame düzenlenmelidir (CMK m.170/2-3). Kendisine iddianame gönderilen mahkeme-

<sup>13</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Özkan, Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012, 26.

nin, iddianameyi kabul etmesiyle birlikte soruşturma evresi sona erer. İddianame kabul edildiğinde, kovuşturma evresi başlar (CMK m.2/1-f).

## b. Şüpheli

Bir suçun işlendiği izlenimi üzerine başlatılan soruşturmada, suçun işlendiği sonucuna varıldıktan sonra, bu suçun kimin tarafından işlendiği tespit edilmeye çalışılır. Şüpheli, işlendiği sonucuna varılan suçun fail veya suç ortağı (şerik) olabileceği düşünülen kişilerdir<sup>14</sup>. Bu nedenle meçhul bir faile karşı yürütülen ve henüz kimsenin fail olma ihtimalinin ortaya çıkmadığı aşamada, şüpheliden söz edilemez<sup>15</sup>. Suçun, şüpheli tarafından işlendiğine dair somut olgular bulunmalıdır. Soruşturma makamı olan Cumhuriyet savcısı ve onun yardımcısı sıfatıyla adli kolluk tarafından bir kişiden şüphelenilerek o kişi hakkında araştırmaya başlanması halinde, hakkında araştırmaya başlanılan kişinin şüpheli sıfatını aldığı söylenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.2/1-a'da, şüphelinin, "soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi" şeklinde geniş tanımlanması isabetlidir. Bu geniş tanım sayesinde, suç şüphesi altında bulunan kişiler, ceza muhakemesi hukukunda kendilerine şüpheli sıfatıyla tanınan haklardan yararlanabilecektir<sup>16</sup>.

## c. Mağdur

Mağdur kavramı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Diğer bir söyleyişle kavrama Kanun'un tanımlar başlıklı 2.maddesinde yer verilmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu Dördüncü Kitap'ta "Mağdur, Şikâyetçi, Malen Sorumlu, Katılan" başlıklarına yer verilmiştir. Dördüncü Kitap'ın Birinci Kısmı'nda "mağdur ve şikâyetçi" başlıklarına yer verilmekle birlikte, bu kavramlar açıklanmamıştır. Mağdur, suçla korunan hak ve menfaatin sahibidir; bir başka anlatımla suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişidir<sup>17</sup>. Örneğin kendisine karşı yaralama suçu işlenen A, suçun mağdurudur.

<sup>14</sup> Centel/Zafer, 131; Şahin, 27 vd.; Taner, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, 118; Demirbaş, 39.

<sup>15</sup> Şahin, 26-27. Zanlı ve şüpheli kavramları ile aralarındaki ilişki konusunda bak. Demirbaş, 36-38.

<sup>16</sup> Şüpheli hakları ile sanık haklarının, kural olarak örtüştüğüne dair bak. Centel/Zafer, 136. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde de, şüpheli ve sanık hakları bakımından büyük bir fark bulunmadığı, sanık kavramının geniş anlamda kullanılarak şüphelinin, sanık haklarından yararlandırılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Şahin, 45. 1412 Sayılı Kanun dönemindeki uygulamada, hazırlık soruşturmasında (CMK'ya göre soruşturma evresi) kuşku edilen kişilerin sanık olarak nitelendirildiği konusunda bak. Özgen, Eralp, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", TBBD, Sayı: 2 (1988), 217, dn.20 (Makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/1988-19882-1073.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1988-19882-1073.pdf), Erişim Tarihi: 10.12.2012). 1412 Sayılı Kanun döneminde, sanık sıfatının öne çekilmesinin beraberinde başka sakıncalar getireceği, bu nedenle sanık sıfatı edinilmesinden önce de müdafinin hukuki yardımına başvurulabileceğinin kabulünün daha uygun olacağı belirtilmiştir. Bak. Centel, 93.

<sup>17</sup> Centel/Zafer, 794; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 288; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 237.

#### d. Suçtan zarar gören

Suçtan zarar gören kavramı da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmamış olup, suçtan zarar görenin, "kamu davasına katılma hakkına sahip olanlar" arasında olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. Öğretide, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören kavramlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özenli bir biçimde kullanılmadığı, suç tanımındaki hak ve menfaati ihlal edilmemekle birlikte, suç sebebiyle hak ve menfaatleri ihlal edilen kişilerin, suçtan zarar gören oldukları belirtilmektedir. Buna göre suçla korunan hak ve menfaatin sahibi olmamakla birlikte, işlenen suç sebebiyle hak ve menfaatleri ihlal edilen kişiler, suçtan zarar görenlerdir<sup>18</sup>. Örneğin kendisine karşı yaralama suçu işlenen kişinin vücut bütünlüğü, kendisine karşı cinsel saldırı suçu işlenen kişinin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü, bu mağdurların yakınlarının ise manevi bütünlüğü ihlal edilmektedir.

#### e. Müdafî

Ceza Muhakemesi Kanunu m.2/1-c'ye göre müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır. Savunma; suç isnadına karşı şüpheli veya sanığın yararına yapılan, şüpheli ve sanığı fiili ve hukuki olarak korumaya yönelik faaliyettir<sup>19</sup>.

Hakkında soruşturma yapılan şüphelinin, en temel haklarından biri savunma hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'ya göre savunma hakkı, adil yargılanma hakkının unsurlarındandır. Şüphelinin savunma hakkını gereği gibi kullanabilmesi, kural olarak hukuki yardım almasına bağlıdır. Çünkü şüpheli, çoğunlukla hukuk bilgisinden yoksundur; hukuk bilgisinden yoksun olan şüphelinin iddia makamını teşkil eden ve profesyonel bir meslek icra eden savcıya karşı kendisini gereği savunması olanaksızdır<sup>20</sup>. Şüpheli, hukuk bilgisine sahip olsa bile, kendisine karşı bir suçlamada bulunduğu için telaşa kapılabilir, sinirlenebilir veya soğukkanlılığını kaybedebilir<sup>21</sup>. Bu nedenlerle savunma hakkı, kural olarak bir müdafîin yardımından yararlanmayı gerektirir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/1'ye göre şüpheli, varsa kanuni temsilcisi,

<sup>18</sup> Centel/ Zafer, 794; Öztürk/ Erdem, 288; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Kırıt Saygılar/ Özyayın/ Akcan Alan/ Erdem, 237-238.

<sup>19</sup> Centel, 1; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Kırıt Saygılar/ Özyayın/ Akcan Alan/ Erdem, 248.

<sup>20</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Kırıt Saygılar/ Özyayın/ Akcan Alan/ Erdem, 251; Taner, 126; Demirbaş, 141.

<sup>21</sup> Centel, 7 vd.; Öztürk/ Erdem, 313; Demirbaş, 141-142; Eser, Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" (Çev. Nur Centel), Yargıtay Dergisi, Cilt:16, Sayı:3 (1990), 328-329; Centel, Nur, "Müdafî ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:76, Sayı:2 (Haziran 2002), 320; Karakehya, Hakan, "Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafîliğe İlişkin Görülen Sorunlar", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, 3. Cilt, Ankara 2012, 239; Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, 51-52; Dülger, Murat Volkan, "Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/4, 45.



şüpheliye müdafî seçebilir. Kanuni temsilci, ergin olmayan şüpheliler için velidir (Türk Medeni Kanunu m.335 vd). Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı gibi nedenlerle fiil ehliyeti kısıtlanan şüphelilerin kanuni temsilcisi ise vavidir (Türk Medeni Kanunu m.404 vd.). Görüldüğü üzere Kanun'da, şüpheliye müdafî seçebilecek olan kişilerin, şüpheli ve varsa şüphelinin kanuni temsilcisi olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu m.91/4'e göre şüphelinin eşi ile birinci veya ikinci derecede kan hısımları; yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurma olanağına sahiptirler. Şüphelinin eşi ve ikinci derece kan hısımlarına<sup>22</sup>, belirtilen işlemlerle ilgili sulh ceza hakimine bizzat başvurma olanağı tanındığı dikkate alındığında, adı geçenlerin, başvuru yapmak üzere bir müdafîin hukuki yardımından faydalanabilecekleri açıktır. Şüphelinin eşi, şüpheliye açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliğinden başvurabilir (CMK m.262). Bu nedenlerle şüphelinin eşi ve ikinci derece kan hısımları, şüpheli için bir müdafî seçebileceklerdir.

Şüphelinin kan hısmı olmakla birlikte, hısımlık derecesi Kanun'da belirtilen ikinci dereceden daha uzak olanlar (örneğin kuzenler) ve hatta şüpheliyle hısımlık bağı bulunmayan kişilerin, şüpheli için müdafî seçip seçemeyecekleri ortaya konulmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun metnine bağlı kalındığında, bir başka anlatımla sözel yorum yapıldığında, bu kişilerin şüpheli için müdafî seçemeyecekleri söylenebilir; çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu m.149'da şüphelinin haricinde, şüpheli için müdafî seçebilecek olanların sadece "kanuni temsilci" olduğu hükmüne bağlanmıştır. Bu yorum benimsendiğinde, yukarıda belirtilen Ceza Muhakemesi Kanunu m.91/4 ve 262'nin varlığına rağmen ikinci derece kan hısımları ile eşin dahi şüpheli için müdafî seçememesi gerekir. Kanımızca şüpheliyle yakınlığı olan herhangi bir kimsenin (örneğin şüphelinin nişanlısı, arkadaşı, hatta komşusu), şüpheli için müdafî seçebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde şüphelinin, soruşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabileceğine ilişkin hükmün uygulanabilirliği daraltılmış olacaktır<sup>23</sup> (CMK m.149/1, 1. cümle). Bu kişiler tarafından seçilecek müdafîin, şüphelinin yararına faaliyette bulunacağı açıktır; çünkü müdafî, şüphelinin savunmasını yapan kimsedir. Savunmanın; şüpheli yararına yapılan, onu hukuki ve fiili olarak korumaya yönelik faaliyet olduğu dikkate alındığında, şüpheliyle herhangi bir yakınlığı olan kimse tarafından şüpheliye müdafî seçilebileceği söylenebilir. Belirtelim ki, bu kişilerce seçilecek müdafîin, şüpheli tarafından kabul edilmemesi mümkündür. Dolayısıyla bu kişiler, şüphelinin iradesine aykırı olmamak kaydıyla müdafî seçebilmelidir. Ka-

<sup>22</sup> Şüphelinin alt ve üst soyu (çocukları ve anne/baba), birinci derece; kardeşleri ise ikinci derece kan hısımdır (MK m.495 vd.).

<sup>23</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Yenisey, Feridun, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu" (www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?...98, 5, Erişim Tarihi:13.01.2013)

nuni temsilci veya eş tarafından seçilen müdafî de, şüpheli tarafından reddedilebilir. Müdafiden yararlanma hakkı şüpheliye tanındığına göre, şüpheli kural olarak istediği müdafîin hukuki yardımından faydalanabilir veya şüpheli kendisine tanınan bu hakkı kullanmak istemeyebilir (CMK m.150/1).

Ceza Muhakemesi Kanunu, bazı hallerde müdafiden yararlanma hakkı kullanılmak istenmese bile, şüphelinin, bir müdafîin yardımından faydalandırılmasını zorunlu görmüştür. Buna göre müdafîi bulunmayan şüpheli; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın kendisine bir müdafî görevlendirilir (CMK m.150/2). Şüpheliye isnad edilen suçun cezasının alt sınırı beş yıldan fazla hapis olduğunda da, şüphelinin istemi olmasa dahi kendisine bir müdafî görevlendirilecektir (CMK m.150/3). Tutuklanması talep edilen şüphelinin müdafîi yoksa şüphelinin sorgusunda hazır bulunmak üzere müdafî görevlendirilecektir (CMK m.101/3). Zorunlu müdafîlik olarak adlandırılan bu durumlarda müdafî, soruşturmanın yapıldığı yerin barosu tarafından görevlendirilir (CMK m.156/2). Zorunlu müdafîliğin söz konusu olmadığı durumlarda, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan eden şüpheliye, istemi halinde bir müdafî görevlendirilecektir (CMK m.150/1, 2. cümle). Şüphelinin, kendisine sonradan müdafî seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen müdafîin görevi sona erer (CMK m.156/3).

#### f. Vekil

Vekil; ceza muhakemesinde katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi temsil eden avukattır (CMK m.2/1-d). Katılan; kamu davasına katılma talebi kabul edilen suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişidir (CMK m.237 vd.). Bu itibarla katılan kavramı, kovuşturma evresine ilişkindir.

Suç işlendiğinde, kamu düzeni bozulur<sup>24</sup>. Bu nedenle her suç, devleti ve toplumu mağdur eder. Savcılık kurumu, suçtan mağdur olan toplum adına iddia görevini yapar. Ancak suçların büyük bir kısmı, doğrudan doğruya kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal etmektedir. Bu kişiler, kendilerine karşı suç işleyen faillerin tespiti ve cezalandırılmasını isterler<sup>25</sup>. Suçtan zarar görenler<sup>26</sup>, hak arama özgürlüğü kapsamında, soruşturmanın yürütülmesinde etkin olabilmelidirler.

Suçtan zarar görenlerin, hukuki yardım almaksızın soruşturmada etkin olabilmeleri zayıf bir olasılıktır. Suçtan zarar görenlerin korunmasına ilişkin çağdaş eğilim<sup>27</sup>, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gözetilmiş ve bazı durumlarda suçtan zarar görenlere, baro tarafından vekil atanması öngörülmüştür. Soruşturma konusu suçun cinsel saldırı veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan

<sup>24</sup> Soyaslan, 49.

<sup>25</sup> Centel/Zafer, 793.

<sup>26</sup> Suçtan zarar gören kavramı, tarafımızca mağduru da kapsayacak biçimde kullanılmıştır.

<sup>27</sup> Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997, k.no.161.

olması halinde, vekili bulunmayan suçtan zarar görenin istemi üzerine baro tarafından kendisine vekil görevlendirilir (CMK m.234/1-a-3). Suçtan zarar görenin, vekili bulunmayan onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olması halinde, vekil görevlendirmesi istem aranmaksızın yapılır (CMK m.234/2). Belirtelim ki, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.5/4'te, vekili bulunmayan mağdur ve şikâyetçilere talepleri hâlinde, baro tarafından kendilerine bir vekil görevlendirileceği hüküm altına alınmıştır<sup>28</sup>. Böylelikle her suçtan zarar görene, baro tarafından kendisine vekil sıfatıyla avukat talep etme hakkı tanınarak şüpheli ile suçtan zarar gören arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır.

## 2. Soruşturmanın Gizliliği ile Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisinin Bağdaştırılması Sorunu

Ceza Muhakemesi Kanunu m.157/1'e göre "Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir." 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, benzer bir hüküm yer almamakla birlikte, soruşturmanın gizli olduğu kabul edilmekteydi<sup>29</sup>. Soruşturma evresinde, suça ilişkin deliller bulunur ve korunur (CMK m.160/2). Bulunan deliller yeterli ise kamu davası yoluyla mahkeme önüne götürülür<sup>30</sup>. Soruşturmanın gizliliği ilkesiyle şüpheli veya üçüncü bir kişi tarafından delillerin karartılması engellenmeye çalışılmakta, suçsuzluk karinesi ve kişilerin lekelenmeme hakkı korunmaktadır<sup>31</sup>.

Soruşturma evresinin gizliliğine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu m.157'de, Kanunun başka hüküm koyduğu hallerin saklı olduğu ve savunma haklarına zarar verilmemesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bir başka anlatımla kanun koyucu, Kanunda yer alan başka hükümlerin saklı olduğuna işaret ederek gizliliğin mutlak

<sup>28</sup> RG 2.3.2007, No.26450.

<sup>29</sup> Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, 487.

<sup>30</sup> Centel/Zafer, 75.

<sup>31</sup> Ünver/Hakeri, 488; Özbek, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Ankara 2005, 672; Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, 340; Okuyucu-Ergün, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", AHFD, Cilt:59, Sayı:2 (2010), 252 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-02/AUHF-2010-59-02-okuyucu-ergun.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2012); Alşahin, Mehmet Emin, "Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:IV, Sayı:2 (Nisan 2006), 1056. Ceza Muhakemesi Kanunu m.157'nin gerekçesinde de suçsuzluk karinesi ve lekelenmeme hakkı vurgulanmıştır: "Soruşturma evresinin gizliliği, ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine, uyulması için bir zorunluluktur. Ancak her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır." Madde gerekçesi için bak. Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Kanunlar ile Yönetmelikler, Ankara 2007, 863-864.

olmadığını belirtme gereği duymuştur. Bu belirtmeyle yetinilmemiş ve gizliliğin savunma haklarına zarar veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Kanımızca madde metnindeki “savunma hakları” ibaresi, hem şüphelinin “savunma hakkı”nı hem de suçtan zarar görenin “iddia hakkı”nı ifade etmektedir. Aksi takdirde, uzun yıllardan bu yana yerleşik hale gelen savunma hakkının çoğul olarak kullanılması açıklanamaz.

Savunma hakları ibaresi, şüpheli ve suçtan zarar görenin haklarını kapsamaktadır. Savunma ve iddia hakkına zarar verilmemesi için soruşturmanın gizliliği ilkesi, müdafii ve vekil tarafından soruşturma evrakının incelenmesine engel oluşturmamalıdır<sup>32</sup>. Madde gerekçesinde de, avukatın soruşturma dosyasını inceleyebileceğine işaret edilmiştir<sup>33</sup>. Nitekim kanun koyucu, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'te, soruşturma evrakının avukat tarafından müdafii veya vekil sıfatıyla incelenebileceğini kabul ederek genel nitelikteki gizlilik ilkesini yumuşatmıştır. Soruşturmanın gizliliği ilkesi, tek başına müdafii veya vekile evrak inceletilmemesinin gerekçesi olamayacaktır<sup>34</sup>.

### 3. Evrak İnceleme Yetkisinin Önemi ve Şüpheli ile Suçtan Zarar Görenin Bazı Temel Haklarıyla Bağlantısı

Evrak inceleme olmaksızın müdafii veya vekil tarafından üstlenilen savunma veya iddiada bulunma görevinin yerine getirilmesi mümkün olamaz. Bu itibarla evrak inceleme yetkisi, müdafii veya vekilin yetkilerinin temelini oluşturmaktadır<sup>35</sup>. Evrak inceleme yetkisi, öğretide daha çok müdafii yetkileri bağlamında ele alınmıştır. Müdafii yetkileri başlığı altında yer verilen ilk yetki, genellikle evrak inceleme yetkisidir<sup>36</sup>. Evrak inceleme; adil yargılanma, tutuklamaya etkili itiraz

<sup>32</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Centel/Zafer, 80; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Cilt, Ankara 2012, 3; Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013, 32-33; Alşahin, 1056.

<sup>33</sup> “Tasarı, soruşturma evresinde tarafların ve özellikle şüphelinin ve avukatının yetkilerini belirtmektedir. Avukat, belirli istisnalarla soruşturma dosyasını incelemek olanağına sahiptir. Ancak avukat, adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak dosyadan elde ettiği bilgileri sadece müvekkilini, kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde savunması için kullanacak, bunları yayımlamak, örneğin medyaya vermek gibi eylemlere girişmeyecektir.” Yalvaç, 864.

<sup>34</sup> Benzer yönde bak. Koca, Mahmut, “Müdafii Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, Sayı:1 (1997), 163 (makalenin elektronik formatı için bak. <http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/1997-9.pdf>, Erişim Tarihi:14.12.2012); Gür, Necip Taha, “Müdafii Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı:2 (2012), 209-210. Madde gerekçesinin son paragrafında da, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'ün gerekçesine de bakılması gerektiğine işaret edilmiştir. Yalvaç, 864.

<sup>35</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Demirbaş, 175; Özkan, 347-348; Aday, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, 97.

<sup>36</sup> Centel, 111 vd.; Centel/Zafer, 174 vd.; Ünver/Hakeri, 227; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996, 191; Kunter, k.no.257; Cihan/Yenisey, k.no.229; Tosun, 616; Kocaoğlu, 170; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Ekim 2012, 561 vd.; Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, Ankara Eylül 2012, 199; Toroslu/Fezyioğlu, müdafii görevini özgürce yapması ve işlemlerin kendi-

ve lehe delillerin toplanmasını isteme hakkı yönünden yaşamsal önem taşımaktadır<sup>37</sup>.

### a. Evrak inceleme yetkisinin adil yargılanma hakkıyla bağlantısı

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı üzere, demokratik toplumların varlığı ve devamı bakımından hayati öneme sahiptir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, mümkün mertebe geniş yorumlanmalıdır<sup>38</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, hak arama özgürlüğü<sup>39</sup>, silahların eşitliği<sup>40</sup> ve çelişmeli muhakeme<sup>41</sup>, adil yargılanma hakkının unsurları arasındadır. Savunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3'te düzenlenmiştir. Savunma hakkının alt unsurlarından bir tanesi, isnadı öğrenme hakkıdır. Isnadı öğrenme hakkı, önemi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3-a'da açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir suçla itham edilen herkes, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına

sine bildirilmesini isteme yetkisinden sonra evrak inceleme yetkisini incelemişlerdir. Bak. Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 142-143. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem tarafından müdafî başlığı altında, evrak inceleme yetkisi ayrıntılı olarak incelendikten sonra, müdafîin diğer yetkileri kısaca belirtilmiştir. Bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255 vd., 272-273. Demirbaş tarafından müdafîin şüpheliyle görüşme, hukuki yardımda bulunma ve hazır bulunma yetkilerinden sonra evrak inceleme yetkisine yer verilmiştir. Bak. Demirbaş, 161 vd.

<sup>37</sup> Benzer yönde bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255-256.

<sup>38</sup> Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, k.no.492a; Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara Mart 2004, 198; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/, Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, 216.

<sup>39</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.505. Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuruya ilgili verilen 12.2.2013 tarihli kararda da (Başvuru No: 2012/620), hak arama özgürlüğünün önemi vurgulanmış ve bu özgürlüğün adil yargılanma hakkının ön koşulunu oluşturduğu belirtilmiştir: "Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen idarenin her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasa'da belirtilen kimi ayırık durumlar dışında yasalarla sınırlandırılmaz" (AyMK 2.6.2011 tarih ve 2008/88 Esas, 2011/85 Karar Nolu kararı, RG 22.2.2013, No.28567).

<sup>40</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.529a; İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005, 220.

<sup>41</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.552; Özdek, 212; İnceoğlu, 249.

sahiptir. Bu hak, suçtan zarar gören açısından hak arama özgürlüğü kapsamında iddia hakkının kullanılması anlamına gelir.

Adil yargılanma hakkının, kovuşturma evresine ilişkin bir hak olduğu, bu nedenle soruşturma evresiyle ilgisinin bulunmadığı düşünülebilir. Kovuşturma evresi, soruşturmaya dayanmaktadır; bir başka anlatımla kamu davası, esas olarak soruşturma evresinde şekillenmektedir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, soruşturma evresi için de geçerlidir<sup>42</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu yöndedir<sup>43</sup>. Evrak inceleme yetkisi; adil yargılanma hakkının isnadı öğrenme/iddia hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli muhakeme unsurları yönünden değerlendirilecektir.

### aa. Isnadı öğrenme hakkı/iddia hakkı

Evrak inceleme yetkisi; şüpheli bakımından isnadın öğrenilebilmesi, suçtan zarar gören bakımından ise iddia hakkının kullanılabilmesi için gereklidir. Savcılık makamı tarafından toplum adına soruşturma yapılır. Soruşturma bizatihi savcılık makamı tarafından yürütüldüğünden bu makam, soruşturma ile ilgili bütün bilgi ve belgelere sahiptir, emrinde adli kolluk bulunmaktadır (CMK m.161, m.164). Ceza muhakemesinde suç isnadında bulunulan şüphelinin, kendisini gereği gibi savunabilmesi öncelikle isnadı öğrenmesine bağlıdır<sup>44</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "ifade ve sorgunun tarzı" başlıklı 147. maddesine göre ifade ve sorgudan önce, şüpheli veya sanığa isnat edilen (yüklenilen) suç anlatılacaktır (CMK m.147/1-b). Anlatmak kavramı, bildirmeye göre daha geniş kapsamlıdır, bu nedenle şüpheliye açıklayıcı bazı bilgilerin de verilmesi gerekir<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256; Demirbaş, 175.

<sup>43</sup> AİHM'nin 6.6.2000 tarihli (Başvuru No:28135/95) Magee/Birleşik Krallık kararına göre, "... ceza davalarında, 6. Madde'nin esas amacı her ne kadar "yöneltilen suçlama" hakkında karar vermeye bir "mahkemede" adil yargılanmayı sağlamak ise de bu, 6. Madde'nin yargılama öncesi takibatta hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, 6. Madde ve özellikle de 3. fıkrası dava henüz açılmadan önce de geçerlidir, zira başta bu hükümlere uyulmazsa yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir (bkz. Imbrioscia-İsviçre davası, 24 Kasım 1993 tarihli karar, Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36)". Bak. Dutertre, Gilles Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Kasım 2003 Almanya, 159 (Avrupa Konseyi tarafından yayınlanmıştır). (Kitabın internet ortamındaki formatı için bak. [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm\\_kararlarindan\\_ornekler.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf), Erişim Tarihi:24.12.2012). Aynı yönde bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256.

<sup>44</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255; Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul Mayıs 2004, 356. Erem'e göre isnadı öğrenme (ithamı öğrenmek hakkı), savunma hakkının ön koşuludur. Bak. Erem, Faruk, "Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, 608.

<sup>45</sup> Şahin (Sorgu), 119. Demirbaş'a göre şüpheliye verilecek açıklayıcı bilgiler, suçlulukla mücadelede zarar vermeyecek genişlikte olmalıdır. Buna karşılık adı geçen yazar tarafından da şüphelinin kendisini savunabilmesi için neyle suçlandığını bilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bak. Demirbaş, 131.

Ancak kolluk, savcılık veya hakim tarafından şüpheliye isnad edilen suç anlatılmış olsa bile, şüpheli, hakkındaki suçlamaları ve bunlarla ilgili delilleri tam olarak bilemeyebilir. İfade ve sorguyu yapacak makamlar tarafından suçlama ve deliller, bütün ayrıntılarıyla bildirilse bile şüpheli, bu bildirimlere güvensizlik duyabilir. Kolluk birimleri, savcı veya hakim tarafından iş yoğunluğu, zaman darlığı, soruşturma evrakına tam olarak vakıf olamamak gibi nedenlerle, suçlama ve delillerin şüpheliye tam olarak bildirilmemesi mümkündür. Müdafie evrak inceleme yetkisi tanınması, belirtilen sakıncaların giderilmesini sağlayacaktır<sup>46</sup>. Evrakı inceleyen müdafii, şüpheliyi suçlama ve deliller konusunda aydınlatacak, yeterince bilgilenen şüpheli, savunmasını gereğini yapabilecektir. Belirtelim ki, şüpheliye evrak inceleme imkânı tanınması<sup>47</sup>, müdafî aracılığıyla evrak incelemenin önemini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü şüpheli; hukuk bilgisinden yoksundur veya hukukçu olsa bile suçlamayla karşı karşıya kaldığı için soruşturma evrakının içeriğini doğru bir şekilde değerlendirmesi çoğunlukla mümkün olamayacaktır. Evrak içeriği bilinmeksizin savunma yapmak, deyim yerindeyse hayali yel değirmenlerine karşı savaşmaya zorlanmak anlamına gelir<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Erem, Faruk, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara 1986, 182; Koca, “Müdafii Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, 164.

<sup>47</sup> Soruşturma evresinde dosya içeriğinin şüpheli tarafından incelenebileceği ve belgelerin bir örneğinin harçsız olarak alınabileceği, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45'te 2010 yılında yapılan değişiklikle kabul edilmiştir (RG 24.12.2010, No.27795). Öğretide, bu yetkinin şüpheliye tanınması yerinde bulunmuş; ancak düzenlemenin yönetmelik yerine kanunla yapılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Bak. Centel/Zafer, 89-90.

Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730). Hükümlerinin büyük bir kısmı 6 Ağustos 2013 tarihinde yürürlüğe giren bu Yönetmelik (m.99/1-b), kısaca Yazı İşleri Yönetmeliği olarak anılacaktır. Yazı İşleri Yönetmeliği m.54'te de, Kalem Yönetmeliği m.45'e paralel bir düzenlemeye yer verilerek dosya içeriğinin şüpheli tarafından incelenebileceği ve belgelerin bir örneğinin harçsız olarak alınabileceği kabul edilmiştir.

<sup>48</sup> Benzer yönde bak. Centel, 111; Toroslu/Feyzioğlu, 143; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 255; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255; Şahin, Cumhuriyet, “Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-2, 279; Şahin (Muhakeme), 199; Karakehya, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosyasını İnceleme Hakkı”, 134-135; Alşahin, 1056; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman, *Türk Hukuku'nda Müdafii Yasaklılık Halleri*, Ankara 2004, 136. AİHM'nin 10.7.2001 tarihli (Başvuru No:29900/96 ve 29903/96) Sadak ve Diğerleri/Türkiye kararında, isnadı öğrenme hakkının savunma hakkıyla bağlantılı olduğu belirtilmiştir: “Son olarak, AİHS'in 6. Madde 3-b fıkrası çerçevesindeki şikâyetle ilgili olarak AİHM, 6. Madde 3. fıkranın a ve b bentlerinin bağlantılı olduğu ve suçlamanın niteliği ve nedenleri konusunda bilgilendirilme hakkının sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında ele alınması gerektiği kanısındadır (bkz. yukarıda anılan Pélissier ve Sassi davası kararı, paragraf 54)”, Dutertre, 183. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok'a göre de, isnadı öğrenme hakkı, soruşturma evresinde başlamaktadır. Bak. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 257.

Suçtan zarar gören, evrak inceleme yetkisi sayesinde, soruşturmaya yön verebilir ve iddialarını gereği gibi ortaya koyabilir<sup>49</sup>. Suçtan zarar gören, soruşturma evrakının içeriğini bilmediği takdirde, iddia ve delillerini ortaya koyma imkânından yoksun kalır. Örneğin soruşturma evrakının içeriğinden haberdar olan suçtan zarar gören tarafından bu içerikten hareketle suç faillerinin kim veya kimler olabileceği konusunda somut tahminlerde bulunulabilir. Bu sayede adı geçen kişiler, soruşturmaya dahil edilebilecektir. Hatta suçtan zarar gören, inceleme sonucunda, soruşturma konusu suçun şüpheli tarafından işlenmediğini, esas faillerin soruşturma dışı bırakıldığını anlayabilir ve bu konuda savcüyı uyararak soruşturmanın gerçek failere yönelmesini sağlayabilir. Bu nedenlerle soruşturma evrakı, suçtan zarar gören vekili tarafından incelenebilmelidir. Evrak inceleme yetkisinin suçtan zarar görene tanınmış olması<sup>50</sup>, bu yetkinin vekil tarafından kullanılmasının önemini ortadan kaldırmaz. Suçtan zarar gören de çoğunlukla hukuk bilgisinden yoksundur; hukukçu olsa bile kendisine karşı doğrudan veya dolaylı olarak suç işlendiğinden öfkelenmesi, soğukkanlılığını yitirmesi gibi nedenlerle evrak içeriğini hukuki yardım almaksızın değerlendiremeyebilir.

### **bb. Silahların eşitliği ilkesi**

Soruşturma evresi, savcının tekelindedir; savcı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilen sınırlamalara uygun olmak kaydıyla araştırma yapabilir (CMK m.160). Savcılık makamı tarafından yapılan araştırmaların sonunda, somut şüphe sebepleri ortaya çıktığında suçun faili olabilecek kişiler şüpheli sıfatıyla soruşturmaya dahil edilir. Şüpheli ve müdafii, iddia makamını teşkil eden savcıya karşı savunma makamını oluşturur. Savunma makamı, geniş yetki ve olanaklara sahip iddia makamına karşı güçlendirilmelidir.

Ceza muhakemesinde savunma makamının güçlendirilmesi zorunlu olmakla

<sup>49</sup> Kovuşturma evresinde, katılanın, dava dosyasındaki evrakın örneğini ancak vekili aracılığıyla alabileceğine dair CMK m.234/1-b-3 hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerin, soruşturma evresi için de geçerli olduğu söylenebilir. Soruşturma evrakının incelenmesi ve evraktan örnek alınması, hak arama özgürlüğünün bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Suçtan zarar gören, bu sayede soruşturmanın seyrine yön verebilecek ve soruşturmayı etkilemek olanağına sahip olacaktır. Böylelikle suçtan zarar görenin, yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma, bilgiye ulaşarak soruşturmanın gidişatına yön verme hakkı sınırlandırılmamış olur (AyMK 17.5.2012 tarih ve 2011/37 Esas, 2012/69 Karar Nolu kararı, RG 21.7.2012, No.28360).

<sup>50</sup> Suçtan zarar görene, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45'te 2010 yılında yapılan değişiklikle soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme ve belgelerin bir örneğini harçsız olarak alma hakkı tanınmıştır (RG 24.12.2010, No.27795). Anılan Yönetmelik, yukarıda belirtildiği üzere Yazı İşleri Yönetmeliği m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730). Yazı İşleri Yönetmeliği m.54'te de suçtan zarar görenin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme ve belgelerin bir örneğini harçsız olarak alma hakkı kabul edilmiştir.



birlikte, iddia ve savunma makamı arasında, hak ve yetkiler bakımından eşitliğin sağlanması mümkün değildir. Soruşturmanın başlatılması ve sürdürülmesi yetkisi savcıya tanınmıştır. Savunma makamına, soruşturmayı başlatma ve sürdürme yetkisi tanınmayacağı açıktır; çünkü kural olarak hiç kimse kendisi aleyhine sonuç doğuracak bir girişimde bulunmaz. Bu nedenle savunma makamı ile iddia makamının “eşit” olması değil, bu iki makamın yetkileri arasında “karşılıklılık” bulunması gerektiği söylenebilir. Silahların eşitliği ilkesi; iddia ve savunma makamlarına usul hukukuna ilişkin tanınan olanakların dengeli olması, dengenin savunma aleyhine bozulmamasını ifade eder<sup>51</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin metninde yer almamaktadır. Bu ilke, yukarıda belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının geniş yorumlanması sonucu madde kapsamına dahil edilmiştir. Başlangıçta iddia ve savunma makamı arasında biçimsel usuli eşitlik şeklinde anlaşılan silahların eşitliği ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşmeyi geliştirici yorumuyla “bir tarafın olayı diğer tarafa karşı kendisini olumsuz bir duruma sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesi zorunluluğu”nu ifade eder şekilde anlaşılmaya başlanmıştır<sup>52</sup>.

Soruşturma evresinin başından sonuna kadar bütün bilgi ve belgelere sahip olan, bizzat veya emrindeki adli kolluk marifetiyle araştırma yapabilen iddia makamına karşı, savunma makamına evrak inceleme yetkisi tanınmasının olmazsa olmaz bir yetki olduğu söylenebilir. Savunma makamı, evrak incelemeksizin, savunmaya ilişkin gerçek anlamda herhangi bir faaliyette bulunamaz<sup>53</sup>.

İddia makamının savcı tarafından temsil edildiği, bu nedenle silahların eşitliği ilkesi kapsamında suçtan zarar görene evrak inceleme yetkisinin tanınmasının gerekmediği söylenebilir. Suçtan zarar gören, hak arama özgürlüğü kapsamında iddia hakkına sahiptir. Bu hak, adil yargılanma hakkının unsurlarından biridir. Ceza muhakemesi faaliyetine katılması kabul edilen suçtan zarar görenin, bu faaliyete katılması evrak inceleme yetkisini zorunlu kılar.

### cc. Çelişmeli muhakeme ilkesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından içtihatlar yoluyla adil yargılanma hakkı kapsamına dahil edilen çelişmeli muhakeme ilkesi; davanın taraflarının, gösterilen deliller veya sunulan mütalâaları öğrenme ve bunlarla ilgili görüş bildire-

<sup>51</sup> Centel/Zafer, 194.

<sup>52</sup> Ambos, Kai, “Silahların Eşitliği Çelişmeli Ön Soruşturma ve AHİS m.6” (çev:Yener Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004, 24.

<sup>53</sup> Demirbaş, 174.

bilme hakkına sahip olmaları anlamına gelir<sup>54</sup>. Bu sayede taraflar, adaletin işleyişine güven duyabileceklerdir<sup>55</sup>.

Savunma makamı, iddia makamını teşkil eden savcı ve suçtan zarar görenin görüşlerini ve delilleri öğrenebilmesi için soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilmelidir. Ancak bu incelemeden sonra, savcı ve varsa suçtan zarar görenin görüşlerine ve mevcut delillere karşı yorumda bulunulabilir; savunma makamının karşı görüş ve delilleri sunulabilir. Suçtan zarar gören de, evrak içeriğini bilmedikçe şüpheli ve hatta savcının görüşlerini<sup>56</sup>, soruşturmaya ilgili yaklaşımlarını, dosya içeriğindeki delilleri öğrenemez. Savunma makamı ile savcının görüşleri ve deliller öğrenilmeksizin bunlara karşı yorumda bulunulması, soruşturma konusu suçun şüpheli tarafından işlendiği ilişkin ya da başka bir hususta delil ileri sürülmesinin pek de mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenlerle şüpheli ve müdafii ile suçtan zarar gören ve vekili, soruşturma evrakını inceleyebilmelidir. Şüpheli veya suçtan zarar gören, ancak bu sayede soruşturmada etkin bir şekilde yer alabilir.

### **b. Evrak inceleme yetkisinin tutuklamaya etkili itiraz hakkıyla bağlantısı**

Tutuklamanın, ceza muhakemesi hukukunda öngörülen en ağır koruma tedbiri olduğu söylenebilir. Suçluluğu konusunda kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmayan şüpheli veya sanık, tutuklama kararının sonucunda kişi özgürlüğünden yoksun kalmaktadır. Bu nedenle hangi koşullarla tutuklama kararı verilebileceği ve tutuklunun sahip olduğu haklar, Anayasa m.19 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5'e göre tutuklanan kişi, tutuklanmasına ilişkin karara karşı etkili bir itiraz hakkına sahip olmalıdır<sup>57</sup>. Tutuklama kara-

<sup>54</sup> Centel/Zafer, 195; Özdek, 212; İnceoğlu, 249.

<sup>55</sup> Başvurucuya belgelerin ulaştırılmamasına ilişkin AİHM'nin 28.6.2001 tarihli (Başvuru No:37292/97) E.R./İsviçre kararında şöyle denilmiştir: ... Adil yargılanma kavramı, kural olarak, aynı zamanda bir davanın taraflarının gösterilen deliller veya sunulan mütalâalar hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirmesi hakkını da içinde barındırır (bkz. Lobo Machado-Portekiz ve Vermeulen-Belçika davaları, 20 Şubat 1996 tarihli kararlar, Reports 1996-I, sırasıyla s. 206 paragraf 31 ve s. 234 paragraf 33). /... Burada asıl önemli olan, davacıların adaletin işleyişine olan güvenidir ki, bu da diğer hususların yanı sıra, davacıların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bilmelerine bağlıdır (bkz. yukarıda belirtilen Nideröst-Huber kararı, s. 108, paragraf 29 [Nideröst-Huber – İsviçre davası, 18 Aralık 1997 tarihli karar, Reports 1997-I, s. 108, paragraf 27]), Dutertre, 167.

<sup>56</sup> Örneğin suç, iştirak halinde işlenmiştir; ancak soruşturma tek bir şüpheliye yönelik olarak sürdürülmektedir ya da suç, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesine rağmen soruşturmada örgütle ilgili bir araştırma yapılmamaktadır.

<sup>57</sup> AİHS m.5/4'e göre "Yakalama veya tutuklama/tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir." Tutuklamaya itiraz hakkı, Anayasa m.19/7'de, "Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir" hükmüyle güvence altına alınmıştır.

rına karşı etkili bir itirazın yapılabilmesi, evrak içeriğinin bilinmesine bağlıdır<sup>58</sup>. Bu nedenlerle soruşturma evresinde evrakın incelenmesi, tutuklamaya etkili itiraz yapılabilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Ancak bu sayede, tutuklama kararında gösterilen gerekçelerin doğru olmadığı veya tutuklama tedbiri yerine başka koruma tedbiriyle amaca ulaşılabilceği ileri sürülebilir<sup>59</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararında, "tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması" gerektiği belirtilmiştir<sup>60</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre yakalanan veya tutuklu bulunan şüphelinin, özgürlük kısıtlamasına esas teşkil eden belgeleri incelemesi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle engellenemez<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Demirbaş, 188.

<sup>59</sup> Benzer yönde bak. Erdem, Mustafa Ruhan, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", D.E.Ü.H.F.D., Cilt:6, Sayı:1 (2004), 67; Çınar, Ali Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kürüm-Türkiye Kararının, Sözleşme ve İç Hukuktaki İlgili Hükümlere Göre Değerlendirilmesi", TBBD, Sayı:95 (2011), 81-82 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2011-95-719.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-95-719.pdf), Erişim Tarihi:10.1.2013); Kazancı, Behiye Eker, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", TBBD, Sayı:98 (2012), 97 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-98-1121.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-98-1121.pdf), Erişim Tarihi:10.1.2013). Örneğin uyuşturucu madde ticareti suçlamasıyla tutuklanan şüphelinin kardeşi tarafından tutuklama kararına itiraz edilmesi için avukata başvurulmuştur. Başvurulan avukat tarafından soruşturma evrakı incelenmiş, yapılan incelemeden sonra tutuklama kararına karşı gerekçeli itiraz dilekçesi verilmiş, itiraz üzerine şüpheli serbest bırakılmıştır. Soruşturmanın sonunda serbest bırakılan şüpheli hakkında, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir (İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 08.03.2012 tarih ve 2011/160651 Soruşturma, 2012/13915 Karar Nolu yayınlanmamış kovuşturmaya yer olmadığı kararı). Görüldüğü üzere, müdafî tarafından evrak incelenemediğinde, şüpheli uzun bir süre özgürlüğünden yoksun kalacak; bu durum, şüphelinin maddi ve manevi bakımdan zarara uğramasına yol açacağı gibi uğranılan zararın CMK m.141 vd. hükümlerine göre tazmin edilecek olması nedeniyle kamunun da zararına yol açacaktır.

<sup>60</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 267; Demirbaş, 189; AİHM'nin 19.6.2001 tarihli Atlan ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı. AİHM tarafından geçici bir süre alıkoymayla ilgili verilen 30.3.1989 tarihli Lamy-Belçika kararında, etkili itiraz hakkı, dava dosyasında bulunan evraka erişim ve çelişmeli muhakeme ilkesiyle birlikte değerlendirilmiştir: "Tutukluluk halinin gerekliliğinin takdiri ile bilâhare mahkûmiyetin değerlendirilmesi arasında öylesine yakın bir ilişki vardır ki kanunen ikinci halde gerekli olmasına rağmen ilk durum için evraka erişim talebinin reddedilmiş olması doğru değildir. / Kraliyet Savcısının tüm dosyaya vakıf olmasına rağmen, izlenen usulde, başvuru sahibinin kendisinin gözaltında tutulmasına ilişkin gerekçelere gerektiği şekilde itiraz etme fırsatı bulunmamaktadır. Silâhların eşitliği sağlanmadığı için, izlenen usul gerçek anlamda nizalı değildir (bkz. gerekli değişikliklerle, daha önce belirtilen Sanchez-Reisse davası kararı, Seri A No. 107, s. 19, paragraf 51). / Dolayısıyla, 5. Madde 4. fıkrâ (madde 5-4) hükümleri ihlal edilmiştir" Dutertre, 137-138.

<sup>61</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 208-209; Ünver/Hakeri, 228. AİHM'nin 13.2.2001 tarihli Lietzow/Almanya kararında (Başvuru No:24479/94) şöyle denilmiştir: "Mahkeme (AİHM), Savcının dosyada bulunan belgelere erişim talebini Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 147. Madde 2. fıkrâ uyarınca reddettiğini, gerekçe olarak da aksi takdirde devam eden ve son derece karmaşık olduğu ve çok sayıda başka şüphelinin de dahil olduğu soruşturmanın başarıyla sonuçlanması açısın-

### c. Evrak inceleme yetkisinin lehe delillerin ileri sürülmesi ve toplanmasını isteme hakkıyla bağlantısı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheli ve suçtan zarar görene, lehe delilleri ileri sürme ve bunların toplanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.147/1-f'ye göre ifade alınmasından önce şüpheliye; şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. Şüpheliye tanınan bu hakkın etkin kullanılması, müdafinin hukuki yardımına bağlıdır<sup>62</sup>. Müdafî tarafından aleyhteki şüphe nedenlerinin ortadan kaldırılması veya lehe delillerin ileri sürülmesi, başka bir soruşturmaya ilişkin evrakın incelenmesini gerektirebilir. Müdafîliği üstlenilen şüpheli, diğer soruşturmanın tarafı olmayabilir. Soruşturmanın tarafı olmayan şüpheli; müdafî vekâletname vermiş olsa bile, evrakın incelenmesi mümkün olamayacaktır<sup>63</sup>; çünkü vekâletname, soruşturmanın tarafı olmayan bir kişi tarafından verilmiştir. Hukuki yardım kapsamında lehe olan delillerin ileri sürülmesi ve toplanabilmesi için müdafî, diğer bir soruşturma evrakını inceleyebilmelidir.

Suçtan zarar gören, soruşturma evresinde delillerin toplanmasını isteme hakkına sahiptir (CMK m.234/1-a-1)<sup>64</sup>. Suçtan zarar görenin, suça ilişkin delilleri tespit edebilmesi ve bunların toplanmasını istemesi, vekilin yardımı olmaksızın genellikle mümkün olmaz. Vekil tarafından suça ilişkin delillerin tespiti ve toplanması sürecinde, vekillik görevi üstlenilen soruşturmanın dışında başka bir soruşturma evrakının incelenmesi gerekebilir. Bu soruşturma evrakının incelenmesi, vekâletname ibrazına bağlı tutulduğu takdirde, evrakın vekil tarafından incelenmesi

---

dan bir risk ortaya çıkabileceğini ileri sürdüğünü müşahede etmiştir. Bu görüş, Frankfurt Temyiz Mahkemesinin 24 Nisan 1992 tarihli kararında da yer almaktadır (bkz. yukarıdaki 19. paragraf). / Mahkeme, ceza soruşturmalarının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi ihtiyacının bilincindedir; bu ihtiyaç gereği soruşturma esnasında toplanan bilgilerin bir bölümünün şüphelilerin delilleri tahrip etmesinin ve adaletin gerçekleşmesine zarar vermesinin önlenmesi amacıyla gizli tutulması da söz konusu olabilir. Ancak, bu meşru amaç, savunma haklarıyla ilgili önemli kısıtlamalar pahasına güdülemez. Dolayısıyla, bir kişinin alıkonulmasının hukukiliğinin tespitinde esas teşkil eden bilgilerin şüphelinin avukatına da uygun şekilde açıklanması gerekir. / Bu şartlar altında ve Bölge Mahkemesinin Bay W. ve Bay N.'nin ifadelerinden yola çıkarak ileri sürdüğü ve başvuru sahibine iletilmediği için başvuru sahibinin gerektiği şekilde itiraz edemediği gerekçenin taşıdığı önem itibarıyla, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulmasını inceleyen Frankfurt Bölge Mahkemesinin izlediği usulde Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkra hükümlerinde öngörülen güvenceler sağlanmamıştır. Dolayısıyla bu madde hükümleri ihlal edilmiştir" Dutertre, 138.

<sup>62</sup> Benzer yönde bak. Kocaoglu, 226-227.

<sup>63</sup> Bursa Barosu tarafından aşağıda incelenecek olan Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45'te yer alan ilk düzenlemeyle ilgili Adalet Bakanlığına yapılan başvuruda da, benzer bir gerekçeyle müdafî veya vekil olan avukatın vekâletname ibraz etmeksizin evrak inceleme yetkisine sahip olması gerektiği belirtilmiştir (<http://www.bursabarusu.org.tr/haberler.php?kimlik=312>, Erişim Tarihi:18.12.2012).

<sup>64</sup> Centel/Zafer, 786.

mümkün olamayabilir. Suçtan zarar gören, soruşturmanın tarafı olmadığına, vekilin, vekâletnameyi haiz olsa bile, evrak inceleme talebi reddedilecektir. Talebin reddi, delillerin toplanmasını isteme hakkının, fiilen kullanılamaması anlamına gelir.

#### 4. Evrakın İncelenilmesi İçin Vekâletname İbrazının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

##### a. Genel olarak

Vekâletname, bir kimsenin vekil olduğunu bildiren, noterlik tarafından onaylanmış belgedir<sup>65</sup>. Ceza muhakemesi hukukunda, müdafî veya vekil olduğunu beyan eden avukatın; müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleyebilmesi için şüpheli veya suçtan zarar gören tarafından kendisine verilmiş bir vekâletname ibraz etmekle yükümlü olup olmadığına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Uygulamada, bazı Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturma evrakını müdafî veya vekil sıfatıyla incelemek isteyen avukatlardan, görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz etmeleri talep edilmektedir. Vekâletname ibraz etmeyen avukatların, müdafî veya vekil sıfatıyla soruşturma evrakını incelemelerine izin verilmemektedir. Bu anlayışa göre müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat, ya vekâletname ibraz etmeli ya da bu avukatın baro tarafından atandığına dair görevlendirme yazısı bulunmalıdır. Bu uygulamanın, aşağıda değerlendirilen Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in<sup>66</sup> eski 45. maddesine dayalı olarak yapıldığı söylenebilir. Vekâletname talep edilip edilemeyeceğine ilişkin açıklamalar; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Kalem Yönetmeliği m.45 ve Yazı İşleri Yönetmeliği m.54'e göre yapılacaktır.

##### b. CMUK hükümleri bakımından değerlendirme

Konunun anlaşılabilmesi için 20 Nisan 1929 yılından 1 Haziran 2005 tarihine kadar uygulanan, hatta temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin büyük bir kısmı halen yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun incelenmesinde yarar bulunmaktadır<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 14.1.2013).

<sup>66</sup> RG 1.6.2005, No.25832. Adı geçen Yönetmelik, kısaca Kalem Yönetmeliği olarak anılacaktır. Daha önce belirtildiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihli bu Yönetmelik, Yazı İşleri Yönetmeliği m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730).

<sup>67</sup> 4.4.1929 Tarih ve 1412 sayılı CMUK, RG 20.4.1929, No.1172. Bu Kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı CMK ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 17.12.2004, No.25673). Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.8'e göre bölge adliye mahkemelerinin Resmi Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326. maddeleri uygulanacaktır. Bak. 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Kanun,

1412 Sayılı Kanun'da, vekâletnameye ilişkin hükümler oldukça sınırlıydı<sup>68</sup>. Kanun yoluna başvuran müdafii, bu başvuruyu geri alabilmesi için vekâletnamesinde buna ilişkin özel bir yetki bulunma zorunluluğu öngörülmüştür. Şahsi davanın davacısının vekili ile sanığının müdafii, davacı veya sanık olmaksızın duruşmaya katıldıklarında, kendilerinden vekâletname istenmekteydi. Temyiz incelemesinde, sanığı temsil edecek müdafii ve müsaderesi talep edilen eşyanın sahibini temsil edecek müdafii, vekâletname ibrazıyla yükümlüdür. Belirtilen durumlar dışında, Kanunda vekâletname şartı aranmamıştır. 1412 Sayılı Kanun m.226'da, 1973 yılında yapılan değişiklik<sup>69</sup> uyarınca sanığın duruşmadan varestede tutulması vekâletnamesinde açıklık bulunan müdafii tarafından talep edilebilirdi.

1412 Sayılı Kanun döneminde, seçilen müdafii, seçildiğini vekâletnameyle ispatının şart olmadığı, sanığın mahkemeyi bir şekilde haberdar etmesinin yeterli olduğu, vekâletname ibrazının sadece gaip sanık yönünden aranacağı belirtilmiştir<sup>70</sup>. Sanık tarafından mahkemenin bir şekilde haberdar edilmesine dair gerekliliğin, soruşturma evresiyle ilgisi bulunmamaktadır<sup>71</sup>; mahkemenin haberdar edilmesi, kovuşturma evresinde söz konusu olabilir. Soruşturma evresinde, kolluk veya savcılık makamının şüpheli tarafından haberdar edilme zorunluluğunun aranması, gözetim altında bulunmayan şüpheli bakımından, müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkının pratikte engellenmesine yol açar; çünkü şüpheliye ulaşılamayabilir veya ulaşılmaya çalışılırken zaman kaybı söz konusu olabilir. Bu durumda, hukuki

RG 31.03.2005, No.25772 (Mükerrer).

<sup>68</sup> 1412 Sayılı CMUK'un ilk halinde vekâletnameye ilişkin hükümler şunlardan ibaretti: "Maznun namına bir müdafii duruşmaya gelebilir. Kanuni hısımlarından bir kimse de onu temsil etmek üzere, kendisinden bir vekâletname aranmaksızın kabul olunabilir" (m.273). "Müdafii vuku bulmuş bir müracaattan vaz geçebilmesi ayrıca hususi vekâleti haiz bulunmasına bağlıdır" (m.295/2). "Ağır cezaya müteallik hükümlerde Temyiz Mahkemesi tetkikatını maznunun temyiz istidasındaki talebi üzerine veya dilerse resen duruşma icrası suretiyle yapar. Duruşma gününden maznuna veya talebi üzerine müdafii haber verilir. Maznun duruşmada hazır olabileceği gibi kendisini vekâletnameyi haiz bir müdafii ile de temsil ettirebilir" (m.318/1. Bu hüküm halen yürürlükte. Bak. yukarıdaki dipnot). "Davacı yalnız olarak veya kendisine yardım için yanında bir avukat veya davavekili bulundurarak hazır bulunabileceği gibi vekâletnameyi haiz bir avukat veya davavekili tarafından da temsil edilebilir" (m.348). "Maznun yalnız olarak veya kendisine yardım için yanında bir avukat veya davavekili bulundurarak hazır bulunabileceği gibi vekâletnameyi haiz bir avukat veya davavekili tarafından kendisini temsil ettirebilir" (m.356). "Müsadere veya imha olunacak yahut istimalden kaldırılacak eşya üzerinde hakkı olan kimseler de mümkünse duruşmaya davet olunur. Bunlar maznunun haiz olduğu hakları kullanabilirler ve vekâletnameyi haiz bir müdafii ile kendilerini temsil ettirebilirler" (m.393/2).

<sup>69</sup> 5.3.1973 Tarih ve 1696 sayılı Kanun, RG 15.3.1973, No.14477.

<sup>70</sup> Kunter, k.no.131.

<sup>71</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu tarafından şüpheli veya sanığın mahkemeyi herhangi bir şekilde haberdar etmesinin yeterli olduğu belirtilmiş ise de, kanımızca soruşturma evresinde mahkeme söz konusu olamaz. Bak. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Kasım 2006, k.no.13.8.

yardımanın sunulmaması veya zamanında sunulması tehlikesi doğacak, adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelebilecektir<sup>72</sup>.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1992 yılında yapılan ve özellikle savunma hakkını güçlendirmeye yönelik düzenlemelerde<sup>73</sup>, müdafî tarafından hukuki yardım kapsamında yapılacak bazı muhakeme işlemlerinin, vekâletname ibrazına bağlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 1412 Sayılı Kanun m.106/1'e göre sorgu ve m.135/1-3'e göre ifade alma işlemlerinde, müdafî vekâletname aranmaksızın hazır bulunabilecektir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.144'te yapılan değişikle yakalanan veya tutuklu bulunan kişinin, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşmesi sağlanmıştır. Bu değişikliklerin gerekçesinde, vekâletname aranmamasına ilişkin düzenlemelere hangi nedenlerle yer verildiği açıklanmamıştır<sup>74</sup>. Ancak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.135'in değişiklik gerekçesinde, savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için müdafîin yardımının şart olduğu belirtilmiştir<sup>75</sup>. Bu nedenle değişikliklerin savunma hakkını güçlendirmeye yönelik olduğu söylenebilir. Kapsamlı değişiklik tasarısına başkanlık eden Yurtcan'a göre vekâletname istenmemesinin nedeni, vekâletname çıkarılması işleminin yargılamayı geciktirme tehlikesidir<sup>76</sup>. Kanımızca bu değişikliğin nedeni, özellikle gözaltında bulunan şüphelilere hukuki yardımda bulunmak üzere kolluk makamlarına başvuran müdafîlerin, vekâletnamelerinin bulunmadığı gerekçesiyle şüphelilerle görüştürülmeyecek savunma hakkının engellenmesini ortadan kaldırmaktır. Bazı kolluk birimleri tarafından 2000'li yılların başında dahi, gözaltında bulunan şüpheliyle görüşme talebinde bulunan müdafiden vekâletname talep edilebilmekteydi. Bu nedenle değişikliklerin, savunma hakkının esaslı unsurlarından müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkına ilişkin uygulamada yaşanan sorunların giderilmesine yönelik olduğu söylenebilir.

<sup>72</sup> Benzer yönde bak. Yenisey, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu", 5; Taşkın, Ş. Cankat, "Müdafînin Dosyayı İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi", TBBD, Sayı:75 (2008), 401.

<sup>73</sup> 18.11.1992 Tarih ve 3842 sayılı Kanun, RG 1.12.1992, No.21422. Anılan değişikliklerin kapsamlı olarak tartışıldığı bir sempozyum için bak. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: 4 , Sayı : 1-2 (1994).

<sup>74</sup> Değişiklik gerekçeleri için bak. Gözübüyük, Abdullah Pulat, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gözübüyük Şerhi, İstanbul 1994, 642, 707-708, 750.

<sup>75</sup> "İnsan haklarının günümüzdeki gelişmesi sonucu, demokratik ülkelerde kuşku duyulan kişi veya sanığa iyi bir savunma imkânı sağlanmış, savunması sırasında müdafîi bulundurma hakkı tanındığı gibi bazı delillerin toplanmasını isteme hakkı verilmiş veya hiçbir şey söylememe imkânı sağlanmıştır." Gözübüyük, 707-708.

<sup>76</sup> Yurtcan, 167.

### c. CMK hükümleri bakımından değerlendirme

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da, vekâletnameye ilişkin az sayıda hüküm bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.154'e göre şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.196/1'de, sanık tarafından yetkili kılınan müdafii, sanığın duruşmalara katılma zorunluluğunun kaldırılmasını talep edebileceği öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu m.266/2'de, müdafii veya vekil tarafından kanun yolu başvurusundan vazgeçilebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetki bulunması koşuluna bağlanmıştır.

Kanun koyucu, vekâletnamenin aranmayacağına dair 1412 sayılı Kanun'da 1992 yılında değişikliklerden bir tanesini koruma ihtiyacı duymuştur. Korunan düzenleme, şüpheli veya sanığın vekâletname aranmaksızın müdafiiyle her zaman görüşebileceği hükmüdür. Kanun koyucu tarafından sorgu ve ifade alma işlemlerinde, müdafiden vekâletname istenemeyeceğini dair düzenlemelere yer verme gereği duyulmamış<sup>77</sup>, buna karşılık şüpheli ve sanıkla müdafii görüşmesinde vekâletname aranmayacağına ilişkin hüküm aynen kabul edilmiştir. Kanımızca uygulamada yaşanabilecek olası sorunlara karşı hükmün korunmasında yarar görülmüştür. Bu durum, sanıkla görüşmek isteyen müdafiden vekâletname aranmayacağına ilişkin 1992 yılındaki değişiklikle ilgili yukarıda yapılan tespitin doğruluğunu ortaya koymaktadır.

Şüpheli ve sanıkla görüşmek için vekâletname aramayan kanun koyucunun, soruşturma evrakının incelenmesi için vekâletname zorunluluğunu aramayacağı söylenebilir<sup>78</sup>. Müdafii tarafından evrak incelenmediğinde, şüpheliye yapılacak hukuki yardımın sınırlı kalacağı açıktır.

### d. Kalem Yönetmeliği m.45 hükmü bakımından değerlendirme

Soruşturma evresinde, müdafii veya vekil sıfatıyla avukatlar tarafından yapılan evrak inceleme taleplerinde uygulamada yaşanan sorunun, Kalem Yönetmeliği'nin<sup>79</sup> 45. maddesinde yer alan ilk düzenlemeden kaynaklandığı söylenebilir. Anılan Yönetmelik m.45'in ilk haline göre "Müdafii soruşturma evresinde soruşturmanın

<sup>77</sup> Şüphelinin kolluk ve Cumhuriyet savcılığında ifadesinin alınması işlemlerinde, vekâletname ibrazı zorunluluğunun arandığına dair Ankara Barosu'na mensup bazı avukatlar tarafından yakınmalarda bulunulmuş ve Adalet Bakanlığı'ndan soruna çözüm bulunması talep edilmiştir. Bak. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.3.2012 tarih ve 18552 sayılı, Ankara Barosu Başkanlığı'na yönelik yazısı (<http://www.ankarabarusu.org.tr/images/diger/2012/abcigm.pdf>, Erişim Tarihi: 18.12.2012) .

<sup>78</sup> Benzer yönde bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, k.no.13.8.

<sup>79</sup> Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, RG 1.6.2005, No.25832. Daha önce belirtildiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihli bu Yönetmelik, Yazı İşleri Yönetmeliği m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730).



amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakı içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir./Mağdur veya şikâyetçinin vekili soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme belgesi veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriği ile elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı hâlinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.”

Kalem Yönetmeliği'nin alıntılanan hükmü, soruşturma evresinde müdafî veya vekil tarafından evrak incelenmesini, görevlendirme yazısı veya vekâletname ibrazına bağlamıştır. Görevlendirme yazısı, baro tarafından CMK m.150 ve m.234'e göre atanan müdafî veya vekil için söz konusu olabilir<sup>80</sup>. Bir başka anlatımla baro tarafından atanmayan müdafî veya vekil tarafından görevlendirme yazısı ibraz edilemez. Bu itibarla söz konusu hüküm uyarınca, baro tarafından atanmayan müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatların vekâletname ibraz etmek zorunda oldukları söylenebilir.

Kalem Yönetmeliği m.45 hükmü; uygulamada çoğunlukla belirtilen yönde yorumlanmış, müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatlardan vekâletname ibraz etmeleri istenmiş, vekâletname ibraz etmeyen avukatlara soruşturma evrakı incelenmemiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmü, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 ve aşağıda değinileceği üzere Avukatlık Kanunu m.2/3 ve 46/2'ye aykırı olmasına rağmen<sup>81</sup>, Cumhuriyet savcılar tarafından normlar hiyerarşisi (altlık-üstlük ilişkisi<sup>82</sup>) görmezden gelinmiş, hükmün uygulanması yeğlenmiş ve evrak inceleme talepleri buna dayalı olarak genellikle geri çevrilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı olan Kalem Yönetmeliği m.45'in iptali talebiyle Türkiye Barolar Birliği tarafından Danıştay 10. Dairesi nezdinde iptal davası açılmıştır. Ancak dava, reddedilmiştir<sup>83</sup>. Bu nedenlerle söz konusu hüküm,

<sup>80</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.5-6. RG 2.3.2007, No.26450.

<sup>81</sup> Aynı yönde bak. Gür, “Müdafîin Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi”, 211; Dülger, “Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, 64. Demirbaş'a göre, bu durumda Avukatlık Kanunu m.46/2 hükmü, adeta devre dışı kalmaktaydı. Bak. Demirbaş, 181.

<sup>82</sup> Anayasa m.124/1'e göre, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” Hukuk kuralları arasındaki altlık-üstlük ilişkisi konusunda bak. Aybay, Aydın/Aybay, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul 2012, 112; Karakehya, Hakan, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı:3-4 (2007), 140-142 (makalenin elektronik formatı için bak. <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-2-5.pdf>, Erişim Tarihi:14.12.2012).

<sup>83</sup> İptal davasında yürütmenin durdurulması talebi, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.11.2005 tarih ve 2005/5971 Esas Nolu kararıyla reddedilmiştir. Bu karara yapılan itiraz da, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 16.02.2006 tarih ve 2006/20 Y.D. İtiraz Nolu kararıyla reddedilmiştir. Yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesi sebebiyle Kalem Yönetmeliği m.45; mevzuattaki var-

uzun süre yürürlükte kalmış ve uygulanmıştır. Anılan hüküm sebebiyle soruşturma evresinde, evrak inceleme talepleriyle ilgili ciddi sorunlar yaşandığı anlaşılmaktadır<sup>84</sup>.

Kalem Yönetmeliği m.45'in uygulamada yol açtığı ciddi sorunlara kayıtsız kalınmamış ve anılan hüküm değiştirilmiştir<sup>85</sup>. Yapılan değişikliklerle Yönetmelik hükümü, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'e uygun hale getirilmiştir: “Şüpheli ya da müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir./Şüpheli ya da müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir./ Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz./Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur ya da şikâyetçi ile suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır.” Değişiklik uyarınca şüpheli ve suçtan zarar görenler de (mağdur ile şikâyetçi), müdafii ve vekillerinin aracılığıyla olmaksızın, soruşturma evrakını inceleyebilecek ve evraktan örnek alabileceklerdir<sup>86</sup>.

İlgini sürdürmüş, dolayısıyla uygulanmaya devam edilmiştir. İptal davası, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.5.2008 tarih ve 2005/5971 Esas, 2008/3448 Karar Nolu kararıyla reddedilmiştir (Anılan kararın tam metni için bak. <http://www.bursabarosu.org.tr/paylasim/File/dosyalar/2009/28072009.pdf>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

<sup>84</sup> Örneğin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 23.6.2008 tarih ve 35867 sayılı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na yönelik yazısında, yukarıda değinilen yürütmenin durdurulması talebinin reddi istemine yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen karara atıf yapılmıştır. Söz konusu yazı ekinde, soruşturma evresinde evrak inceleme talepleriyle ilgili Ankara ve Konya Cumhuriyet Başsavcılıklarının tereddütlerine verilen cevaplara yer verilmiştir. Bu cevaplarda da, Kalem Yönetmeliği m.45 uyarınca, soruşturma evrakını müdafii veya vekil sıfatıyla incelemek isteyen avukatların taleplerinin, görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz edilmediği takdirde, reddinin uygun olacağı belirtilmiştir (<http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yazismalar/cmk/g9n32300.PDF>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

<sup>85</sup> Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesiyle, uygulamada sorunlara yol açan m.45 değiştirilmiştir. RG 24.12.2010, No.27795.

<sup>86</sup> Öğretide, söz konusu değişiklik yerinde bulunmakla birlikte, evrak inceleme yetkisinin özellikle şüpheliye kanunla tanınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir. Centel/Zafer, 89-90. Anayasa Mahkemesi tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu m.234/1-b (3)'te, kovuşturma evresinde, mağdur ve şikâyetçinin, ancak vekilleriyle aracılığıyla örnek isteyebileceklerine dair hükümde yer alan “vekili aracılığı ile” ibaresi, Anayasa m.2 ve m.36'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir: “Kovuşturma aşamasında mağdur ile şikâyetçinin dava dosyasındaki tutanak ve belgelerden örnek alması hak arama özgürlüğünün bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Böylece tutanak ve belgelerden örnek alınması mağdur ile şikâyetçiye muhakemenin seyrine yön vermek ve etki etmek olanağını da sağlayacaktır. İtiraz konusu ibare ile mağdur ile şikâyetçinin vekilleri olmaksızın dosyadaki tutanak ve belgelerden örnek alması engellenerek, yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma, bilgiye ulaşarak muhakemenin gidişatına yön verme haklarının sınırlandırılması hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.” Bak. AyMK 17.5.2012 tarih ve 2011/37 Esas, 2012/69 Karar Nolu kararı, RG 21.7.2012, No.28360. İptal kararı, kovuş-

Kalem Yönetmeliği m.45'in, yapılan değişiklikle Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 ile uyumlu hale getirilmesi, evrak incelemeye ilişkin uygulamada yaşanan sorunları giderememiştir<sup>87</sup>. Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından kanun yararına bozma talebi üzerine 25 Ekim 2011 tarihinde verilen kararda, Kalem Yönetmeliği m.45'te yapılan değişiklik gözardı edilmiştir<sup>88</sup>. Bir başka anlatımla, yaklaşık bir yıldan bu yana değiştirilmiş şekliyle yürürlükte bulunan Yönetmelik hükmü, Yargıtay tarafından üstelik de kanun yararına bozma gibi olağanüstü bir kanun yolunda, hiç değiştirilmemiş gibi sonuca varılmıştır<sup>89</sup>.

Kalem Yönetmeliği m.45'te yapılan değişiklik, bizatihi değişikliği yapan Adalet Bakanlığı tarafından da yok sayılmıştır. Adalet Bakanlığı'nın bir istişari görüş yazısında; Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından kanun yararına bozma istemi üzerine verilen karar ile Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen Kalem Yönetmeliği m.45'in iptal isteminin reddine dair karara atıf yapılmıştır<sup>90</sup>. Yukarıda belirtildiği üzere, Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından verilen kararda, Kalem Yönetmeliği m.45'in değiştirildiği hususu göz ardı edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen red kararı, Kalem Yönetmeliği m.45'te kanuna aykırılık bulunmadığının idari yargı

turma evresiyle ilgili verilmiş olmakla birlikte; gerekçe, soruşturma evresinde evrak incelenmesinin hem şüpheli hem suçtan zarar gören açısından bir hak olarak kabul edilmesinin önemini ve bu nedenle Kalem Yönetmeliği m.45'teki değişikliğin, kanunla güvencelenmesi daha uygun olsa da, yerinde olduğunu göstermektedir.

<sup>87</sup> Aynı yönde bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 257.

<sup>88</sup> Y15CD, 25.10.2011 tarih ve 2011/10088 Esas, 2011/5760 Karar Nolu kararı (<http://www.kazanci.com>). Kanun yararına bozma talebine konu olay kısaca şu şekildedir: Bir avukat tarafından Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı'na yürütülen bir soruşturma evrakı incelenmek istenir. İnceleme istemi, savcılık tarafından reddedilir. Savcılığın red kararına karşı sulh ceza mahkemesine yapılan başvuru kabul edilir. Savcılık tarafından sulh ceza mahkemesinin kararına karşı yapılan itiraz, asliye ceza mahkemesince reddedilir.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin kararında, kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşüncenin yerinde görüldüğünün belirtilmesiyle yetinilerek bozma talebi kabul edilmiştir. Bu nedenle kararın anlaşılabilmesi için, ihbarnamenin gerekçesine bakılmalıdır. İhbarnamede; "Belirtilen yasal düzenlemeler ile dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakını inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz etmesi gerektiği, vekâletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceğinin gözetilmemesi" denilerek bozma isteminin, esas olarak Kalem Yönetmeliği m.45'e dayandırıldığı anlaşılmaktadır; çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, evrak inceleme için görevlendirme yazısı veya vekâletname aranmasına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Kalem Yönetmeliği m.45'te yapılan değişiklik, Dülger tarafından da görmezden gelinmiştir. Bak. Dülger, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 64.

<sup>89</sup> Benzer yönde bak. Altıparmak, Cüneyd, "Avukat, Soruşturma Dosyasını Vekâlet Sunmadan İncelememi", Güncel Hukuk Dergisi, Sayı: Ekim 2012/10-106, 58.

<sup>90</sup> Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.3.2012 tarih ve 18552 sayılı yazısı (<http://www.ankarabarasu.org.tr/images/diger/2012/abcigm.pdf>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

tarafından tespiti anlamına gelebilir. Ancak Yönetmelik hükümlerini uygulamakla görevli idari makam olan Adalet Bakanlığı<sup>91</sup>, Kalem Yönetmeliği m.45'i değiştirmiştir. Bir başka anlatımla dava konusu edilen ve iptal istemi reddedilen idari işlem, idare tarafından geri alınmış<sup>92</sup>; Kalem Yönetmeliği m.45 hükmü, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'e uygun hale getirilmiştir<sup>93</sup>. Belirtelim ki, Kalem Yönetmeliği'nde, m.45 ile sınırlı bir değişiklik yapılmıştır. Ancak Adalet Bakanlığı, hükümleri kendisi tarafından yürütülen Kalem Yönetmeliği'nin ilgili maddesini değiştirmiş olmasına rağmen, sanki bu yönde bir değişiklik yapılmamışçasına görüş beyan etmiştir<sup>94</sup>.

### e. Yazı İşleri Yönetmeliği m.54 hükmü bakımından değerlendirme

Yazı İşleri Yönetmeliği'nin "soruşturma evrakının incelenmesi ve örnek

<sup>91</sup> Kalem Yönetmeliği m.94 ve bu Yönetmeliğin değiştirilmesine dair Yönetmelik m.3'e göre Yönetmelik hükümleri, Adalet Bakanı tarafından yürütülür (RG 1.6.2006, No.25832; RG 24.12.2010, 27795).

<sup>92</sup> İdari işlemin geri alınması konusunda bak. Günday, 157 vd; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, 1120 vd.

<sup>93</sup> Demirbaş, 181.

<sup>94</sup> Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.3.2012 tarih ve 18522 sayılı yazısında; "Soruşturma evresinde, usul ve kanun hükümlerine göre müdafii olarak görevlendirilmeyen veya vekâleti bulunmayan avukat ile müdafiliği şüphelice doğrulanmayan avukatın, ifade sırasında hazır bulunamayacağı, soruşturma evrakının içeriğini inceleyemeyeceği ve evraktan suret alamayacağı" denildikten sonra, "Müdafii olarak görevlendirilmiş ya da vekâletnamesi bulunan avukatın, soruşturma aşamasında şüphelinin ifadesinde hazır bulunabileceği, evraktan suret alabileceği" sonucuna varılmıştır (Bak. anılan yazı, 4, 2-3 nolu sonuç paragrafları).

Buna göre baro tarafından görevlendirilmeyen veya vekâletnamesi bulunmayan avukat, müdafiliği şüpheli tarafından doğrulanmadıkça ifade sırasında hazır bulunamayacak ve evraktan suret alamayacaktır. Ancak hemen akabinde, baro tarafından müdafii olarak görevlendirilmeyen ya da vekâletnamesi bulunmayan avukatın, şüphelinin ifadesi sırasında hazır bulunamayacağı ve evraktan suret alamayacağı belirtilmiştir. Bir başka anlatımla "müdafiliği şüpheli tarafından doğrulanmış avukat" dahi, baro tarafından görevlendirilmediği veya vekâletname ibraz etmediği takdirde ifade sırasında hazır bulunamayacaktır. Bu itibarla istişari görüş, kendi içinde çelişkili olduğu gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırıdır ve şüpheli hakları bakımından ciddi sorunlar içermektedir. Çünkü istişari görüşe göre şüphelinin ifadesine müdafii olarak katılmak isteyen avukat, ya görevlendirmiş olmalı ya da vekâletname ibraz etmelidir. Baro tarafından görevlendirilmeyen müdafiden vekâletname talep etmek, savunma hakkını kısıtlayacağı gibi işin doğasına da aykırılık teşkil etmektedir. Benzer yönde bak. Yerdelen, Erdal, "Soruşturma, m.145-174", 3 (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc, Erişim Tarihi:18.12.2012). Soruşturma evresinin işleyişi düşünüldüğünde, vekâletname düzenlenmesi; şüphelinin, çoğunlukla müdafiden yararlanamaması veya seçtiği müdafinin yardımından yoksun kalmasıyla sonuçlanacaktır. Bu takdirde, 1992 yılından bu yana Türkiye'de savunma hakkını güçlendirici uygulamanın yerini eskisi alacaktır. Böylesi bir sonucun kabul edilemeyeceği açıktır. Şüpheli tarafından müdafii olarak kabul edilmeyen bir avukatın, şüpheli müdafii sıfatıyla ifadede hazır bulunamaması, tabir yerinde ise malumun ilanıdır. Belirtelim ki, şüphelinin bu yöndeki iradesi, kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık olmalı ve müdafii olarak kabul edilmeyen avukat huzurunda beyan edilmelidir. Bu nedenle müdafii sıfatıyla gelen avukat, kısa da olsa şüpheli ile görüşebilmelidir. Aksi takdirde, şüphelinin, müdafii olarak gelen avukatla görüşmek istemediği veya müdafiliğini kabul etmediğine ilişkin kolluk makamlarının uygulamada nadiren olsa da rastlanan soyut beyanları, şüphelinin hukuki yardımdan yoksun kalmasına yol açabilir.

alınması” başlıklı m.54 hükmü, yukarıda incelenen Kalem Yönetmeliği m.45’te 24.12.2010 tarihinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme içermektedir: “Şüpheli ve müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir./ Şüpheli ve müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir./ Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifade-sini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkraya hükmü uygulanmaz./ Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır.” Bu itibarla Kalem Yönetmeliği m.45 ile ilgili yapılan açıklamalar, Yazı İşleri Yönetmeliği m.54 için de geçerlidir.

### f. Değerlendirme

Kalem Yönetmeliği m.45’te yapılan değişiklik aradan geçen uzun zamana rağmen içselleştirilmemiş olmakla birlikte, soruşturma evresinde müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatlardan vekâletname talep edilmesine ilişkin sorun, mevzuat düzeyinde sona ermiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, Yazı İşleri Yönetmeliği m.54’te, Kalem Yönetmeliği m.45’e uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu itibarla mevzuat düzeyinde sorun bulunmadığı söylenebilir.

Soruşturmaya yürüten savcılık makamı; müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın, müdafî veya vekil olup olmadığına ilişkin tereddüt duyabilir. Müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat; şüpheli veya suçtan zarar gören ile birlikteyse, avukatın, müdafii veya vekil sıfatı kuşkusuzdur. Şüpheli veya suçtan zarar gören, yanında bulunan avukatın müdafii veya vekili olduğunu zımnen beyan etmektedir<sup>95</sup>. Ancak müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde avukat, uygulamada genellikle şüpheli veya suçtan zarar gören yanında olmaksızın savcılık makamına başvurmaktadır<sup>96</sup>.

Avukatın, “müdafî” veya “vekil” sıfatını kazanabilmesi (statüsüne girebilmesi) için, bu avukatın hukuki yardımının şüpheli veya suçtan zarar gören tarafından istenilmesi veya kabul edilmesi ya da baroca görevlendirilmesi gerektiği söylenebilir<sup>97</sup>. Ancak müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat, şüpheli veya suçtan zarar gören tarafından kendisinin müdafî/vekil olarak seçildiğini ispat-

<sup>95</sup> Nitekim sanıkla birlikte duruşmaya katılan ve sanık tarafından müdafiliği reddedilmeyen avukat tarafından dosyaya vekâletname ibraz edilmeksizin yapılan temyiz isteminin geçerli olduğu sonucuna varılmıştır (YİBK 20.10.1975 tarih ve 1975/7 Esas, 1975/9 Karar Nolu karar, www.hukuk-turk.com).

<sup>96</sup> Müdafî veya vekil sıfatıyla avukatlar tarafından şüpheli veya suçtan zarar gören olmaksızın, kollukta evrak inceleme talebi, nadiren söz konusu olmaktadır.

<sup>97</sup> Centel, 91; Centel/Zafer, 171; Yenisey, “Ceza Davalarında Müdafii ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu”, 3.

lamak zorunda bırakılmamalıdır<sup>98</sup>. Aksi takdirde müdafî veya vekil, birçok olayda fiilen evrak inceleyemeyecektir. Bu takdirde şüpheli veya suçtan zarar gören, adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan hukuki yardımdan faydalanamamış olur. Müdafî veya vekil sıfatı olduğunu, şüpheli/suçtan zarar gören ya da yakınları tarafından soruşturma evrakının incelenmesinin talep edildiğini beyan eden avukatın, bu beyanına güvenilmeli ve soruşturma evrakı Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 uyarınca incelenmelidir<sup>99</sup>. Bir başka anlatımla talepte bulunanın avukat olduğunu belgelemesi yeterlidir. Kanımızca Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/3'te, "müdafî" yerine "avukat" kavramının kullanılması, bu yorumun doğruluğunu göstermektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/3'e göre "Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." "Müdafî" yerine "avukat" kavramının kullanılmış olması, avukatın müdafî olduğu yolundaki beyanının, kanun koyucu tarafından yeterli görüldüğünü göstermektedir<sup>100</sup>. Çünkü hükme göre avukat, müdafîe tanınan bütün hak ve yetkileri kullanabilir<sup>101</sup>. Bu yorum, aşağıda ele alınacak olan Avukatlık Kanunu m.46/2'de, "Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez" düzenlemesiyle de uyumludur<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Benzer yönde bak. Aday, 97.

<sup>99</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Centel/Zafer, 171; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256-257; Yenisey, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu", 5-6; Kocaoğlu, 118. Sungurtekin'e göre de evrak incelemek isteyen avukat, vekâletname ibraz etmek zorunda değildir, evraktan suret alınmak istenmesi halinde ise vekâletname ibraz edilmelidir. Bak. Sungurtekin, 351.

<sup>100</sup> Karş. Yenisey, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu", 3.

<sup>101</sup> CMK m.149, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.136'nın (3842 sayılı Kanunla değişik) karşılığını oluşturmaktadır. 1412 Sayılı Kanun m.136'nın 1. ve 2. fıkraları, CMK m.149/1-2'de esas olarak korunmuş; ancak 3. fıkra değiştirilmiştir. 1412 Sayılı Kanun m.136/3 şöyleydi: "Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafîin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." Kanun koyucu tarafından eski hükümde (CMUK m.136/3) yer alan "müdafî" yerine, yeni hükümde (CMK m.149/3) "avukat" kavramı kullanılması bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir.

CMUK m.136/3'teki düzenlemeye göre, müdafîe tanınan yetkilerin kullanılmasının vekâletname ibrazına bağlı olmadığı konusunda bak. Çine, Özcan, "Müdafîden Vekâletname İstenmemelidir", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1993), 600 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1993-4/5.pdf>, Erişim Tarihi:18.12.2012).

<sup>102</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 257.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/3'te yer alan hükmün müdafie ilişkin olduğu, bu hükümden hareketle "vekil" sıfatıyla evrak inceleme talebinde avukatın, bu beyanın doğru olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılamayacağı söylenebilir. Ceza muhakemesi faaliyetine katılanların, olanaklar elverdiği ölçüde eşit hak ve yetkilere sahip olmasını ifade eden silahların eşitliği ilkesi, kanımızca müdafie tanınan bütün yetkilerin kural olarak vekile de tanınmasını gerektirir. Müdafii evrak inceleme yetkisinin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/5'e göre "Bu Maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır." Anılan hüküm uyarınca, vekil de, müdafii gibi evrak inceleme yetkisine sahiptir<sup>103</sup>. Suçtan zarar gören vekili sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın da beyanına güvenilmeli; avukat, vekilliğini ispatlamak zorunda bırakılmamalıdır.

Şüpheli müdafii veya suçtan zarar gören vekili sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın, yazılı olarak talepte bulunması uygun olacaktır. Müdafii veya vekil sıfatıyla evrak incelemek isteyen avukat tarafından dilekçe ekinde avukatlık kimliğinin bir örneğinin sunulması, talepte bulunanın avukat olduğunu belgeleyecek ve bu belgelendirme, evrak inceleme için yeterli olacaktır<sup>104</sup>. Evrak inceleme talebini içeren dilekçe ekinde avukatlık kimliğinin sunulması, soruşturmanın "yazılılık" ilkesinin gereğidir (CMK m.169/2)<sup>105</sup>. Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/6'ya göre soruşturma evrakının incelenmesi veya belgelerden örnek alınmasından sonra, dosya inceleme veya belge örneği alma tutanağı düzenlenmelidir. Dosya inceleme veya belge örneği alma tutanağının düzenlenmesine ilişkin Yönetmelik hükmü, önerimizle uyumludur. Bu sayede müdafii veya vekil sıfatıyla kendisine evrak inceleme yetkisi tanınan avukatın, bu yetkisini kötüye kullanması halinde, hakkında disiplin soruşturması ve eylemin suç oluşturması halinde ceza soruşturması yapılabilecektir. Ancak müdafii veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın, kötüye kullanma ihtimali düşünülerek evrak inceleme yetkisinin elinden alınması doğru olmaz<sup>106</sup>. Kanımızca avukat olduğunu ispat eden ve şüpheli veya suçtan zarar gören adına evrak inceleme talebinde bulunduğunu beyan eden avukatın talebinin reddi, koşullarının bulunması halinde görevi kötüye kullanma suçu teşkil edebilir (TCK m.257)<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Madde gerekçesinde, suçtan zarar görenin vekilinin evrak inceleme yetkisine sahip olduğu belirtilmiş; ancak bu yetkinin, şüphelinin korunmaya değer üstün yararının bulunması halinde kullanılamayabileceğine işaret edilmiştir. Bir başka anlatımla suçtan zarar gören vekili; bazı istisnai hallerde, şüpheli müdafiiye tanınan evrak inceleme yetkisinden yararlandırılmayabilecektir. Kanımızca şüphelinin korunmaya değer üstün yararının, vekilin evrak inceleyememe nedeni olması, pek de rastlanacak bir durum değildir.

<sup>104</sup> Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 3.2.1995 tarihli istişari görüş yazısında da, Avukatlık Kanunu m.46 ile CMUK m.106 ve 135 uyarınca avukatın, vekâletname olmadan ifade alma işleminde hazır bulunabileceği ve soruşturma evrakını inceleyebileceği belirtilmiştir. Bak. Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Ankara 2011, 1799.

<sup>105</sup> Soruşturmanın yazılılık ilkesi konusunda bak. Centel/Zafer, 91-93; Ünver/Hakeri (2. Cilt), 3; Taner, 267-268; Demirbaş, 31-32.

<sup>106</sup> Centel, 120; Gür, "Müdafiiin Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi", 213.

<sup>107</sup> Benzer yönde bak. ve karşı. Aday, 97, dn.324.

## 5. Evrak İnceleme Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı

### a. Genel olarak

Müdafî veya vekil; soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir, istediği evrakın bir örneğini harçsız olarak alabilir (CMK m.153/1, m.153/5). Müdafî veya vekil olan avukatın şüpheli veya suçtan zarar gören ya da yakınları tarafından seçilmesi ya da baro tarafından görevlendirilmiş olmasının, bu yetkinin kullanılması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>108</sup>. Kural, soruşturma evrakının tamamının müdafî veya vekil tarafından herhangi bir sınırlama olmaksızın incelenebilmesidir<sup>109</sup>. Bir başka anlatımla Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza mahkemesi hakimi tarafından verilmiş bir kısıtlama kararı olmadıkça soruştur-

<sup>108</sup> Centel/ Zafer, 174; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 163, dn. 1.

<sup>109</sup> Öztürk/Erdem, 318. 1412 Sayılı CMUK'un ilk halinde, CMK m.153'ün karşılığını oluşturan CMUK m.143 şu şekildeydi: "İlk tahkikatın neticesinde ve tahkikat yapılmışsa iddianamen mahkemeye verilmesinden sonra müdafî davaya müteallik her nevi evrak ve vesaiki tetkik etmek hakkını haizdir. / Bundan evvel dahi tahkikatın gayesine halel vermeyeceği anlaşılırsa tahkikata müteallik her nevi evrak ve vesaiki tetkik etmek için müdafîe müsaade olunur. / Maznunun sorgusunu havi zabıtname ile ehli hibre raporlarının ve maznunun hazır bulunmağa salâhiyeti olduğu sair adli muamelelere müteallik zabıt varakalarının müdafî tarafından tetkikine hiç bir vakit muhalefet edilemez. / Tahkikat dosyasının mahkemeye tevdiinden sonra müdafî, maznun birden fazla olsa dahi, bu dosyadan istediği evrakın birer suretini harçsız alabilir" (RG 20.4.1929, No.6983). Soruşturmanın (o zamanki adıyla hazırlık soruşturması) amacına zarar verilmemesi hallerinde, kamu davasının açılmasından önce de soruşturma evrakının incelenebileceğine dair CMUK m.143/2 hükmü, genellikle uygulama alanı bulamamış; soruşturma evrakının incelenmesi talepleri, soruşturmanın gizliliği ve amacının tehlikeye düşeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bir başka anlatımla kamu davası açılmadan önce evrakın incelenememesi yerleşik hale gelmiştir. Aynı yönde bak. Centel, 119; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 165-166. Hatta uygulamada, CMUK m.136'da soruşturmanın her hal ve derecesinde müdafî yardımından söz edilmesine rağmen, müdafîin soruşturma evresinde hukuki yardımda bulunmasına izin verilmemiştir. Bak. Eser, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" 331. Kanun koyucu tarafından CMUK'ta 1992 yılında 3842 sayılı Kanun m.19 ile yapılan değişiklikle savunma hakkına aykırı bu uygulamaya son verme gereği duyulmuştur: "Müdafî hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir. / Müdafînin hazırlık evrakını incelemesi veya hazırlık evrakından suret alması hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hakimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir. / Yakalanan kişinin veya sanığın sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanamaz" (18.11.1992 Tarih ve 3842 sayılı Kanun, RG 1.12.1992, No.21422). Yapılan değişiklikle müdafîin, hazırlık evrakını dahi kural olarak serbestçe inceleyebileceği kabul edilmiştir. Bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, k.no.30.6; Yurtcan, 191; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 164. Belirtelim ki, savunma hakkını güçlendirici bu uygulama, öğretilerde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bu konuda bak. Cihan/Yenisey, k.no.229; Hafizoğulları, Zeki, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AHFD, C:43, Sayı:1 (1993), 38 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2794.pdf>, Erişim Tarihi:15.12.2012).



ma evrakı, talep halinde müdafî veya vekilin incelemesine sunulmalıdır<sup>110</sup> (CMK m.153/2). Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 hükmü, esas olarak 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.143'te 1992 yılında yapılan değişikliğe dayanmaktadır<sup>111</sup>.

Soruşturma evresinde dosya içeriğini ve istediği evrakın bir örneğini harçsız olarak alabilen müdafîin, muhafaza altına alınmış delilleri inceleyip incelemeyeceğine dair açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/4'te, muhafaza altına alınmış delillerin kovuşturma evresinde incelenebileceği hükmü karşısında, bu yetkinin soruşturma evresinde müdafîe tanınmadığı söylenebilir. Ancak çelişmeli muhakeme ilkesi ve özellikle koruma tedbirlerine yönelik kanun yoluna başvurulabilmesi için muhafaza altına alınmış delillerin de müdafî tarafından incelenmesi gerekir<sup>112</sup>. Suçtan zarar gören (mağdur ve şikâyetçi) vekiline, soruşturma evresinde muhafaza altına alınmış delilleri inceleme yetkisi tanınmıştır (CMK m.234/1-4). Suçtan zarar gören vekiline tanınan bu yetkinin, müdafîe tanınmamasının silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır<sup>113</sup>. Soruşturma evresinde muhafaza altına alınmış deliller, korundukları yerlerde ve görevliler nezaretinde<sup>114</sup>, müdafî veya vekil tarafından beraberlerinde getirdikleri uzmanlara inceletilebilmelidir<sup>115</sup>. Aksi takdirde Ceza Muhakemesi Kanunu m.67/6 uyarınca bilimsel mütalâa alınabileceğine dair hüküm, bazı durumlarda uygulama alanı bulamayacaktır<sup>116</sup>. Alman hukukunda da, müdafîin, soruşturma evresinde evrak inceleme ve muhafaza altına alınmış delilleri görme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>117</sup>.

<sup>110</sup> Aynı yönde Yurtcan, 191.

<sup>111</sup> CMK m.153'ün gerekçesinde de, 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Kanunla değişik CMUK m.143'e bağlı kalındığı belirtilmiştir. Bak. Yalvaç 860.

<sup>112</sup> Demirbaş, 175. Aksi görüş bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, k.no.30.6; Kocaoğlu, 177.

<sup>113</sup> Centel/Zafer, 174-175. CMK m.153'ün gerekçesinde; şüpheli veya sanığın üstün yararlarının bulunması halinde, suçtan zarar gören vekiline tanınan evrak inceleme yetkisinin kullandırılmayabileceğine dolaylı olarak işaret edilmiştir. Bak. Yalvaç, 860. Şüpheli veya sanığın korunmaya değer üstün yararının varlığı söz konusu olduğunda, suçtan zarar gören vekiline evrak inceletilmeyeceği görüşünde olan kanun koyucunun; soruşturma evresinde vekile tanıdığı muhafaza altına alınmış delilleri inceleme yetkisini, müdafîe tanımadığı söylenemez.

<sup>114</sup> Yazı İşleri Yönetmeliği m.90/1'e göre "Mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve katılanın vekilleri ile müdafî kovuşturma evresinde dosya içeriği ile muhafaza altına alınmış delilleri fizikî ya da elektronik ortamda yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt kâtibinin yanında inceleyebilir." Kovuşturma evresiyle ilgili bu hüküm, muhafaza altına alınmış delillerin incelenmesi bakımından, kıyasen soruşturma evresine de uygulanabilir.

<sup>115</sup> Bu husus, Centel/Zafer tarafından kovuşturma evresiyle sınırlı olarak belirtilmiştir. Bak. Centel/Zafer, 175. Kovuşturma evresinde muhafaza altına alınmış delillerin incelenebileceği kabul edildiğine göre uzman kişi, soruşturmada da bu delilleri inceleyebilmelidir.

<sup>116</sup> CMK m.67/6'ya göre "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafî veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalâa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez."

<sup>117</sup> Centel/Zafer, 175. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.147/2 cümle 2'de yapılan değişikliklerle soruşturma evresinde evrak incelemeyle ilgili kısıtlama kararı verilmiş olsa bile, müdafî tarafından

Müdafî veya vekil tarafından soruşturma evrakının tamamı incelenebilir. Kolluğun olaya el koyduğu andan itibaren toplanan tüm belgeler, fotoğraflar, adli sicil kayıtları gibi her türlü belge bu kapsamdadır. Soruşturma evresinde toplanmış bulunan her türlü evrakın, bir başka anlatımla soruşturma dosyasının bütün içeriği; kısıtlama kararı verilmedikçe, müdafî veya vekilin incelemesine sunulmalıdır<sup>118</sup>. Soruşturma dosyasında bulunan her türlü bilgi ve belgenin, savcı ve onun yardımcısı sıfatıyla adli kolluk tarafından soruşturma ve dolayısıyla kovuşturma evresi bakımından önemli görüldüğü söylenebilir. Önemli görülen her türlü bilgi ve belge, müdafî veya vekil tarafından incelenebilmelidir<sup>119</sup>. Bu sayede, delillerin müşterekliği ve çelişmeli muhakeme ilkesi sağlanacak, “gizli dosya” uygulaması söz konusu olamayacaktır<sup>120</sup>.

### b. İnceleme yeri ve süresi

Müdafî veya vekil tarafından soruşturma evresinde, soruşturma evrakı kolluk veya savcılıkta incelenebilir. Kollukta bulunan soruşturma evrakının, Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle incelenebileceğine dair Yakalama, Gözaltı Alma ve İfade Alma Yönetmeliği<sup>121</sup> m.22'de yer alan hüküm, Danıştay tarafından iptal edilmiştir<sup>122</sup>.

incelenemeyen belgelerin tutuklama kararına esas alınamayacağı kabul edilmiştir. Bu değişikliğin, AİHM'nin yukarıda değinilen (dn. 60-61) kararları uyarınca yapıldığı belirtilmektedir. Bak. Ünver/Hakeri, 228 , dn.538.

<sup>118</sup> CMK m.153/1'de de, “dosya içeriği” kavramı kullanılmıştır.

<sup>119</sup> Centel/Zafer, 175.

<sup>120</sup> Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, k.no.31.9. Gizli dosya veya evrak uygulamasının, Anayasa'ya aykırı olacağı konusunda bak. Erem, “Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler”, 608-609.

<sup>121</sup> RG 1.6.2005, No.25832.

<sup>122</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.22/1'de yer alan “Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir” ibaresi, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.5.2008 tarih ve 2005/5845 Esas, 2008/3450 Karar Nolu kararına iptal edilmiştir: “... davalı idarece, müdafînin kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile 5271 sayılı Yasanın 153. maddesinin 3. fıkrasında sayılan belgelere yönelik inceleme ve örnek alma talebi arasında fark gözetilmek suretiyle bir düzenleme yapılması gerekirken, bu ayırım yapılmaksızın, kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasının Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine bağlayan dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (www.hukukturk.com).

Danıştay'ın kararı, sonucu itibarıyla doğru olmakla birlikte, gerekçe yönünden hatalıdır. CMK m.153/3'te gösterilen belgeler, ayırık tutulsa bile, kollukta bulunan soruşturma dosyalarının incelenmesiyle ilgili Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin aranması, CMK'da yer almayan bir sınırlama nedenidir; dolayısıyla düzenleme, bu nedenle hukuka aykırıdır. Aynı yönde bak. Centel/Zafer, 176, dn.271. Öğretide kollukta bulunan soruşturma evrakının, müdafî tarafından incelenmesi için, durumun kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına iletilip gelecek cevaba göre hareket edilmesi gerektiği savunulmuş olmakla birlikte, biraz önce açıklanan nedenlerle bu görüşe katılmamaktayız. Bu görüş için bak. Demirbaş, 176. Belirtelim ki, Demirbaş tarafından da Danıştay'ın iptal kararı, kollukta bulunan evrakın incelenmesinin, savcının “yazılı onayı”nı gerektiren bir işlem olarak görülmesi nedeniyle yerinde bulunmuştur. Bak. Demirbaş, 179.

Savcılıkta bulunan soruşturma evrakı, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde veya ön büroda incelenir (Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/son)<sup>123</sup>. Soruşturma evrakının, soruşturmayı geciktirmemesi gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte, evrakın ne kadar süreyle incelenebileceği tam olarak ortaya konulmamıştır. Müdafî veya vekil tarafından evrakın ne kadar süreyle inceleyebileceği, her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Soruşturma evrakı, bir veya birden çok kez görülebilir; ancak evrakın sürekli incelemeye hazır tutulmasının istenmesi, hukukun genel ilkeleri gereğince “hakkın kötüye kullanılması” teşkil edebilir<sup>124</sup>. Öğretide, şüpheli veya sanık aleyhine bir önlemin alınması söz konusu olduğu takdirde, müdafîin durumu şüpheli veya sanıktan gizlemeyeceği, bu nedenle müdafîin evrak incelemesinin belli bir süreyle geciktirilebileceği ileri sürülmüştür<sup>125</sup>. Kanımızca bu yaklaşım, kabul edilemez; çünkü hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmadıkça, müdafî veya vekil tarafından istenildiği zaman evrak incelenebilmelidir. Evrakın incelenmesi,

<sup>123</sup> Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/son'un karşılığı, Kalem Yönetmeliği m.45/son hükmüdür. Kalem Yönetmeliği m.45/son'daki düzenleme, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesiyle değiştirilmiştir (RG 24.12.2010, No.27795). Değişiklikten önce, soruşturma evrakının, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, Cumhuriyet savcısı huzurunda incelenebileceği kabul edilmişti. Alman hukukunda ise, müdafî tarafından talep edildiğinde, önemli sebepler olmadıkça, somut delil parçaları dışındaki evrak, müdafîin işyeri veya konutunda incelenebilir (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.147/4). Amaç, dosyanın incelenmesi ve değerlendirilmesinde kolaylık sağlanmasıdır. Bak. Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu” 337.

Kanımızca soruşturma evrakının, ön büroda incelenebileceğine dair Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/son'da yer alan düzenleme, uygulamada ciddi sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Ön büro, Cumhuriyet başsavcılığı ile ceza mahkemelerine sunulan veya buralardan talep edilen her türlü evraka ilişkin işlemlerin yapıldığı yazı işleri birimidir (m.4/1-ö). Ön büronun görevleri, Yazı İşleri Yönetmeliği m.53'te gösterilmiştir. Ön büro görevlileri, kısıtlama kararı olmayan derdest soruşturma dosyalarında; mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekilleri ile şüpheli ve müdafîin talebi hâlinde dosya içerisindeki belgelerin örneğini kimlik tespiti yaparak vereceği (m.53/1-b). Yazı İşleri Yönetmeliği m.53'e göre ön büro görevlileri, başka işleri de yerine getirmekle yükümlüdür. Çok sayıda işi yerine getirmekle görevlendirilen ön büronun, özellikle İstanbul gibi büyük adliyelerde; müdafî veya vekil sıfatıyla avukatların ve şüpheli ile suçtan zarar görenlerin evrak inceleme ve belgelerden örnek alma taleplerini, tam olarak yerine getirebilmesi kanımızca olası değildir. Bu durum, uygulamada ciddi gecikme ve yakınmalara yol açacaktır. Kapalı ve derdest soruşturma dosyalarında; kapak bilgisi, belge ve karar örneği talep eden kişinin dosyadaki sıfatı hususunda tereddüt oluşması hâlinde, talep konusunda karar vermek üzere Cumhuriyet savcısının bilgilendirerek talimatı doğrultusunda gereğinin yapılacağına dair Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/1-c hükmü uyarınca, bir çok evrak inceleme talebi, ön büro tarafından kanımızca bu hükmeye dayalı olarak kabul edilmeyecek ve taleple ilgili savcının talimatı bekleneyecektir.

<sup>124</sup> Centel/Zafer, 176; Centel, 117; Koca, “Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, 168; Özkan, 346, dn.287. Hakkın kötüye kullanılması, Türk Medeni Kanunu m.2'de, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. / Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmüyle yasaklanmıştır. Bak. 22.11.2001 Tarih ve 4721 sayılı Kanun, RG 8.12.2001, No.24607.

<sup>125</sup> Centel/Zafer, 177-178; Özkan, 348.

ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği gerekçesiyle sulh ceza hakimi tarafından verilen kısıtlama kararıyla engellenebilir. Usulüne uygun verilmiş bir kısıtlama kararı olmadıkça, herhangi bir gerekçeyle evrak incelemesi geciktirilemez.

Soruşturma evrakının, müdafî veya vekil tarafından güvenli elektronik imza kullanılması suretiyle Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden incelenmesi mümkündür<sup>126</sup>. Müdafî veya vekil tarafından soruşturma evrakının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde incelenebilmesi, müdafî veya vekil tarafından soruşturma dosyasına vekâletname ibraz edilmiş ve müdafî veya vekilin dosyayla ilgili sisteme tanıtılmış olmasına bağlıdır.

### c. İnceleme yetkisinin sınırlandırılması

Soruşturma evrakının incelenmesi veya belgelerden örnek alınması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği durumlarda, bu yetkinin kısıtlanması mümkündür. Kısıtlama kararı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakimi tarafından verilecektir (CMK m.153/2). Bu hakimlik kararına karşı, itiraz kanun yoluna başvurulabilir (CMK m.267)<sup>127</sup>. Sulh ceza hakimi tarafından verilebilecek kısıtlama kararının, Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen kaldırılması mümkündür. Soruşturma evresini yürütmekle görevli olan savcı, kısıtlamanın gereksiz olduğu sonucuna vardığı takdirde, kısıtlama kararını re'sen kaldırabilmelidir. Hakkında tutuklama veya adli kontrol kararı verilmiş bulunan şüpheliyi serbest bırakma yetkisine sahip olan savcı, kural olarak bütünüyle kendisi tarafından yürütülen soruşturmaya ilgili kısıtlama kararını evleviyetle kaldırabilir (CMK m.103/2)<sup>128</sup>.

Soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması gibi durumların varlığı halinde, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği kabul edilebilir<sup>129</sup>. Kısıtlama kararı verilebilmesi için soyut değil somut tehlike bulunmalıdır. Sulh ceza hakimi tarafından verilecek kısıtlama kararı gerekçeli olmalıdır. Bu durum, her türlü hakim ve mahkeme kararının gerekçeli olma zorunluluğunu öngören Anayasa m.141/3 ve Ceza Muhakemesi Kanunu m.34'ün de gereğidir<sup>130</sup>. Ancak uygulamada, özellikle özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarla ilgili soruşturmaların büyük bir kısmında, gerekçeden yoksun kısıtlama kararlarına rastlanmaktadır<sup>131</sup>. Kısıtlama kararı, soruşturmanın

<sup>126</sup> 2.7.2012 Tarih ve 6352 sayılı Kanun m.95 ile CMK'ya eklenen m.38/A/2'ye göre "Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir" (RG 5.7.2012, No.28344).

<sup>127</sup> Karş. Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 165.

<sup>128</sup> Gür, "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 214; Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", 255-256.

<sup>129</sup> Centel, 120.

<sup>130</sup> Gür, "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 214; Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", 252.

<sup>131</sup> Benzer yönde bak. Dülger, "Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 64.

amacının tehlikeye düşmesi nedenine dayalı olarak verilebilir. Müdafî veya vekil tarafından bu yetkinin kötüye kullanılması ihtimali gözetilerek kısıtlama kararı verilemez; yetkisini kötüye kullanan müdafî veya vekil hakkında disiplin muhakemesi ya da eylemin suç teşkil etmesi halinde ceza soruşturması yapılabilir<sup>132</sup>.

Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında kısıtlama kararı verilmesi mümkün olmayan belgeler dışındaki evrakın tamamının kısıtlanması talep edilmesine rağmen, kısmi kısıtlama kararı verilmesi mümkündür. Bu nedenle incelenmesi veya örnek alınması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilmemelidir<sup>133</sup>.

#### d. İncelenmesi engellenemeyen belgeler

Bazı belgelerin incelenmesi, kanun koyucu tarafından savunma hakkı için çok önemli görülmüş ve bu belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir<sup>134</sup>. Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/3'e göre "Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz."<sup>135</sup> Anılan hükümden anlaşılacağı üzere, yakalanan kişinin<sup>136</sup> veya şüphelinin ifadesi, bilirkişi raporları ile yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlem tutanaklarının incelenmesi ve bu belgelerden örnek alınması engellenemez<sup>137</sup>. Söz konusu belgelerin incelenmesi mutlak olup sulh ceza hakimî tarafından bu belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilemez<sup>138</sup>. Bu belgelerin, müdafiden gizlenmesini gerektiren bir durum olmadığı belirtilmiştir<sup>139</sup>.

Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesi içeren tutanaklar, kolluk veya savcılık

<sup>132</sup> Centel/Zafer, 176; Centel, 120; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 166-167.

<sup>133</sup> Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", 253.

<sup>134</sup> Centel, 121; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 167.

<sup>135</sup> 1412 Sayılı CMUK m.143'te, 1992 tarihinde yapılan değişiklikten önce de, bu belgelerin incelenmesinin engellenemeyeceği kabul edilmişti: "Maznunun sorgusunu havi zabıtname ile ehli hibre raporlarının ve maznunun hazır bulunmağa salâhiyeti olduğu sair adli muamelelere müteallik zabıt varakalarının müdafî tarafından tetkikine hiç bir vakit muhalefet edilemez" (CMUK m.143/3).

<sup>136</sup> Madde metninde, şüpheliye yer verildiğine göre "yakalanan kişi" kavramının kullanılmasının gereksiz olduğu düşünülebilir; çünkü kişi yakalanmış ise, bu kişiye suç isnadında bulunulmuştur; dolayısıyla kişi şüpheli sıfatını edinmiştir. Ancak kişinin, suç isnadı olmaksızın da yakalanması mümkündür. Örneğin 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.35 uyarınca sarhoş olan kişi, sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur. Sarhoşluk, kabahat niteliğinde bir fiildir; bu fiille ilgili suç isnadında bulunulduğu söylenemez. AİHS m.5/1-e'de de, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenlerle yakalanan kişi şüpheli olmayabilir. Bu itibarla CMK m.153/3'te, şüphelinin yanı sıra yakalanan kişi kavramının kullanılması yerindedir.

<sup>137</sup> Centel/Zafer, 177;

<sup>138</sup> Yurtcan, 191.

<sup>139</sup> Şahin (Muhakeme), 200.

makamları tarafından alınan ifade alma işlemlerine ilişkin tutanaklardır<sup>140</sup>. Şüphelinin hakim tarafından soruşturma konusu suçla ilgili dinlenilmesi sorgudur (CMK m.2/1-h). Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/3'te, ifade tutanakları belirtilmiş olmakla birlikte, şüphelinin sorgusunu içeren tutanaklar da incelenebilmelidir<sup>141</sup>. Her durumda incelenebilecek olan ifade ve sorgu tutanakları, bizzatı şüphelinin ifade ve sorgusunu içeren tutanaklardır. Bir başka anlatımla, aynı soruşturma dosyasında yer alan diğer şüphelilere ait ifade ve sorgu tutanakları, bu kapsamda değildir<sup>142</sup>.

İncelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek ikinci belge, bilirkişi raporlarıdır. Bilirkişi raporları; tıbbi, psikolojik, teknik ve ekonomik ve benzeri konulara ilişkin olabilir<sup>143</sup>. Soruşturulan suçun aydınlatılması bakımından yararlı görülen objektif nitelikteki bilirkişi raporlarının gizlenmesinde herhangi bir yarar bulunmamaktadır.

Yakalanan kişi veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu adli işlemlere ilişkin tutanakların da incelenmesi engellenemez. Ceza Muhakemesi Kanunu m.84'e göre tanık ve bilirkişilerin erken dinlenmesi ile keşif işlemlerinde, şüpheli ve sanık hazır bulunabilir<sup>144</sup>. Yer gösterme, yakalama ve arama işlemlerinde de şüphelinin hazır bulunabileceği açıktır. Bu itibarla şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu adli işlemlerin sınırlı sayım ilkesine tabi olmadığı ve bir çok muhakeme işleminin bu kapsamda olduğu söylenebilir. Yakalanan kişi veya şüphelinin, söz konusu işlemlere katılması şart değildir; önemli olan yakalanan kişi veya şüphelinin işleme katılma yetkisinin bulunmasıdır<sup>145</sup>.

### e. İnceleme sonucunda öğrenilen bilgilerin kullanılması

Müdafî veya vekile evrak inceleme yetkisinin tanınmasının nedeni, şüpheli veya suçtan zarar görenin haklarının korunması ve haklarını gereği gibi kullanılabilmesidir. Soruşturma evrakından edinilen bilgiler, müdafî veya vekil tarafından savunma/iddia hakkının kullanılması bakımından şüpheli veya suçtan zarar görene aktarılabilir. Evrak inceleme; şüphelinin savunma, suçtan zarar görenin iddia hak-

<sup>140</sup> CMK m.2/1-g'ye göre ifade alma, şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesidir.

<sup>141</sup> Soruşturma evresinde, müdafîin katılımı olmaksızın şüphelinin sorgusu yapılamaz; çünkü CMK m.101/3'e göre müdafîin, şüphelinin sorgusuna katılması zorunludur. Bu nedenle müdafî tarafından sorgu tutanaklarının incelenmesine ve bir örneğinin alınmasına engel olunamayacağı açıktır. 1412 Sayılı CMUK m.143/3'te "sorgu tutanakları"nın incelenmesinin engellenemeyeceği belirtilmiş olmakla birlikte, kolluk ve savcılık tarafından alınan ifadelere ilişkin tutanakların da bu kapsamda olduğu kabul edilmekteydi. Bak. Centel, 121; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 167; Yurtcan, 191; Özkan, 345.

<sup>142</sup> Centel, 121.

<sup>143</sup> Centel/Zafer, 177; Centel, 121.

<sup>144</sup> Centel/Zafer, 177; Gür "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 215.

<sup>145</sup> Centel/Zafer, 177; Centel, 122; Özkan, 346, dn.287; Zafer, 355; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 167; Gür, "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 215-216.

kının aracıdır. Bu nedenle müdafî veya vekil tarafından soruşturma evrakından öğrenilen bilgiler, özel konuşmalarda kullanılmamalı veya üçüncü kişilere açıklanmamalıdır<sup>146</sup>. Bununla birlikte, savunma veya iddia hakkının kullanılması bakımından zorunlu olması halinde, örneğin delil elde edilmesi amacıyla, soruşturma evrakından edinilen bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması mümkündür<sup>147</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'ün gerekçesinde de, evrak incelemesi sonucu öğrenilen bilgilerin, üstlenilen savunma göreviyle sınırlı olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir<sup>148</sup>.

## II. Avukatlık Kanunu'na Göre Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi

### 1. Avukatlık Mesleğine İlişkin Özellikler

#### a. Genel olarak

Soruşturma evrakını müdafî veya vekil sıfatıyla inceleyebilecek olan avukatlardır. Avukatlık mesleği<sup>149</sup> ile avukatların hak ve yetkileri Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir<sup>150</sup>. Avukatlık Kanunu'nda avukatlık; kamu hizmeti ve serbest meslek niteliğinde kabul edilmiş, yargı organları ile emniyet makamlarının avukatlara görevlerini yerine getirmede yardımcı olma zorunluluğu öngörülmüştür. Avukatlık Kanunu'na göre avukatlar, yargının kurucu unsurlarından birisi olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ederler. Bağımsızlığın sağlanabilmesi için avukatların kendilerine teklif edilen işi sebep göstermeden reddedebilecekleri; hatta bazı durumlarda teklif edilen işin reddi zorunluluğu kabul edilmiştir. Anılan düzenlemelerin yaşama geçirilmesi amacıyla Avukatlık Kanunu m.46/2'de, avukat ve avukat stajyeri tarafından vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarının incelenebileceği, inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

<sup>146</sup> Özkan, 348; Zafer, 362.

<sup>147</sup> Centel, 115; Centel/Zafer, 177. Belirtelim ki, müdafî veya vekil olan avukat tarafından soruşturma evresinde dosya içeriğiyle ilgili olarak kamuya herhangi bir açıklamada bulunulamayacağına dair CMK Tasarısı m.153/6'da yer alan hüküm kanunlaşmamıştır. Bak. Yalvaç, 860.

<sup>148</sup> "... Adaletin adil olarak işleminde sistemin, savcı gibi, önemli bir yargı unsurunu oluşturan avukatın dosya içeriğine ulaşabilmesi, elbette ki uygundur. Ancak adalet sisteminin, hakim ve savcı gibi bir yapısal unsurunu oluşturan avukat gizlilik ilkesine sadık kalacak ve bunun sonucu olarak dosya içeriğini sadece kanuna göre savunma işlevini yerine getirirken kullanacak, ancak işlevi dışı maksatlarla bunları kullanamayacak ve açıklamalarda bulunmayacaktır." Yalvaç, 860.

<sup>149</sup> Avukatlığın tarihi gelişimi hakkında bak. Centel, 21 vd.; Güner, 63 vd.; Soyaslan, 186-187.

<sup>150</sup> 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Kanun, RG 7.4.1969, No.13168.

## b. Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliğinde olması

Avukatlık Kanunu m.1'e göre avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Serbest meslek olarak bilinen avukatlığın, aynı zamanda kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu kabul edilmiştir<sup>151</sup>. Kamu hizmetinin, serbest meslekten önce belirtilmiş olması sebebiyle kanun koyucu tarafından mesleğin kamusal yönünün daha baskın görüldüğü söylenebilir.

Kamu hizmeti kavramının anlamı ve kapsamı, tam olarak ortaya konulmamış olmakla birlikte, görülmesinde kamunun yararı bulunan ve toplumsal bir gereksinmeyi karşılayan faaliyet şeklinde tanımlanması mümkündür<sup>152</sup>. Bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde bulunması için kamuya yararlı olması, kamu kurumları tarafından yerine getirilmesi veya özel kişilerce kamu kurumlarının denetimi altında yürütülmesi gerekir. Anayasa m.36'da temel hak ve özgürlüklerin korunmasının esasını oluşturan hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılabilmesi, genellikle bir avukatın hukuksal yardımını gerektirir<sup>153</sup>. Bu nedenle avukatlık, adaletin gerçekleştirilmesi ve dağıtımını bakımından yaşamsal öneme sahiptir. Avukatlar, kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu kuşkusuz olan adaletin gerçekleştirilmesine ve dağıtımına katıldıklarından, avukatlık mesleğinin kanun koyucu tarafından kamu hizmeti olarak öngörülmesi olağandır<sup>154</sup>. Avukatlık Kanunu m.2/1'de, "Avukatlığın amacı; hu-

<sup>151</sup> Avukatlık Kanunu'nun gerekçesinde de, avukatlığın kamu hizmeti niteliğinin, mesleğin temel niteliklerinden birisi olduğu ve avukatların hak ve sorumluluk bakımından Cumhuriyet savcılarının mümkün merite yakın bir statüye kavuşturulduğu belirtilmiştir. Gerekçe için bak. İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, Cilt:42 (Mayıs-Haziran 1969), 99.

<sup>152</sup> Özkan, 6; Güner, 103; Günday, 294; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, 1048; Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Ankara 2008, 670. Kamu hizmeti kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından da; "Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler" şeklinde tanımlanmıştır (Bak. AyMK 8.11.2012 tarih ve 2012/27 Esas, 2012/173 Karar Nolu kararı, RG 28.3.2013, No.28601).

<sup>153</sup> Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları)'nın Başlangıç kısmında, "...Bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli bir biçimde korunması, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adli hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olmasını gerektirdiği" belirtilmiş ve "Avukatların görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama ve geliştirme konusunda üye devletlere yardımcı olmak için formüle edilen aşağıdaki Avukatların Rolüne Dair Prensipler, ulusal mevzuat ve uygulama bakımından hükümetler tarafından dikkate alınır ve avukatlarla birlikte yargıçlar, savcılar, yürütme ve yasama organı mensupları gibi diğer kimselerin ve genel olarak halkın dikkatine sunulur" denilerek avukatların etkin bir şekilde görev yapmalarının, devletin bütün erklerinin sorumluluğunda olduğu vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) için bak. Güner, Semih, Avukatlık Mevzuatı, Ankara 2002, 519 vd. Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın Giriş'inde de, "...Avukatların ve oluşturdukları mesleki kuruluşların, insan haklarının ve temel hakların korunmasını sağlamakta oynadıkları rolün" önemine işaret edilmiştir, Güner (Mevzuat), 531.

<sup>154</sup> Özkan, 6-9; Güner, 106-107; Korkusuz, M. Refik, Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana 2008, 4.



kuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır” denilmek suretiyle avukatlık faaliyetlerinin, adaletin gerçekleşmesine yönelik olduğu hüküm altına alınmıştır<sup>155</sup>.

Avukatlar, bir baroya kayıtlı olmak zorundadırlar; mesleki faaliyetlerini bağlı buldukları baronun gözetim ve denetimi altında sürdürmektedirler. Barolar, tüzel kişiliği bulunan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır (AvK m.76/1)<sup>156</sup>. Avukatlık faaliyetinin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşla-

Nitekim bu hususta Avukatlık Kanunu'nun gerekçesinde, “Adaletin tedviri gibi kamu hizmeti olduğunda münakaşa edilemeyecek bir hizmetin ifası bahis konusu olduğu cihetle, avukatlık meslekinin kamu hizmeti sayılması tabiidir” denilmiştir. Gerekçe için bak. İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, 101. Aksi görüş bak. Aday, 38.

<sup>155</sup> Anayasa Mahkemesi de, avukatlık mesleğinin, adaletin gerçekleştirilmesine yönelik olduğu görüşündedir:

“Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellikle taşımaktadır. /... Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “sav-savunma-karar” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. /...Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur” (Bak. AyMK 15.10.2009 tarih ve 2007/16 Esas, 2009/147 Karar Nolu kararı, RG 8.1.2010, No.27456). AİHM'nin 28.10.2003 tarihli Steur/Hollanda (Başvuru No:39657/98) kararında da, avukatların, adaletin gereği gibi dağıtılmasında katkıda buldukları vurgulanmıştır: “Mahkeme, avukatların halk ile mahkemeler arasındaki araçlar olarak sahip oldukları özel statünün, adalet dağıtımında kendilerini merkezi bir konuma yerleştirdiğini hatırlatır. Böyle bir konum baro üyelerinin davranışlarına getirilen olağan sınırlamalara anlam vermektedir. Dahası hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette temel işlev gören ve adaletin garantörü olan mahkemeler, halkın güveninden yararlanmak zorundadırlar. Avukatların bu alandaki kilit rolleri göz önünde tutulduğunda, adaletin gereği gibi dağıtılmasına katkıda bulunmaları ve böylece halkın güvenini sürdürmeleri beklentisi, haklı bir nedendir” Güner, 54.

<sup>156</sup> Anayasa m.135/1'e göre “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.”

rının gözetim ve denetimi altında sürdürülmesi, kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülmesi halinde, bunların kamu kurumları tarafından denetlenmesi koşulunun sağlanması anlamına gelir<sup>157</sup>.

Kamu hizmeti gördüğü kabul edilen avukatlar, mesleki faaliyetlerini her hangi bir zorlukla karşılaşmadan sürdürebilmelidir. Aksi takdirde kamu hizmetinin, hiç veya gereği gibi işlememesi söz konusu olabilir<sup>158</sup>. Bu durum, hizmet kusuru teşkil edebilir<sup>159</sup>. Aşağıdaki paragrafta değinildiği üzere, yargı makamları da dahil kamu ve özel kuruluşların avukatlara görevini yerine getirmede yardımcı olmak zorunda olduklarına dair düzenleme, kamu hizmeti niteliğinde bulunan avukatlık faaliyetlerinin aksamaksızın yürütülmesi amacına yöneliktir. Avukatların, evrak incelemeksizin üstlendikleri görevin gereklerini yerine getirebilmeleri kural olarak mümkün değildir.

### c. Yargı organlarının avukatlara görevlerini yerine getirmede yardımcı olma zorunluluğu

Kamu hizmeti niteliğinde bulunan avukatlık faaliyetlerinin aksamaksızın yürütülebilmesi için yargı makamları dahil olmak üzere kamu ve özel kuruluşların, avukatlara görevini yerine getirmede yardımcı olmak zorunda oldukları, kanun koyucu tarafından emredici bir şekilde öngörülmüştür: “Yargı organları, emniyet

<sup>157</sup> Özkan, 10; Güner, 109-110.

<sup>158</sup> Karş. Güner, 105-106.

<sup>159</sup> Hizmet kusuru kavramı için bak. Günday, 330 vd.

AİHS m.6/3-c'ye göre şüpheli veya sanığın maddi olanaklarının yetersiz olması ve adaletin yerine getirilmesi için gerekli görüldüğü takdirde, şüpheli veya sanığa re'sen müdafii atanmalıdır. Re'sen atanacak bu müdafii, üstlendiği görevin gereklerini yerine getirmemesi halinde; başka bir müdafii görevlendirilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil edebilir. AİHM'nin 27.04.2006 tarihli Sannino/İtalya (Başvuru No:30961/03) kararında; müdafiden yararlanma hakkının gerçek ve etkin olması gerektiği, müdafii olarak görevlendirilen avukatın açıkça yetersiz olduğu durumlarda, devletin müdahale ederek sanığın uygun bir şekilde temsilini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bak. Cengiz, Serkan/ Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/ Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara Kasım 2008, 181-182; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 265. AİHM'nin 10.10.2002 tarihli Czekalla/Portekiz (Başvuru No:38830/97) kararında da, adli yardım çerçevesinde görevlendirilen müdafii açık bir ihmalinin bulunması halinde, resmi makamların, adil yargılanma hakkının garanti altına alınması için müdahale etme yükümlülüklerinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bak. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, 182.

Bu nedenle kanımızca zorunlu ve hatta seçilmiş müdafii veya vekil tarafından üstlenilen görevin gereklerinin bariz bir biçimde yerine getirilmemesi, müdafii veya vekilin yetersiz olduğu durumlarda, yargı makamları tarafından duruma müdahale edilerek zorunlu müdafii veya vekilin değiştirilmesi yoluna gidilmeli; seçilmiş müdafii veya vekille ilgili olarak ise durum, temsil edilen şüpheli/sanık veya suçtan zarar gören ile müdafii veya vekilin bağlı olduğu baroya bildirilmelidir. Aksi takdirde, henüz uygulamada örneği bulunmamakla birlikte, hatalı teşhis ve tedavi hizmetlerine karşı idare aleyhine açılan davalarda olduğu gibi idarenin sorumluluğuna gidilebileceği görüşünderiz; çünkü bu durumun hizmet kusuru teşkil ettiği söylenebilir.

makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır” (AvK m.2/3).

Anılan hüküm uyarınca, avukatlara görevlerini yerine getirmede yardımcı olmak zorunda olan kurumlar, avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri, incelenmek üzere avukata sunmakla yükümlüdürler. Belgelerin incelenmesi, vekâletname ibrazına bağlı değildir; ancak belgelerden örnek alınmak istenmesi halinde vekâletname ibraz edilmelidir. Bu itibarla müdafî veya vekil sıfatıyla soruşturma evrakını incelemek isteyen avukat da, vekâletname ibraz etmekle yükümlü değildir. Avukatın vekâletname ibraz etmeksizin bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin, “kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla” tanındığı, Ceza Muhakemesi Kanunu m.157’e göre soruşturma evresinin gizli olduğu, bu nedenle Avukatlık Kanunu m.2/3’te yer alan hükmün, soruşturma evrakının incelenmesi bakımından uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, soruşturmanın gizliliği, müdafî veya vekil sıfatıyla avukat tarafından evrak incelenememesinin gerekçesi olamaz. Tekrara düşmemek bakımından, anılan açıklamalara yollamada bulunmakla yetiniyoruz<sup>160</sup>.

#### **d. Avukatın bağımsızlığı**

##### **aa. Genel olarak**

Avukatlık Kanunu m.1/2’de, “Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder”<sup>161</sup> denilerek avukatın bağımsızlığı yasal güvenceye bağlanmıştır<sup>162</sup>. Avukatın bağımsızlığına ilişkin Anayasa’da açık bir hüküm

<sup>160</sup> Bak. “Soruşturma Evresinin Gizliliği ile Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisinin Bağdaştırılması Sorunu”.

<sup>161</sup> Anılan hüküm, 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun m.1 ile yapılan değişiklikten önce şu şekildeydi: “Avukat, görevini yerine getirmede bağımsızdır.” RG 7.4.1969, No.13168. 4667 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 10.5.2001 tarih ve 24398 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>162</sup> Türkiye Barolar Birliği tarafından Avukatlık Kanunu m.117/1-7 uyarınca kabul edilen Meslek Kuralları m.2’ye göre “Mesleki çalışmada avukat, bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır.” Avukatlıkla ilgili Meslek Kuralları için bak. [www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata.../avmeslek\\_kurallari.aspx](http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata.../avmeslek_kurallari.aspx), Erişim Tarihi 30.1.2013).

Öğretide, avukatın bağımsızlığının hakim bağımsızlığı gibi anayasal güvenceye bağlanmasının yerinde olacağı belirtilmiştir. Bak. Centel, 52. Anayasa m.138 ve Alman Anayasası m.97’de, hakimlerin bağımsızlığı güvence altına alınmıştır. Bak. Centel, 52, dn.2; Özkan, 113, dn.274. Bununla birlikte, avukatlık mesleği ile hakimlik mesleğinin bağımsızlığı arasında nitelik farkı bulunmamaktadır. Hakim, maaşını devletten aldığı için ekonomik yönden devlete bağımlıdır; dolayısıyla özellikle devlet aleyhine karar veremeyebilir. Bu nedenle hakim bağımsızlığının anayasal

yer almamakla birlikte, avukatlar, hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesini sağlamaktadırlar<sup>163</sup>. Hak arama özgürlüğü, Anayasa m.2'de hükme bağlanan hukuk devletinin temel gerekleri arasındadır. Hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması, bu hakkın kullanılmasına aracılık eden avukatların bağımsız olmalarını gerektirir<sup>164</sup>. Avukatın bağımsızlığı, geniş kapsamlı bir kavramdır. Avukat; devlete, baroya ve müvekkiline karşı<sup>165</sup> bağımsız olmalıdır<sup>166</sup>. Bağımsızlık; herhangi bir gücün etkisi veya baskısı altında kalmaksızın, üstlenilen görevin hukuk kurallarına uygun bir şekilde yerine getirilmesi ve herhangi makamın görüşüne başvurma zorunluluğunun bulunmamasıdır<sup>167</sup>. Müdafî veya vekillik görevini üstlenen avukatın görevini iyi yapabilmesi bağımsız olmasına bağlıdır<sup>168</sup>.

Avukatlık Kanunu'nda, avukatın bağımsızlığını sağlamaya yönelik bazı düzenlemelere yer verilmiştir<sup>169</sup>. Müdafî veya vekillik görevini üstlenen avukat; görevini yerine getirirken kişisel düşünce, önyargı ve dünya görüşünden sıyrılmalı, hukuk kurallarına uygun bir şekilde müvekkilinin haklarını korumaya çalışmalıdır<sup>170</sup>. Avukatlık Kanunu'nda, avukatın bağımsızlığının sağlanması amacıyla avukata tanınmış olan işi red hakkının kullanılabilmesi ve işin reddi zorunluluğu bulunan durumların tespiti, ancak evrakın incelenmesi ile mümkündür<sup>171</sup>.

güvenceye kavuşturulması gerekli görülmüş, avukatlık ise serbest meslek olduğundan buna gerek görülmemiştir. Bak. Centel, 52, dn.2. Belirtelim ki, ceza muhakemesi öğretisinde müdafîni bağımsızlığından söz edilmiştir. Örneğin bak. Centel/Zafer, 165-168. Müdafîlik gibi vekillik görevi de avukatlar tarafından yerine getirilmektedir. Bu nedenle müdafî ve vekil bağımsızdır.

<sup>163</sup> Özkan, 115.

<sup>164</sup> Centel, 53; Centel/Zafer, 165; Güner, 113.

<sup>165</sup> Müdafînin müvekkiline ekonomik bağlılığının, onun kanunla kendisine tanınan faaliyet alanındaki yetkilerini tam olarak kullanmasını engellediği konusunda bak. Zafer, 308, dn.293. Öğretide, yargıcın maaşını devletten ve noterin ücretini ilgiliden alması, yargıç ve noterin bağımlılığını gerektirmediğine göre, müdafîni de şüpheli veya sanıktan ücret almasının, müdafîni bağımlı hale getirmeyeceği görüşü de savunulmuştur. Bu yöndeki görüş için bak. Centel, 54-55.

<sup>166</sup> Özkan, 56 vd.; Zafer, 308, dn.289; Güner, 112 vd. Centel tarafından avukatın bağımsızlığı; muhakeme sülheleri olan savcı, sanık ve mahkeme ile baro ve üçüncü kişiler yönünden ele alınmıştır. Bak. Centel, 53 vd. Avukatın (müdafîni) bağımsızlığı; Tosun tarafından müvekkil (müşteri), yargılama ve iddia makamı ile barolar yönünden incelenmiştir. Bak. Tosun, 608 vd.

<sup>167</sup> Karş. Centel, 52; Centel/Zafer, 530; Toroslu/Feyzioğlu, 142; Ünver/Hakeri, 223; Kocaoğlu, 253-254. Bağımsızlık kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bak. Centel, Nur, Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, 6 vd.

<sup>168</sup> Kunter, k.no.254; Toroslu/Feyzioğlu, 142; Kocaoğlu, 254; Güner, 115; Aday, 41.

<sup>169</sup> Yukarıda belirtildiği üzere (dn.163), avukatın bağımsızlığı ile hakim bağımsızlığı arasında niteliksel bir fark bulunmamaktadır. Bu itibarla hakim bağımsızlığına ilişkin açıklamaların avukatlara uyarlanması mümkündür.

<sup>170</sup> Kocaoğlu, 256; Güner, 114.

<sup>171</sup> Demirbaş, 181. Avukatlık Kanunu m.13'e göre "Bir hakim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve fürundan veya ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hakim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez." Anılan hüküm, avukatın bağımsızlığını korumaya yöneliktir. Avukat tarafından müdafî veya vekil sıfatıyla üstlenilen işte, avukatın akrabasının hakim veya savcı olarak görev yapması, avukatı baskı altında tutabilir. Bu durum, aynı zamanda üçüncü kişilerin yargılama faaliyetinin işleyişine dair kuşkuya

### bb. Avukatın işi red hakkı

Avukatlık Kanunu'nda, avukata herhangi bir neden göstermeksizin kendisine önerilen işi red etme hakkı tanınmıştır. Avukatlık Kanunu m.37/1'e göre "Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir." Avukata, işin reddi hakkı tanınarak avukatın bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmış, avukatın kendi görünüşünün aksine tutum ve davranışlarda bulunması engellenmek istenmiştir<sup>172</sup>. Avukat tarafından müdafî veya vekil sıfatıyla evrak incelenmediği takdirde, işi red hakkı genellikle kullanılamayacaktır. Örneğin şüpheli tarafından kendisine müdafîlik görevi önerilen avukat, soruşturma evrakını incelediğinde, mağdurun arkadaşı veya yakını olduğunu öğrenebilir ya da olayın gerçekleşme biçimine bağlı olarak şüphelinin savunmasını üstlenmek istemeyebilir. Avukatın bir işi üstlenip üstlenmeyeceğine karar vermesi, bir başka anlatımla işi red hakkını kullanıp kullanmaması, birçok olayda evrakın incelenmesine bağlıdır<sup>173</sup>. Bu nedenle avukat, soruşturma evrakını vekâletname olmaksızın inceleyebilmelidir. Aksi takdirde avukat, henüz üstlenip üstlenmeyeceği belli olmayan bir işle ilgili vekâletname ibraz etmekle yükümlü tutulmuş olur<sup>174</sup>.

### cc. Avukatın işi red zorunluluğu

Avukatlık Kanunu m.38/1-a'ya göre avukat; kendisine önerilen işin yolsuz veya haksız ya da sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa, işi reddetmek zorundadır<sup>175</sup>. Avukatın, müdafî veya vekil sıfatıyla kendisine önerilen işin yolsuz veya haksız olduğunu anlaması, evrakı incelemesine bağlıdır. Bir başka anlatımla avukat tarafından evrak incelenmeksizin, önerilen işin yolsuz veya haksız olduğunun anlaşılması mümkün değildir<sup>176</sup>. İşin reddi zorunluluğunun öngörüldüğü

kapılmasına yol açabilir. Benzer yönde bak. ve karşı. Tosun, 614. Örneğin avukat tarafından evrak incelenmediğinde, akrabalık ilişkisi bulunan hakim veya savcının soruşturmada görevli olduğunun bilinmesi mümkün olmayabilir.

<sup>172</sup> Kunter, k.no.254; Özkan, 114; Tosun, 607.

<sup>173</sup> Aynı yönde bak. Dereli, Ferruh, "Yeni Avukatlık Kanununun Kabulü Üzerine Başkanın Konuşması", İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, 16. Avukata işi red hakkı tanınmasının, avukatın kendisini hakim yerine koyması anlamına geleceği, bu nedenle İngiltere'de avukatlara işi red hakkının tanınmadığı konusunda bak. Erem, Faruk, "Avukatın İş Reddetme Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1969), 631.

<sup>174</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 257; Demirbaş, 181.

<sup>175</sup> Müderrisoğlu, Feridun, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974, 32 vd.; Aday, 80 vd. Avukatlık Kanunu m.38'de, işin reddi zorunluluğunun öngörüldüğü diğer durumlar şunlardır: Avukat; aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa (m.38/1-b); evvelce hakim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa (m.38/1-c); kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa (m.38/1-d); görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse (m.38/1-f).

<sup>176</sup> Bursa Barosu tarafından Adalet Bakanlığına yapılan başvuruda da, avukat tarafından işin reddi zorunluluğu bulunan durumların tespiti için avukata vekâletname ibraz etmeksizin evrak inceleme yetkisinin tanınması gerektiği belirtilmiştir (<http://www.bursabarosu.org.tr/haberler.php?kimlik=312>, Erişim Tarihi:18.12.2012).

durumlarda, işi üstlenen avukat, disiplin cezasıyla karşı karşıya kalabilir<sup>177</sup>. Evrak incelemek için avukatın vekâletname ibrazıyla yükümlü tutulması, red zorunluluğu bulunan durumlarda dahi işin üstlenilmesine yol açar. Bu nedenle avukat tarafından vekâletname ibraz edilmeksizin soruşturma evrakı incelenebilmelidir.

## 2. Avukatlık Kanunu m.46 Uyarınca Evrak İnceleme Hakkı

Avukat tarafından gerek özel hukuk gerekse ceza muhakemesi hukuku kapsamında üstlenilen savunma görevinin yerine getirilmesi, avukata evrak inceleme yetkisinin tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Avukatın bu yetkisi, mesleğin yerine getirilmesinde “yaşamsal önemi” haizdir<sup>178</sup>. Avukatlık mesleği için yaşamsal değerde olan evrak inceleme hakkı, Avukatlık Kanunu m.46/2’de, “Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez” düzenlemesiyle hüküm altına alınmıştır<sup>179</sup>.

Evrak inceleme yetkisinin güvencelenmesi amacıyla kanun koyucu tarafından avukatın evrak inceleme yetkisine sahip olduğunun belirtilmesiyle yetinilmemiş, inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır<sup>180</sup>. Evrak inceleme talebinde bulunan avukat, evrakla ilgisini belgelemek zorunda kaldığında, savunma mesleği, aşılması zor bir engelle karşı karşıya kalır<sup>181</sup>. Bir başka

<sup>177</sup> Avukatlık Kanunu m.136/1’e göre, Kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası uygulanır. İşin reddi zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Kanunu m.38 hükmü, avukatların hak ve ödevlerine ilişkin altıncı kısımda yer almaktadır. Disiplin cezalarıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bak. Mısır, M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.

<sup>178</sup> Aday, 97.

<sup>179</sup> Avukatlık Kanunu m.46/2’de, “dosya” kavramının kullanıldığı, bu nedenle dosya yerine “evrak”ın kullanılmasının hatalı olduğu düşünülebilir. Güncel Türkçe Sözlük’te dosya; “aynı konu, aynı kimse, aynı işle ilgili belgeler bütünü”, evrak ise “resmi kurumlarda işlem gören belgeler” şeklinde tanımlanmıştır (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.1.2013). Görüldüğü üzere, belgeler bütünü anlamına gelen dosya yerine evrak kavramı kullanılabilir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu m.46/2 hükmünün, vekâletname olmaksızın “dava ve takip dosyaları”nın incelenmesine imkân verdiği; “soruşturma evrakı”nın, ne dava ne de takip dosyası niteliğinde olduğu, hükmün soruşturma evrakının incelenmesi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı şeklindeki bir yorum kanımızca hatalı olacaktır. Uygulamada bazen rastlanan bu yaklaşımın, hükmün amacıyla bağdaşmayacağı, hatta dosya ve evrak sözcüklerinin anlamı dikkate alındığında, sözel yoruma dahi aykırılık teşkil edeceği açıktır. Öğretide de, evrak inceleme yetkisi, CMK m.153 (CMUK m.143) ve Avukatlık Kanunu m.46 kapsamında açıklanmıştır. Bak. Centel/Zafer, 175; Tosun, 616; Zafer, 353; Aday, 97; Özkan, 342 vd; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256-257; Demirbaş, 174; Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul Kasım 2005, 375.

<sup>180</sup> Anılan hüküm, 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.32 ile Avukatlık Kanunu m.46’ya eklenmiştir. RG 10.5.2001, No.24398.

<sup>181</sup> Aday, 97. Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m.21’e

anlatımla bu takdirde, üstlenilen görevin yerine getirilmesi mümkün olmaz. Bu durum, müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat için de geçerlidir. Avukatlık Kanunu m.46/2'de de, aynı yönde düzenleme yapılmıştır<sup>182</sup>.

### Sonuç

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin bulunmasıdır. İddia, savunma ve yargılama makamının kolektif faaliyetiyle maddi gerçeğe daha kolay ulaşılabileceği düşünülmüştür. İddia ve savunma makamı, ceza muhakemesine etkin bir şekilde katılabilmelidir. Bu durum, Anayasa m.36'da hükme bağlanan hak arama özgürlüğünün de gereğidir. Bireyin hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi, kural olarak hukuki yardımdan faydalanmayı gerektirir. Ceza muhakemesinde avukatlar, şüpheli ve suçtan zarar görene müdafî ve vekil sıfatıyla hukuki yardımda bulunmaktadırlar. Müdafî veya vekil sıfatıyla üstlenilen görevin (hak arama özgürlüğü) gereklerinin yerine getirilmesi için avukatlara evrak inceleme yetkisi tanınmıştır. Aksi takdirde, avukatlar tarafından şüpheli veya suçtan zarar görenle ilgili üstlenilen veya üstlenilme ihtimali bulunan hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesi mümkün olamayacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, vekâletnamenin varlığını gerektiren muhakeme işlemleri sınırlıdır. Evrak incelemeye ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 ve m.234'te, soruşturma evrakının vekâletname ibraz edilmek suretiyle incelenebileceğine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki ceza muhakemesi hukukunda hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesi için "şüphe durumunda serbestlik lehine yorum" (in dubio pro libertate – şüpheden özgürlük yararlanır) ilkesi uyarınca, soruşturma evrakı avukatlar tarafından vekâletname olmaksızın incelenebilmelidir. Müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın beyanına güvenilmelidir. Evrak inceleme, soruşturma evresinin yazılılığı ilkesi gereğince yazılı olarak talep edilmeli ve talepte bulunan avukat olduğunu belgelemelidir.

Avukatlık Kanunu'na göre avukatlık faaliyeti, kamu hizmeti niteliğindedir. Kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi için Avukatlık Kanunu'nda avukatın bağımsızlığını sağlamaya yönelik bazı hükümlere yer verilmiştir. Avukatlık Kanunu m.37'de avukata tanınan işi red hakkının kullanılabilmesi ve m.38'de hükme bağlanan işin reddi zorunluluğu bulunan durumların anlaşılması bakımından, soruş-

göre "Yetkili makamların ellerinde veya denetimleri altında bulunan gerekli bilgileri, dosyaları ve belgeleri, avukatların müvekkillerine etkili bir hukuki yardım verebilmelerini sağlayacak yeterli bir sürede ulaşmalarını temin etmek, kamu makamlarının görevidir. Avukatların bu belgelere en kısa sürede ulaşmaları sağlanır," Güner (Mevzuat), 525. Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı m.7 uyarınca avukatlar, müvekkillerinin haklarını mesleki kurallara göre savunurken ilgili her türlü dosyaya erişebilmelidirler, Güner (Mevzuat), 533.

<sup>182</sup> Özkan, 347-348.

turma evrakının avukat tarafından vekâletname ibraz edilmeksizin incelenebilmesi gerekir. Avukatlık Kanunu m.46/2'de de, vekâletname olmaksızın avukatlar tarafından dava ve takip dosyalarının incelenebileceği hükme bağlanmıştır. Soruşturma evrakı da, anılan hüküm kapsamındadır. Avukatlık Kanunu m.46/2 son cümle uyarınca soruşturma evrakından örnek alınmak istenmesi halinde ise, vekâletname ibraz edilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Aday, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994.
- Alaşahin, Mehmet Emin, "Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:IV, Sayı:2 (Nisan 2006), 1053-1066.
- Altıparmak, Cüneyd, "Avukat, Soruşturma Dosyasını Vekâlet Sunmadan İncelemi mi", Güncel Hukuk Dergisi, Sayı: Ekim 2012/10-106, 56-58.
- Ambos, Kai, "Silahların Eşitliği Çelişmeli Ön Soruşturma ve AHİS m.6" (çev:Yener Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004.
- Aybay, Aydın/Aybay, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul 2012.
- Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011.
- Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara Kasım 2008.
- Centel, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim'in Tarafsızlığı, İstanbul 1996.
- Centel, Nur, "Müdafi ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", İBD Cilt:76, Sayı:2 (Haziran 2002), 315-332.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Ekim 2012.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997.
- Çınar, Ali Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kürüm-Türkiye Kararının, Sözleşme ve İç Hukuktaki İlgili Hükümlere Göre Değerlendirilmesi", TBBD, Sayı:95 (2011), 41-96.
- Çine, Özcan, "Müdafiden Vekâletname İstenmemelidir", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1993), 598-604.
- Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013.
- Dereli, Ferruh, Yeni Avukatlık Kanunu'nun Kabulü Üzerine Başkanın Konuşması, İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, Cilt:42 (Mayıs-Haziran 1969), 7-26.



- Dutertre, Gilles Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya Kasım 2003.
- Dülger, Murat Volkan, "Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/4, 39-76.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", Dokuz Eylül Ü.H.F.D., Cilt:6, Sayı:1 (2004), 67-112.
- Erem, Faruk, Diyaletik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986.
- Erem, Faruk, "Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, 607-618.
- Erem, Faruk, "Avukatın İşi Reddetme Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1969), 631.
- Eser, Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" (Çev. Nur Centel), YD, Cilt:16, Sayı:3 (1990), 313-338.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012.
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gözübüyük Şerhi, İstanbul 1994.
- Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Ankara 2008.
- Güner, Semih, Avukatlık Mevzuatı, Ankara 2002.
- Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2005.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004.
- Gür, Necip Taha, "Müdafîin Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı:2 (2012), 208-219.
- Hafizoğulları, Zeki, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AHFD, C:43, Sayı:1 (1993), 37-47.
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005.
- Kazancı, Behiye Eker, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", TBBD, Sayı:98 (2012), 75-104.
- Karakehya, Hakan, "Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı:3-4 (2007), 131-147.

- Karakehya, Hakan, "Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, 3. Cilt, Ankara 2012, 236-251.
- Koca, Mahmut, "Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, Sayı:1 (1997), 163-169.
- Kocaoğlu, S. Sinan, Müdafii, Ankara Şubat 2011.
- Korkusuz, M. Refik, Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana 2008.
- Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Kasım 2006.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman, Türk Hukuku'nda Müdafinin Yasaklılık Halleri, Ankara 2004.
- Mısır, M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.
- Müderrişoğlu, Feridun, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974.
- Okuyucu-Ergün, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", AHFD, Cilt:59, Sayı:2 (2010), 243-275.
- Özkan, Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012.
- Özbek, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Ankara 2005.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Ekim 2012.
- Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara Mart 2004.
- Özgen, Eralp, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", TBBD, Sayı: 2 (1988), 208-233.
- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur, "İddia ve Savunma Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1-2 (2003), 84-111.
- Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Kırıt Saygılar, Yasemin/Özaydın, Özdem/Akcan Alan, Esra/Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, Ankara Nisan 2013.

- Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, Ankara Eylül 2012.
- Şahin, Cumhur, “Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1-2 (2004), 273-292.
- Taner, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.
- Taşkın, Ş. Cankat, “Müdafinin Dosyayı İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi”, TBBD, Sayı:75 (2008), 394-416.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/, Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul 1984.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Cilt, Ankara 2012.
- Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Ankara 2011.
- Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Kanunlar ile Yönetmelikler, Ankara 2007.
- Yenisey, Feridun, “Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu” ([www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?...98](http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?...98), Erişim Tarihi:13.01.2013).
- Yerdelen, Erdal, “Soruşturma, m.145-174”, 3 ([www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc), Erişim Tarihi:18.12.2012).
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996.
- Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul Kasım 2005.
- Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul Mayıs 2004.



**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA BAŞKASINA  
AİT KİMLİK VEYA KİMLİK BİLGİLERİNİN  
KULLANILMASI SUÇU**  
*(The Crime of Using Other's Identity Card or Id Information,  
Regulated in Turkish Penal Code Number 5237)*

**Kerim ÇAKIR\***

**ÖZET**

Bu makalede 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 268 inci maddesinde yer alan "başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması" suçu değerlendirilmiştir. Çalışmamızda madde metninde yer alan ve işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimselerin, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre nasıl cezalandırılacağına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Kimlik kartı, kimlik bilgisi, soruşturma, kovuşturma ve iftira

**Abstract**

This article examines the crime of using another's identity card or information regulated by the Article 268 of the Turkish Penal Code. This article analyses any person who uses another's identity card or information relating to the identity of another for the purpose of preventing the conduct of an investigation and prosecution against himself for an offence he has committed shall be sentenced according to the provisions relating to the offence of calumny.

**Keyword:** Identity card, identity information, investigation, prosecution, calumny

**I. GİRİŞ**

TCK m. 268'de düzenlenen "*başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması*" suçu Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı İkinci Bölümünde "Adliyeye Karşı Suçlar" kısmında 268 inci maddesinde düzenlenmiştir.

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

TCK m. 268; “İşlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.” hükmüne yer vermektedir.

Düzenlemeye göre, kişinin işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanması suç kapsamına alınmıştır. Mülga 765 sayılı TCK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmemişti. Fakat bu fiili yaptırıma bağlayan düzenleme mülga 765 sayılı TCK’nda madde 343/2’de yer alan “memura yalan beyanda bulunma” suçuydu<sup>1</sup>.

Doktrinde, bu suçun iftira suçu ile bağlantılı olarak değerlendirildiği görülmekte ve suçun iftiranın özel bir görünüş şekli olduğu belirtilmektedir<sup>2</sup>. Nitekim madde gerekçesinde bu suçun iftira suçunun özel bir işleniş biçimi olduğu vurgulanmaktadır. Yargıtay kararlarında da bu suçun iftira suçunun özel bir şekli olduğuna vurgu yapılmaktadır<sup>3</sup>. Fakat Ünver, iftira suçunun ve başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun manevi unsurlarının farklı olduğundan bahisle yaptırım kısmında iftira suçuna atıf yapılmasının yerinde olmadığını ve

<sup>1</sup> Mülga 765 sayılı TCK’da bu suç tipine karşılık gelecek şekilde 343/2’de “memura yalan beyanda bulunma” suçu şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti. Failin soruşturma ya da kovuşturma evrelerinde yalan beyanda bulunarak kimlik bilgisini sunmaması, 343/2’nci maddesinde belirtilen memura yalan bildirimde bulunma suçunu oluşturmaktaydı. 343’üncü madde “Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler” bölümü kapsamında “Evrakta sahtekarlık” başlığı altında düzenlenmişti. Maddede doğum, evlenme ve ölüme yahut adli işlere ilişkin bir belgenin düzenlenmesi sırasında yapılmış olan gerçeğe aykırı bildirimler suç kapsamına alınmıştı. Görüldüğü gibi madde yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’nun 268. maddesine tam olarak karşılamamaktadır. 268. maddede işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanan kimsenin cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ünver, “765 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun niteliği itibarıyla ve işleniş şekli yönüyle “belgede sahtecilik suçları” başlığı altında düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.” Bkz; Ünver, Yener, Adliye Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2010, s.106.

<sup>2</sup> Artuk, Mehmet Emin- Gökcen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011, s.946; Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Ankara 2013, s. 4634; Özbek, Veli Özer- Kanbur, Nihat- Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar- Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.1052; Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010, 4. Cilt, s.4243; Yenidünya, A. Caner, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İftira Suçu (m. 267-269), Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl:3, Sayı:32, s. 2822.

<sup>3</sup> “...İftira suçunun özel bir halini düzenleyen 268’inci maddesindeki başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun oluşabilmesi için de kişinin, işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanması koşulu aranmaktadır. Başka bir anlatımla, bu maddede öngörülen suçta fail sadece kimliği hakkında yalan beyanda bulunmama, aynı zamanda başkasının kimliğini ya da kimlik bilgilerini kullanarak kendisini suçsuz ve bir başkasını da islemediği bir suçun faili olarak göstermek suretiyle iftirada bulunmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, failin kullandığı başkasına ait kimlik bilgilerinin gerçek bir kişiye ait olması gerekmektedir...” (Yarg. 4.CD. 21.11.2007, 4634/9761 sayılı kararı.)

madde metninin yeniden düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>4</sup>. Doktrinde inceleme konusu suçun unsurları yönünden değil, sadece yaptırım bakımından iftira suçuna gönderme yapıldığı da belirtilmektedir<sup>5</sup>.

İftira suçunda fail, bir kimse hakkında soruşturma, kovuşturma ya da idari yaptırım uygulanması amacıyla ihbar veya şikâyetle bulunurken, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda fail kendisini soruşturma veya kovuşturmadan kurtarmak amacıyla hareket etmektedir<sup>6</sup>.

Kanaatimizce iftira suçuna yaptırım bakımından yapılan göndermenin amacı, failin başkasına ait kimlik bilgilerini kullanarak, kendi adına yürütülen soruşturma veya kovuşturmadan kurtulup, bunun sorumluluğunu kimliğin gerçek sahibi üzerinde hukuki sonuç doğurmasına neden olacak şekilde o kimseye yüklemektir.

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu ile ceza muhakemesi arasında önemli bir bağ vardır. Çünkü madde kapsamında soruşturma<sup>7</sup> ve kovuşturma<sup>8</sup> evresi ele alınmakta ve bu evrelerin yürütüldüğü aşamalarda kimlik bilgilerinin elde edilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

Madde metninde işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimsenin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada suçun işlenmesi için soruşturma ve kovuşturma evrelerinden bahsedilmektedir. Kanun koyucu yürütülmek istenen soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılmasının engellenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ünver, kanunda yer alan ifadenin hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerini birlikte engellemeyi kastettiğini ifade ederek “ve” bağlacının “veya” bağlacı ile değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>9</sup>. Fakat ifade edelim ki, CMK hükümleri göz önüne alındığında bu evrelerin birbirinden bağımsız olduğu açıktır. Nitekim bu evrelerin CMK m. 2’de yer alan tanımları incelendiğinde soruşturma evresi bittikten sonra kovuşturma evresi başlar. Dolayısıyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında her iki evrede farklı özelliklere sahiptir. Elbette yürütülen soruşturma neticesinde savcılık makamı kovuşturmayaya yer olmadığı (takipsizlik) kararı vererek kovuşturma evresine geçmeden dosyayı sonlandırabilir.

<sup>4</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s.106. Aynı yönde bkz; **Yenidünya**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2843.

<sup>5</sup> **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Ankara 2010, s. 7880.

<sup>6</sup> **Koçer, Seçkin**, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.171. www.yayin.adalet.gov.tr., Erişim t. 03.10.2012; **Kaylan, Keskin**, Adliye Karşı Suçlar 5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu, <http://www.Ceza-Bb.Adalet.Gov.Tr/Makale.Htm>, Erişim t. 09.11.2012.

<sup>7</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>8</sup> **Kovuşturma evresi**, CMK m. 2(f)’de; “iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>9</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 110.

Dolayısıyla “ve” bağlacını dikkate alarak kovuşturma evresine geçmeden işin sona ermesiyle suçun oluşmayacağını düşünmek ve CMK hükümlerini dikkate almadan değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır<sup>10</sup>.

## II. BENZER SUÇLARDAN FARKI

### 1. Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçunun Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan Suçundan Farkı

TCK m. 206'da, “bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi... cezalandırılır.” hükmüne yer verilmiştir. Madde kapsamında ne suretle olursa olsun resmi bir belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak cezalandırmayı gerektirir. Oysa başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda kişi işlediği suç nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimlik bilgilerini kullanmaktadır<sup>11</sup>. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunda kişi, başkasına ait kimlik bilgileri dışında kendi kimliği üzerinden de bu suçu işleyebilir<sup>12</sup>. Dikkat edilmesi gereken bu bilgilerin hayali bir kimseye ait olmaması gerektiğidir. Çünkü bu takdirde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu oluşur. Görüldüğü gibi başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçu belgede sahtecilik suçlarının yapısıyla daha çok ilişkilidir. Bu suç tipine de belgede sahtecilik suçları arasında yer verilebilirdi<sup>13</sup>.

Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda; 268. maddede yer alan suçun oluşması için kullanılan bilgilerin gerçek bir kişiye ait olması gerektiği belirtilerek “... Sanığın hakkında yürütülen soruşturma nedeniyle karakolda kimlik bilgileri sorulduğunda verdiği bilgiler araştırılarak, bu bilgilerin gerçek bir kişiye ait

<sup>10</sup> Nitekim Yargıtay kararlarında da soruşturma ve kovuşturma evreleri ayrı ayrı değerlendirilerek kovuşturma evresine geçilme dahi soruşturma evresinde suçun oluşacağı ifade edilmiştir. Bkz; “Zabıta tarafından önleme araması yapıldığı sırada, üzerinde ruhsatsız tabanca ele geçirilen sanığın narkotik büro tarafından arandığı için kimlik taşımadığı ve polis tarafından yakalanınca da yeğeni-ne ait kimlik bilgilerini verdiği ancak karakola gelerek, nasıl olsa geçeceğin ortaya çıkacağı düşünce-siyle 2 veya üç saat içinde gerçeği açıklaması ve tüm zabıtların failin gerçek kimliğine göre tanzim edilmesi, sanığın kimliğinin parmak izi incelemesine göre tespit edildiğine dair delil bulunmaması, mağdur hakkında soruşturmaya geçilmemesi halinde bile suç tekemmül etmiştir.” (Yarg. 4.CD., 09.11.2009, 3332/18115 sayılı kararı.)

<sup>11</sup> “ Sanığın hırsızlık suçundan şüpheli olarak yakalanıp hakkında yapılan adli soruşturma sırasında suçtan kurtulmak amacıyla ismini, (dosyadaki nüfus kaydına göre) kardeşi “Ramazan” olarak bildirerek bir kısım soruşturma evrakının bu isme göre düzenlenmesine neden olmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 268/1. maddesi yollamasıyla, 267/1. maddesindeki “iftira” suçuna uyduğu gözetilmeden suç vasfında yanlışlıkla yazılı şekilde “resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” suçundan hüküm kurulması,” (Yarg. 11.CD., 16.05.2012, 15406/8892 sayılı kararı.)

<sup>12</sup> Meran, Necati, Hakaret – İftira, Ankara 2009, s. 219.

<sup>13</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 976; Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 106.



*bulunması durumunda eylemin, TCY'nin 268. maddesine; verilen bilgilerin tamamen uydurma olduğunun anlaşılması durumunda da 206. maddesine uyan suç oluşturacağı gözetilmeden, eksik araştırmayla TCY'nin 267/1. madde ve fıkrası uyarınca başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçundan hüküm kurulması...*” gerektiği ifade edilerek verilen bilgilerin tamamen uydurma olması halinde de resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluşacağını ifade etmiştir<sup>14</sup>.

Failin yaptığı eylemler başkasının soruşturma veya kovuşturmayla uğramasına sebebiyet vermiyorsa 268. maddede öngörülen suç oluşmaz. Örneğin kişi, sigorta şirketinden para almak amacıyla başkasına ait kimlik bilgilerini kendi adına düzenleyerek hareket etse bu takdirde yalan beyanda bulunma suçu oluşur. Yine işlenen bir suç dolayısıyla hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmamasına rağmen, kişi başkasına ait bir kimliği kullanırsa burada da yalan beyanda bulunma suçu oluşur<sup>15</sup>.

## 2. Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçunun İftira Suçundan Farkı

İftira; yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın

<sup>14</sup> (Yarg. 4. CD., 21.11.2007, 4634/9761 sayılı kararı.) Benzer yönde kararlar için bkz; “Fail Usanmaz’ın, işlediği suçlar nedeniyle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, gerçek kişi olan kardeşi Savaş’ın ismini kullanması eyleminin, 5237 sayılı TCY’nin 268. maddesi yoluyla 267/1. maddesine uyan suç oluşturacağını gözetilmesinde zorunluluk bulunması, (Yarg. 6.CD., 22.2.2007, 8330/1721 sayılı kararı.) Hırsızlık suçundan yakalandığında kimliğini Turgut Ağbaba olarak bildiren sanığın, bu kimlikle yargılanıp hükmün kesinleştiği, infaz aşamasında Turgut Ağbaba’nın başvurusu üzerine gerçeğin anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin 5237 sayılı Yasa’nın 268. maddesi yollamasıyla 267/1-5-6. maddesine uyan suç oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 206. maddesi ile karşılaştırma yapılması sonuca etkili olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. (Yarg. 6.CD., 22.6.2006, 15485/6754 sayılı kararı.) Sanığın kimlik tespiti sırasında Sinan’ın kimlik bilgilerini beyan ettiğinin anlaşılması, hangi nedenle kimlik tespiti işleminin yapıldığına dair bir açıklığın bulunmaması, sanığın ise aşamalarda hırsızlık suçu şüphesi ile gözaltına alındığında kimlik bilgilerini gizleyip yalan yere beyanda bulunduğunu savunması karşısında, gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirlenmesi bakımından olay tarihinde sanık hakkında düzenlenen bir soruşturma evrakı bulunup bulunmadığı, hangi nedenle kimlik tespiti işleminin yapıldığı araştırılıp, tespiti halinde soruşturma evraklarının aslı veya onaylı suretleri getirtilip incelenerek, sanığın işlediği bir suç nedeni ile kendisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemek amacı ile başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 268/1. maddesi aracılığıyla anılan Yasa’nın 267/1. maddesi kapsamında iftira suçunu, sanık hakkında bir soruşturma bulunmaması veya aranan kişilerden olmaması nedeni ile beyan ettiği kimlik bilgisi sahibi kişi hakkında bir soruşturma yapılmaması halinde ise eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 206/1. maddesi kapsamında “resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” suçunu oluşturacağı gözetilip sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile sanık hakkında suç tarihinde yürürlükte bulunan ve lehine olan 5395 sayılı ÇKK’nın 5560 sayılı Yasa’yla değişmezden önceki 24. maddesi uyarınca uzlaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi,” (Yarg. 11. CD., 26.1.2010, 4408/87 sayılı kararı.)

<sup>15</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7882.

yoluyla, işlemediğini bildiği halde hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı fiil isnat etmek veyahut böyle bir fiilin maddi eser ve delillerini uydurmak şeklinde tanımlanmıştır. İftira, sadece kişilere yapılan suç isnatlarını değil, aynı zamanda idari yaptırım uygulanmasını gerektiren hukuka aykırı fiilleri de kapsamaktadır<sup>16</sup>.

Her iki suç tipinin de benzer yönleri; suç isnadının, soruşturma veya kovuşturma makamlarına yapılması gerektiğidir. Fakat her iki suç tipinin farkı ise iftirada başkası hakkında adli- idari işlem yapılması istenirken, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçunda kişi kendisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla kişi henüz hakkında yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma olmadan yapmış olduğu hırsızlık suçunun sonrasında olay yerine başkasına ait kimliği bırakarak olay yerinden ayrılırsa, inceleme konumuz olan suç tipi değil (TCK m. 268), iftira suçu (TCK m. 267) oluşur<sup>17</sup>.

Fail burada işlemiş olduğu suçun eser ve delillerini uydurmak suretiyle iftira suçunu işlemektedir. Fail suç işledikten sonra suç işlediği yere başkasına ait kimlik bilgilerini bırakırsa, bu durum başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma olarak değerlendirilmeyip, 267. maddede yer alan iftira suçunun eser ve delillerini uydurma olarak değerlendirilir<sup>18</sup>. Ayrıca iftira suçundan dolayı olarak haberdar olma mümkünken (basın-yayın yoluyla) başkasına ait kimlik veya kimlik bilgileri kullanma suçundan dolayı olarak haberdar olunması mümkün değildir.

### 3. Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçunun Suç Üstlenme Suçundan Farkı

Suç üstlenme suçunda kişi, yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suç işlediğini veya suça katıldığını bildirmektedir. Bu hüküm kişinin kendisini adli makamlara ihbar etmesi şeklinde değerlendirilebilir. Suç üstlenme suçunda kişi, kendisini işlemediği bir suçun faili ya da şeriki olarak itham ederek, kendisine suç teşkil eden bir eylemi isnat etmektedir<sup>19</sup>. Oysa başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçunda kişi kendisi hakkında bir soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemek istemektedir.

<sup>16</sup> **Yenidünya**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2822; **Ünver**, Adliyeye Karşı Suçlar, s. 108.

<sup>17</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7883.

<sup>18</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7885.

<sup>19</sup> **Gökçen, Ahmet**, Suç Tasnii ve Kendi Kendini İtham Cürümleri, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, İstanbul 2000, s. 369 vd; **Yenidünya**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2823.

#### 4. Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçunun Suç Uydurma Suçundan Farkı

Suç uydurma suçunda kişi, işlenmediğini bildiği bir suç, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar etmekte ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurmaktadır. Görüldüğü gibi suç uydurma suçunda ihbar ya da delillerin uydurulması söz konusu olmaktadır. Kişi burada suçun gerçekleşmemiş olduğunu bilmektedir<sup>20</sup>. İnceleme konumuz olan suç tipinde ise fail, olmayan bir suç uydurmamakta, işlediği iddia olunan suçun soruşturma veya kovuşturmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimlik bilgisini kullanmaktadır.

#### 5. Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçunun Kimliliği Bildirmeme İdari Yaptırımından Farkı

Türk hukukunda polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisi Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun<sup>21</sup> 4/A maddesinde düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Kişi kimlik bilgisini

<sup>20</sup> Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Ankara 2012, s.911; Yenidünya, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2823.

<sup>21</sup> 4.7.1934 Gün ve 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (RG 14.7.1934 No: 27511)

<sup>22</sup> PVSK'nun 4/A maddesinde yer alan "Durdurma ve kimlik sorma" başlıklı maddesine göre;

Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan failerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfiliğe oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz. Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenebilir.

Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir. Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılınca kadar gözaltına alınır ve

verme konusunda susma hakkına sahip değildir.

Kabahatler Kanunu'nun<sup>23</sup> kimliği bildirmeme başlıklı 40. maddesi “*görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde kapsamında kamu görevlisi göreviyle bağlantılı olmak şartıyla kişinin kimlik bilgilerine ulaşmak istemektedir. Burada kolluk, toplumda suçun işlenmesinin önüne geçmeyi amaçlayarak bilgi almak, arama yapmak veya yakalamaya başvurmak için durdurma yapmaktadır<sup>24</sup>. Oysa başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda fail, soruşturma veya kovuşturmayı engellemek amacıyla başkasının kimlik bilgilerini kullanmaktadır<sup>25</sup>. Örneğin, trafikte ilerleyen bir kimseye polis memuru kimliğini sorduğunda, kişi kimlik bilgileri hakkında açıklama yapmaktan imtina ederse bu durum kimliği bildirmeme kabahatinin oluşmasına neden olurken, aynı polis memuruna meydana gelen trafik kazasının ardından ölümüne sebep olduğu kişi yönünden, hakkında daha önce işlenmiş bir suçun soruşturmasına engel olmak amacıyla arkadaşının kimlik bilgilerini verse bu takdirde başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma suçunun oluştuğunu söyleyebiliriz (TCK m. 268). Eğer bu bilgiler hayali bir kimseye yani gerçekte var olmayan bir kişiye aitse bu takdirde de resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluştuğundan bahsederiz (TCK m. 206).

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir diğer düzenleme ise Kimlik Bildirme Kanunu'nda<sup>26</sup> yer almaktadır. Buna göre, özel veya resmi, her türlü konaklama, dinlenme bakım ve tedavi tesisleri ve işyerleri ile konutlarda geçici veya sürekli olarak kalanlar, oturanlar, çalışanlar ve ayrılanların kimliklerini bildirmesi gerekmektedir. Aksine davranış aynı Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca idari para cezası ile cezalandırılır.

gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.”

<sup>23</sup> 30.03.2005 Gün ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu (RG 31.03.2005 No: 25772)

<sup>24</sup> **Centel, Nur- Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012, s.297.

<sup>25</sup> **Meran, Necati**, Açıklamalı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar, Ankara 2007, s.141; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s.7885.

<sup>26</sup> 26.6.1973 Gün ve 1774 Sayılı Kimlik Bildirme Kanunu (RG 11.7.1973 No: 14591)

### III. Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu Bakımından Susma Hakkı, Savunma Hakkı ve Dokunulmazlığı

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu açısından savunma hakkı ve dokunulmazlığı önem arz etmektedir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından sanık olan kimseye susma hakkı tanınmıştır. Bu kimsenin kendisine isnat edilen suçlamalara cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>27</sup>.

Ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığa, yürütülen soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olarak susma hakkı tanınmıştır. Bu hakka mevzuatımızda doğrudan doğruya yer verilmemiştir. Fakat Ay m. 38/5'e göre "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmü susma hakkına işaret etmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, yakalama anında kolluk, yakalanan kişiye yasal haklarını bildirir. Bu bildirim zorunlu olduğuna işaret eden Kanun koyucu, şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkına sahip olduğunun görevlilerce söylenmesi gerekir (CMK m. 147/1-e). Bu hakka Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı başlığı altında da yer verilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne konu olan kararlarda bu hakkın uzantısı olarak susma hakkına yer verilerek sanığın "susma hakkı" veya "kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı", AİHS'nin 6. maddesinde belirtildiği üzere "adil yargılanma hakkının" kapsamına alınmıştır. AİHM, Saunders-Birleşik Krallık (17.12.1996) kararında, Sözleşme'nin 6. maddesinde susma hakkı ve bunun bir uzantısı olan kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının her zaman bulunduğu ifade edilmiştir<sup>28</sup>.

Susma hakkının kapsamı ve sınırlarının temelinde, bireyin kendi kendini suçlamaya ve kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamaması ilkesi yatmaktadır (nemo-tenetur se ipsum accusare)<sup>29</sup>. Sanık, hakkındaki suçlamalarla ilgili olarak savunma yaparken bu hakkını aktif bir şekilde yapabileceği gibi pasif bir şekilde de kullanılabilir. Aktif savunma yapma, delil sunma veya duruşma salonunda tanık dinlenmesi şeklinde de olabilir<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> "Sanık Halis Taşar'ın yönetimindeki araç ile yaralama ile sonuçlanan trafik kazası yapması üzerine, sürücü belgesinin olmaması nedeniyle akrabası olan diğer sanık Maruf Özdağlar'ın aracın sürücüsü olduğunu söylemesinin bu sanık yönünden 5237 sayılı TCK'nın 270. maddesine uyan suçu oluşturacağı, sanık Halis Taşar'ın susmasının ise savunma hakkı çerçevesinde kalıp suç oluşturmayacağı gözetilmeden beraati yerine yazılı gerekçe ile uygulanma yeri olmayan (5237 S.K. nun 206, 62, 51. maddeleri) gereğince her iki sanığın hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması," (Yarg. 11.CD., 24.12.2007, 7395/9328 sayılı kararı.)

<sup>28</sup> Karar için Bkz; Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Ankara 2013, s.4634.

<sup>29</sup> Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancakdar, Oğuz- Önok, Murat Rifat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 215.

<sup>30</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 144-145; Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Kırt, Yasemin Saygılar-Özaydın, Özdem- Erdem Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 147.

Pasif savunma ise susma hakkı şeklinde olabilir. Ancak pasif savunma içerisinde susma hakkını kullanan kişi kimliği konusunda gerçeği söyleme yükümlülüğü altındadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147/1-a maddesinde şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

İfade ve sorgu yöntemi hususunda hukukumuzda şüpheli ve sanığın sahip olduğu haklar tanığa sağlanan haklardan farklı düzenlenmiş olup, şüpheli veya sanığa doğru söyleme yükümlülüğü yüklenmemiştir. Bu kuralın tek istisnası kimlik bilgileri hakkında açıklama yapmaktır. Elbette şüpheli veya sanık savunma amaçlı olarak yalan söyleyebilir ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayabilir<sup>31</sup>.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya yanlış bir şekilde yerine getirilmesi halinde gerek TCK'nda gerekse de Kabahatler Kanunu'nda yaptırım öngörülmüştür. TCK'da öngörülen yaptırımlar, başta inceleme konumuz olan başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu (TCK m. 268), kamu görevlisine yalan beyanda bulunma suçu (TCK m. 206) ve şartları varsa iftira suçunu (TCK m. 267) oluşturur. Kabahatler Kanunu hükümlerinde ise kimliği bildirmeme başlığı altında idari para cezası öngörülmüştür.

Kendisine suçlama yöneltilen bir kimse belirli sınırlar içerisinde yalan söyleyebilir ve suçlamayı reddedebilir. Fakat soruşturma ve kovuşturma evrelerinde başkalarının kimlik bilgilerini vererek onları suçlayıcı beyanda bulunamaz<sup>32</sup>. Dolayısıyla yapılan bu hareketler savunma hakkı ve dokunulmazlığı bağlamında değerlendirilemez.

Sanık kendisine isnat edilen suçlamaları, savunma hakkı çerçevesinde başka bir kimseye isnat eder ve o kimsenin kimlik bilgilerini vererek o kişi hakkında takibat gerçekleştirilmesini sağlarsa bu durum bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemez<sup>33</sup>.

#### IV. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı İkinci Bölümünde "Adliyeye Karşı Suçlar" kısmında 268 inci maddesinde düzenlenmiştir. Ceza Kanunu'nda, bazı suçlar niteliği itibarıyla birden fazla hukuki değeri korumaya özgülümlenmiştir. TCK'nun Adliyeye Karşı Suçlar bölümünde yer alan suçların çoğu bu niteliktedir.

<sup>31</sup> Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 211.

<sup>32</sup> Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 992; Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4634.

<sup>33</sup> Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 990-991; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s. 4244.

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. Kanaatimizce bu suçla korunan hukuki değer başta adliyenin ve adli makamların korunmak istenmesidir. Bu koruma ile soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki işlemler sağlıklı bir şekilde yürütülecek ve adli makamlar koruma altına alınacaktır<sup>34</sup>.

Kanun koyucu bu suç “Milletle ve Devlete Karşı Suçlar” kısmının “Adliyeye Karşı Suçlar” bölümünde düzenleyerek adli makamların korunması gerektiğine vurgu yapmış ve korunan hukuki değer olarak öncelik tanımıştır<sup>35</sup>. Bilindiği üzere ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Dolayısıyla suç ihbarı yapıldıktan sonra delillerin toplanması gerekmektedir. Soruşturma veya kovuşturma esnasında şüpheli ya da sanık olan kimsenin muhakeme sürecinde doğru yönde ifade vermesi gerekmektedir. Delillerin toplanmaya başladığı dönem içerisinde soruşturma evresine geçilmemiş olsa dahi suçun oluşur. Çünkü başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılması halinde maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olunması söz konusu olmaktadır<sup>36</sup>.

CMK'nın 147. maddesinde “ifade ve sorgunun tarzı” başlıklı düzenlemeyle, nelere uyulması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, madde 147/1-a hükmüne göre, şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlü olup, bunun dışında doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>37</sup>. Kimlik saptamasında şüpheli veya sanığın nüfus kaydındaki bilgilere başvurulur. Bu bilgiler ad, soyad, ana ve baba adı, doğum tarihi, nüfusa kayıtlı olduğu yer, okuryazar ve sabıkasız olup olmadığı, yaptığı iş, tabiyeti ve dininin ne olduğunu içerir<sup>38</sup>. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği de belirlenir. Bu evrelerde kişi kimlik bilgileri hakkında kesinlikle susma hakkına sahip değildir. Kimlik bilgilerinin saptanması ile karışıklıkların önüne geçilecek ve işlenen suçla ilişkin kimin/kimlerin soruşturulacağı ve kovuşturulacağı hususunda kolaylık sağlanacaktır<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4243; **Gözübüyük, A. Pulat**, Adliyeye Karşı Cürümler, Adliye Dergisi, Yıl 60, Sayı 8, s. 1969.

<sup>35</sup> **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.998; **Selçuk, Sami**, “Köşe Yazısı”, <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/-dil-yargilamayi-etkileme-suclari-i-haber-120304.htm>, Erişim t. 03.12.2012.

<sup>36</sup> **Koçer**, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.169.

<sup>37</sup> **Centel- Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.210; **Öztürk-Tezcan- Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Erdem**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 147.

<sup>38</sup> **Yaşar, Osman**, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II, 5. Baskı, Ankara 2011, s. 1573; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7882.

<sup>39</sup> **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4635; **Yaşar, Osman**, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II, 5. Baskı, Ankara 2011, s. 1573.

## V. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Maddi Unsurlar

#### A. Fiil-Netice

İnceleme konusu suç bakımından yasaklanan fiil; “başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması”dır. Suç şüphesi nedeniyle başlatılan soruşturma veya kovuşturma evrelerinde şüphe altında bulunan kimsenin, muhakeme sürecini yürüten yetkili makamlara başkasının kimliğini veya kimlik bilgilerini kendi bilgileriymiş gibi vermesi durumunda suçun fiil unsuru gerçekleşmiş olur<sup>40</sup>. Kullanmayla kastedilen kimlik veya kimlik bilgilerinin fiziki anlamda kullanılması olmayıp, hukuki anlamda sonuç doğuracak nitelikte olmasıdır. Bir aracı çalan kişinin hakkında soruşturma yapılmasını engellemek amacıyla aracı bırakırken içine masum olan üçüncü bir kimsenin kimliğini bırakması buna örnek olarak gösterilebilir. Kullanmanın ne şekilde olması gerektiğine dair bir açıklama bulunmadığından suç serbest hareketli bir suçtur<sup>41</sup>.

Suçun oluşabilmesi için kimlik veya kimlik bilgilerinin gerçekte var olan bir kimseye ait olması aranmaktadır<sup>42</sup>. Gerçekte var olmayıp hayali bir kimseye ait bilgilerin kullanılması halinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suç meydana gelecektir<sup>43</sup>.

İşlenen suç nedeniyle kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasında görev alan makamların tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit CMK m. 2’de yer alan tanımlar başlığından da anlaşılmaktadır. Buna göre soruşturma evresinde; şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi ifade alma olarak tanımlandığından, Savcılık ve kolluk görevlileri (adli kolluk) ilgili makam olarak karşımıza çıkar. Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi ise sorgu olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla hakim ve mahkeme kovuşturma evresinde görevli olan makamlar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> “Mahkemenin 25.12.2006 tarihli kararından ve dosya Dairemize gönderildikten sonra, mahkemenin 08.09.2008 tarihli yazısı ile sanık K. Ş.’in kimliğinin sahte olduğuna, sanığın kardeşine ait kimlik bilgilerini kullandığına ve gerçek kimliğinin, “S. ve S. oğlu 25.06.1983 doğumlu S. Ş. olduğuna dair” yazı ve belgelerin Dairemize gönderildiği anlaşılmakla bu hususun araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdirinde zorunluluk bulunması,” (Yarg. 6.CD. 30.06.2011, 6248/8937 sayılı kararı.)

<sup>41</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7882.

<sup>42</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 110.

<sup>43</sup> Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Cilt, Ankara 2009, s. 5170; Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s.7883; Koçer, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.174.

<sup>44</sup> Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II, 5. Baskı, Ankara 2011, s. 1572-1573; Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4637.



Burada dikkat edilmesi gereken husus, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçunun oluşması için daha önce işlenmiş ve soruşturma ya da kovuşturmayla konu olmuş bir suçun işlenmiş olma şartının yerine getirilmesidir. Aksi halde suçun oluştuğundan bahsedemeyiz<sup>45</sup>. Kanunda “işlediği suç nedeniyle” denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmaktadır<sup>46</sup>. Ancak işlenen suç dava veya ceza zamaşımına uğramışsa veya af yasasıyla cezalandırılabilme koşulu ortadan kalkmışsa bu halde kişinin TCK'nın 268. maddesi gereğince cezalandırılması mümkün olmayıp, TCK'nın 206. maddesi gereğinde yalan beyanda bulunma suçunun varlığından bahsetmemiz gerekir. Daha önce işlenmiş olan suçun Türk Ceza Kanunu veya özel ceza yasalarında yer alan bir suç olmasının önemi bulunmamaktadır<sup>47</sup>. İşlenen suçun kasten veya taksirle işlenmesinin de bir önemi yoktur<sup>48</sup>. Fakat yasada bir suçun işlenmesinden bahsedildiği için kabahatler ve disiplin eylemlerinin madde kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Kabahat ve disiplin eylemlerinin yaptırımı bağlandığı bir hareketin ardından başkasına ait kimlik veya kimlik bilgileri kullanılırsa 268. maddede yer alan suç oluşmayacaktır. Çünkü bu eylemler suç olarak değerlendirilmez ve kişi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmaz<sup>49</sup>. Örneğin kamu görevlisi göreviyle bağlantılı olarak yolda durdurduğu ve kimlik sorma işlemini gerçekleştirdiği sırada, kişi bu bilgiyi vermektan kaçınırsa, Kabahatler Kanunu 40. maddesi uyarınca “kimliğini bildirmeme” kabahati oluşur. Yargıtay kararında da bu durum vurgulanmaktadır. Nitekim, Yarg. 4. CD., 6.7.2009 tarih ve 16865/13334 sayılı kararında, “...sürücü belgesi bulunmayan sanığın, trafik kontrolü sırasında Engin T. isimli kişi adına düzenlenen sürücü belgesine kendi fotoğrafının yapıştirılması suretiyle elde edilen ve işgal kabiliyetini haiz olduğu saptanan sürücü belgesini sunması biçimindeki eylemi nedeniyle TCK'nın 204/1. maddesi uyarınca sahtecilik suçunun yanı sıra, sahte sürücü belgesinde adı geçen kişi hakkında aracın farının bozuk olması nedeniyle trafik cezasına esas olmak üzere tutanak düzenlenmiş olmasına göre, her ne kadar gerçekte var olan bir kimseye ait bilgiler kullanılmış ise de, TCK'nın 268. maddesinde öngörüldüğü haliyle ortada kabahatin ötesinde soruşturma ve kovuş-

<sup>45</sup> **Erol, Haydar**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s. 2763-2764.

<sup>46</sup> “Sanık hakkında iki kez nitelikli yağma, iki kez kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve 6136 sayılı Yasaya muhalefet suçlarından kurulan hükümlerin temyizen incelenmesinde; ... hükümlerin onanmasına, ...basit cinsel saldırı ve resmi belgenin düzenlenmesi sırasında yalan beyanda bulunmak suçlarından kurulan hükümlerin temyizen incelenmesinde ise; işlediği suçlar nedeniyle aranan, yanında kimlik taşımayan ve kolluk güçlerince yakalanması üzerine kendisini dosyadaki nüfus kaydına nazaran gerçekten var olduğu anlaşılan Ö. K. olarak tanıtan sanığın eyleminin TCK'nın 268. maddesinde belirtilen başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 206. maddesi ile hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 5.CD. 21.2.2011, 11259/1096 sayılı kararı.)

<sup>47</sup> **Evik, Vesile Sonay**, Suçluyu Kayırma Suçu, Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 733.

<sup>48</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7880.

<sup>49</sup> **Gündel**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, s. 5170.

*turma yapılmasının engellenmesi amaçlanan bir suç bulunmaması karşısında eylemin TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen yalan bildirimde bulunma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, uygulama yeri bulunmayan aynı yasanın 268. maddesinin yollamasıyla 267/7. madde ve fıkrası uyarınca hükümlülüğüne karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”* denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır.

İşlenmiş bir suç olmadan TCK m. 268'de yer verilen suçun meydana gelmesi mümkün değildir. Eğer fail işlemediği bir suç sebebiyle başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanırsa 268. maddede yer alan suç tipi değil, 206. maddede yer alan yalan beyanda bulunma suçu oluşur<sup>50</sup>. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda “Suçu ve suçluyu övme” başlıklı 215. maddede “işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimsenin...cezalandırılacağı” ifade edilmiştir. Bu suç tipinin gerekçesinde de belirtildiği üzere suçun oluşması için, failin işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmesi gerekmektedir. Tıpkı TCK'nın 215. maddesinde yer alan düzenlemede olduğu gibi inceleme konumuz olan suç tipinde de işlenmiş bir suçun varlığı şarttır.

Tipe uygun eylemin tanımı kanunun metninde bu şekilde yapılmaktadır. Fakat Ünver, yasada kullanılan “işlediği suç nedeniyle” teriminin yerinde olmadığını belirterek bunun yerine “bir suçu işlediği iddiasıyla” veya “bir suçu işlediğinden kuşkulandırılması nedeniyle” terimlerinin kullanılması gerektiğini ifade ederek bir suçun işlenmesinin şart olmadığına vurgu yapmaktadır<sup>51</sup>.

Kişi işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanır, ancak daha önce işlediği suç nedeniyle soruşturma evresinde hakkında yeterli delile ulaşamadığı gerekçesiyle (CMK m. 172) kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilirse (takipsizlik), ya da işlediği suç nedeniyle kamu davası açılarak kovuşturma evresinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı (CMK m. 231) verilirse, hüküm ne kadar süreyle geri bırakılmışsa o süre zarfında durma kararı verilmesi gerekmektedir. Eğer işlediği suç nedeniyle kovuşturma evresinde beraat kararı (CMK m. 223) verilirse bu takdirde de 268. madde bakımından düşme kararı verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kişi bu hallerde başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçundan ötürü cezalandırılmayacaktır. Fakat TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluştuğunu söyleyebiliriz.

Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, kişi Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesi gereğince kumar oynadığı takdirde yüz Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılır. Kişi kumar oynamanın suç olduğunu zannederek hakkında bir soruşturma yapılmasını engellemek amacıyla arkadaşına ait kimlik bilgilerini kullan-

<sup>50</sup> **Yenidünya**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2842-2843.

<sup>51</sup> **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s. 111.

sa, bu takdirde TCK'nun 268. maddesinde yer alan suç oluşmaz. Çünkü burada işlenmiş bir suçtan bahsedilmez. Ancak TCK'nun 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluştuğunu söyleyebiliriz. Oysa daha önce işlenmiş bir suçun varlığı ortada ise bu suç hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla hareket edilirse TCK'nun 268. maddesinde yer alan suç meydana gelir.

TCK'nun 268. maddesinde yer alan suç niteliği itibariyle serbest hareketli bir suçtur<sup>52</sup>. Kanun koyucu suçun oluşması için herhangi bir hareket şekli tayin etmemiştir. Ayrıca suç, sırf hareket suçu niteliğindedir ve bir neticenin gerçekleşmesi şart kılınmamıştır<sup>53</sup>.

## B. Fail

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun faili herkes olabilir. Burada failin özel bir sıfatının bulunmasına gerek yoktur<sup>54</sup>. Fakat failin şüpheli<sup>55</sup> ya da sanık<sup>56</sup> konumunda olması gerekmektedir<sup>57</sup>. Dolayısıyla ceza muhakemesinde, soruşturma ve kovuşturma evlerinde şüpheli veya sanık konumunda olan kişilerin bu suçun faili olduğunu belirtmemiz gerekir. Şüpheli veya sanık konumunda olan kimse hakkında yargılama yapılır ve bu yargılamanın sonucunda kişi hakkında mahkûmiyet kararı çıkarsa bu madde hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>58</sup>. Çünkü bu kimsenin sıfatı artık hükümlüdür.

## C. Konu

TCK m. 268'de yer alan suçun konusunu "*başkasına ait kimlik veya kimlik bilgileri*" oluşturmaktadır. Başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma suçu niteliği itibariyle tehlike suçudur. Suçun ortaya çıkması için ayrıca bir zararın varlığına ihtiyaç duyulmaz<sup>59</sup>. Failin başkasına ait kimlik bilgilerini kullanmasıyla birlikte suç tamamlanmış olur. Ayrıca bir neticenin gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur.

<sup>52</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 108.

<sup>53</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7880.

<sup>54</sup> Meran, Hakaret – İftira, s. 353; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4244; Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 109.

<sup>55</sup> Şüpheli, CMK m. 2(a)'da; "soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>56</sup> Sanık, CMK m. 2(b)'de; "kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>57</sup> Yenidünya, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2825.; Koçer, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.174; Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7880.

<sup>58</sup> Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 4634; Koçer, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s. 174.

<sup>59</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s.7880.

Konu bakımından yapılan ayrıma göre suç, soyut tehlike suçudur. Hakimın tehlikenin varlığını araştırmasına gerek yoktur<sup>60</sup>. Başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma suçunda kişinin kullandığı kimlik veya kimlik bilgilerinin başkasına ait olması yeterlidir.

#### D. Mağdur

İnceleme konusu suç tipinde suçun mağduru kimliği veya kimlik bilgileri kullanılan gerçek kişidir. Suçtan zarar gören ise adli makamlar olup, fail adli makamların işlerini yavaşlatmakta ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olmaktadır<sup>61</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>62</sup>. Eğer masum olan bir kimsenin kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması söz konusu olursa kimlik bilgileri kullanılan şahıs da geniş anlamda suçun mağduru olur<sup>63</sup>. Fakat bu kimsenin gerçek ve yaşamakta olan bir kimse olması ve hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilecek durumda olması gerekmektedir<sup>64</sup>.

Ceza yargılaması sonucunda kişi hüküm giymiş ve kesinleşen hükmün infazından kaçmakta ise kaçan kimse başkasına ait bir kimliği veya kimlik bilgisini kullanırsa bu suçun faili olamaz. Çünkü soruşturma ve kovuşturma evresinden bahsedildiği için infaz aşamasında artık bir kovuşturmadan bahsedemeyiz<sup>65</sup>.

#### E. Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılmasından bahsedildiği için TCK'nın 269. maddesinde yer alan nitelikli unsurların inceleme konumuz olan suç tipine de uygulanması gerekmektedir<sup>66</sup>.

İftira suçunda yer alan nitelikli unsurlardan, 2. fıkrada yer alan fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunulmuşsa<sup>67</sup>, 3. fıkrada yer alan yüklenen

<sup>60</sup> Ünver, Adliyyeye Karşı Suçlar, s.108. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s.4634.

<sup>61</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s.7880.

<sup>62</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.308.

<sup>63</sup> Koçer, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.175; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4244.

<sup>64</sup> Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s.4634.

<sup>65</sup> Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s.4636.

<sup>66</sup> Ünver, Adliyyeye Karşı Suçlar, s.117.

<sup>67</sup> "5237 sayılı TCY.nın 267/2. maddesinde öngörülen düzenlemenin, iftira suçunda ilgili kişiye yüklenen eylemin maddî eser ve delillerine ilişkin olduğu ve sanığın başkasına ait ticari taşıt kullanma belgesini, soruşturma sırasında, kendisininmiş gibi ibraz etmesinin, aynı Yasanın 268. maddesinde tanımlanan suçun maddî ögesini oluşturduğu gözetilmeden, sanığa verilen cezanın bu gerekçe ile artırılması," (Yarg. 4.CD., 28.5.2007, 3350/5014 sayılı kararı.)

fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, 5. fıkra da yer alan mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, 6. fıkra da yer alan mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, 7. fıkra da yer alan mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa, fail hakkında başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun temel şekline göre daha ağır cezayı gerektirecek şekilde yukarıda sayılan nitelikli unsurların uygulanması gerekmektedir<sup>68</sup>.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda yer alan nitelikli unsurlar iftira suçunun yapısı göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Nitelikli haller düzenlenirken iftira suçunun temel şekli üzerinden faile verilecek cezada bir artırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla iftira suçuna ilişkin nitelikli hallerin inceleme konumuz olan suç tipine ne şekilde uygulanacağını yasada açıkça düzenlenmesi yerinde olurdu.

## 2. Manevi Unsur

TCK'nın 268 inci maddesinde yer alan suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Burada suçun oluşmasında failin belirli bir amaç doğrultusunda hareket etmesi koşulu aranır. Yani failin soruşturmayı veya kovuşturmayı engellemek amacıyla hareket etmesi şarttır<sup>69</sup>. Şüpheli veya sanık başkasına ait kimlik bilgilerini kullanarak kendisini adli makamlardan (soruşturma-kovuşturma makamları) kurtarma amacıyla hareket etmektedir<sup>70</sup>.

Bu suç bakımından genel kastın varlığı yeterli olmayıp failin başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayı engellemek amacıyla kullanması gerekir<sup>71</sup>.

## 3. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen ve tüm hukuk sistemine aykırı bir durumdur<sup>72</sup>. İnceleme konumuz olan suç tipinde önem arz

<sup>68</sup> **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s. 4244.

<sup>69</sup> **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.986; **Koçer**, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.176.

<sup>70</sup> **Yenidünya**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), s. 2841.

<sup>71</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7884; **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s. 4244; **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4637.

<sup>72</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 396; **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, 3. Baskı, s.251; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 239.

eden hukuka uygunluk sebebi “*kanun hükmünün yerine getirilmesi*”dir (TCK m. 24/1). Bunun dışında meşru savunma, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç bakımından uygulama alanı bulması olanaklı görünmemektedir<sup>73</sup>.

TCK m. 268 bağlamında değerlendirilebilecek olan kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedenine CMK’unda düzenlenen “*gizli soruşturmacı*” koruma tedbiri örnek olarak verilebilir. Buna göre, CMK’nun 139. maddesinde yer alan katalog suçlar arasında yer almak şartıyla soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri “*gizli soruşturmacı*” olarak görevlendirilebilir. Görevlendirilen soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur. İşte bu durumda gizli soruşturmacı işlediği suç nedeniyle kendine özgü kimlik bilgilerinin ortaya çıkmaması adına başkasına ait kimlik veya kimlik belgelerini kullanırsa kanun hükmünü yerine getirdiği için suçun oluştuğunu söyleyemeyiz<sup>74</sup>.

## VI. Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, TCK’da suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan, kanun koyucunun öngörmüş olduğu suçlarda uygulama alanı bulan (TCK’nın genel hükümleri arasında yer almayan) ve failin cezasını kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık sebebidir<sup>75</sup>. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda TCK’nun 269. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu hususta iftira suçunun temel şeklinde, başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılması suçunu düzenleyen maddelerde ve etkin pişmanlık hükümlerinin yer aldığı kısımda net bir hüküm yer almamaktadır. İnceleme konumuz olan TCK m. 268’de yer alan suçun cezasının, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre verileceği belirtildiğinden iftiraya yapılan göndermeyle 269. maddede yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin 268. maddeye de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s.114.

<sup>74</sup> Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 114-115.

<sup>75</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 613. Centel, Nur- Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem Yenerer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2011, s. 464; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı İstanbul 2011, s. 379; Koca, Mahmut-Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 385; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 429.

<sup>76</sup> Parlar- Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s. 3874; Meran, Hakaret- İftira, Ankara 2009, s. 216.

TCK'nun 268. maddesinde failin iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buradan çıkan sonuçla iftira suçuna özgü bir yapıya sahip olan etkin pişmanlık hükümlerinin 268. madde bakımından da uygulanması gerektiği söylenebilir. Fakat doktrinde sadece yaptırım konusunda bir atfın söz konusu olduğu ve tıpkı daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde olduğu gibi etkin pişmanlık hükümlerinde de iftira suçu için öngörülmüş olan hükümlere gitmenin yerinde olmayacağı belirtilmektedir<sup>77</sup>.

Kanaatimizce iftira suçu için öngörülmüş olan ve ayrıntılı bir düzenlemeye sahip 269. maddede yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçu bakımından da uygulanması gerekir. Çünkü 268. maddede yer verilen göndermede iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırma yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu cezalandırmanın kapsamına 269. maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri de dâhildir<sup>78</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında da başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda 269. maddede belirtilen etkin pişmanlık hallerinden biri gündeme gelirse failin cezai sorumluluğu ya azalmalı ya da tamamen kalkmalıdır<sup>79</sup>. Etkin pişmanlık hükümleri olarak belirtilen haller; failin mağdur hakkında adli veya idari soruşturma başlamadan önce, iftirasından dönmesi hâlinde, hakkında iftira suçundan dolayı verilecek cezanın beşte dördü<sup>80</sup>, mağdur hakkında kovuşturma başlamadan önce, iftiradan dönmesi hâlinde, cezanın dörtte üçü indirilerek cezaya hükmolunur. Etkin pişmanlık mağdur hakkındaki hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi, mağdurun mahkûmiyetinden sonra gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı, hükmolunan cezanın infazına başlanması hâlinde ise verilecek cezanın üçte biri indirilebilir<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4637; **Koçer**, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.175.

<sup>78</sup> **Yaşar –Gökcan –Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7886; **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s. 117.

<sup>79</sup> “Başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma suçunda; sanığın görevli polis memurlarına bildirdiği bir kişi olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre, belirtilen kimlik bilgilerinin; gerçekte var olan bir kişiye ait olduğu belirlenirse Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması suçundaki gönderme ile iftira gerçek bir kişiye ait olmadığı saptandığı takdirde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu kapsamında hüküm kurulacağı dikkate alınmalıdır. Görevlilere karakolda henüz hiçbir araştırmaya başlanmadan gerçek kimlik bilgilerini veren sanık hakkında, TCY.nın 269.maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi hukuka aykırıdır.” (**Yarg. 4.CD. 16.11.2011, 22494/21330 sayılı kararı.**)

<sup>80</sup> Sanığın, izinsiz silah taşıma suçu nedeniyle yakalanması üzerine, kardeşi olan mağdurun kimlik bilgilerini bildirmesi eyleminde mağdur hakkında herhangi bir soruşturma başlamadan önce gerçek kimliğini bildirerek iftiradan döndüğünün anlaşılması karşısında, TCK'nın 269/1 .maddesi gereğince cezadan 4/5 oranında indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, (**Yarg. 4.CD., 16.04.2008, 10884/7055 sayılı kararı.**) Karar için bkz: **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s.7887.

<sup>81</sup> İftira suçu bakımından öngörülmüş olan etkin pişmanlık hükümlerinin başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçunda da uygulanabileceğine dair Yargıtay kararında; olay tarihin-

İftiranın konusunu oluşturan ve yetkili makamlara bildirilen hukuka aykırı fiilin sadece idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylem olması hali (TCK m. 269/4) 268. maddeye uygulanmaz. Çünkü bu hal idari bir yaptırımdan bahsetmektedir. Oysa TCK'nın 268. maddesinde yer alan düzenleme, "işlediği suç nedeniyle" ifadesine yer vererek idari yaptırımlar yönünden cezalandırmanın önünü kapamıştır.

## VII. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçu sırf hareket suçu niteliğinde bir suçtur. Dolayısıyla başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılmasıyla suç tamamlanır. Fakat icra hareketleri henüz tamamlanmamışsa suça teşebbüs mümkündür<sup>82</sup>. Örneğin kişi, hakkında devam eden soruşturmayı engellemek amacıyla, yapmış olduğu kazanın ardından başkasına ait kimlik bilgilerini kullanacakken eşi ona müdahale etse ve "Bu söylediğin adam da kim? Senin ismin şu değil mi?" dese burada suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir<sup>83</sup>.

Suçun ani bir suç olma özelliğini ileri sürerek neticesi harekete bitişik olduğu için teşebbüse elverişli olmadığını ifade edenlerde bulunmaktadır<sup>84</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, ancak icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüsten bahsedilebilir.

de şüpheli hareketlerinden dolayı kolluk görevlilerince esrar maddesi ile yakalanan hükümlünün gerçekte var olan kardeşi Yılmaz'ın kimlik bilgilerini bildirmek suretiyle, kimliği hakkında resmi mercilere yalan beyanda bulunmak olarak belirlenen eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 268/1. maddesi yollamasıyla 267/1. maddesi kapsamında kaldığı, yeni TCK'nın 206. maddesinin bildirilen kimlik bilgilerinin gerçekte var olmayan kişilere ait olması halinde uygulanabileceği, bu nedenle hükümlünün eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 343/2. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 267/1 ve kovuşturma evresinde hükümden önce iftiradan dönülmesi nedeniyle 269/3-a maddelerinin karşılaştırılması suretiyle lehe sonuç doğuran 5237 sayılı Yasaya göre hüküm kurulması gerekirken 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesine aykırı şekilde 765 sayılı Yasanın 343/2. maddesiyle hüküm kurulması isabetsiz olup yasa yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce bu nedenle yerinde bulunduğundan Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 24.02.2006 gün 2004/236 esas, 2006/86 sayılı kararının bozulmasına, mahkemenin kabulü ve takdiri gözetilerek hükümlünün eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 268/1. maddesi yollamasıyla 267/1 maddesine göre 1 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, kovuşturma aşamasında hükümden önce iftiradan dönmesi nedeniyle cezası aynı yasanın 269/3-a maddesi uyarınca 2/3. oranında indirilerek 4 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, 5237 sayılı Yasanın 53/2. maddesi uyarınca hükümlünün hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar aynı yasanın 51/1. maddesinde sayılan hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına, hükümdeki diğer hususların aynen yerinde bırakılmasına, infazın bu ceza miktarı üzerinden yapılmasına, dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına iadesine, (Yarg. 11.CD., 18.10.2006, 5715/8294 sayılı kararı.)

<sup>82</sup> Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 993.

<sup>83</sup> Yaşar-Gökçen-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7884.

<sup>84</sup> Meran, Hakaret- İftira, s. 216; Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 117.



## 2. İştirak

İştirak bakımından bu suç tipi bir özellik arz etmez ve iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır. Dolayısıyla bu suç tipine yönelik müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettirme veya yardım etmeye ilişkin iştirak halleri uygulanabilir<sup>85</sup>.

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçuna bizzat kimlik sahibi olan kimsenin azmettirmesi de söz konusu olabilir. O halde kişi suça azmettirmeden sorumlu tutulur. Eğer fail başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanarak, mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olursa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

## 3. İçtima

İnceleme konusu suç tipinde suçların içtima yönünden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Fail başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini bir fiilin icrası kapsamında birden fazla kullanırsa zincirleme suç hükümleri gereğince tek cezaya hükmedilir<sup>86</sup>. Yani fail işlemiş olduğu bir suçun soruşturma ve kovuşturmasını engellemek amacıyla, başkalarına ait kimlikleri veya kimlik bilgilerini kullanırsa zincirleme suç hükümleri doğrultusunda tek cezaya hükmedilir. Fakat cezasında dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırım yapılır. Eğer kişi işlemiş olduğu birden fazla suçtan ötürü hakkında yürütülen her soruşturma bakımından aynı kişinin kimlik bilgilerini kullanırsa burada da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>87</sup>.

Madde metninde soruşturma ve kovuşturma evrelerinden bahsedildiği için bu evrelerde duruma göre birden fazla yetkili makam bulunabilmektedir. Dolayısıyla soruşturma evresinde kolluk tarafından ifade alınır ve daha sonra savcı tarafından da ikinci defa ifade alma zarureti ortaya çıkarsa ve bu iki aşamada da fail başkasına ait kimlik bilgilerini kullanırsa suçun bir kez işlendiğini belirtmemiz gerekir. Burada hukuki anlamda tek fiil söz konusu olduğu için tek cezaya hükmedilecektir.

Kişi, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde kimliği konusunda yalan söylese resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu, eğer verilen yalan bilgi masum olan üçüncü bir kişiye aitse bu takdirde başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini verme suçu oluşur. Dolayısıyla hem yalan söylenir hem de başkasının kimlik bilgileri kullanılırsa farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44) hükümlerinin uygulanması söz konusu olur<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s.118-119; **Parlar-Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s.4360; **Meran**, Hakaret – İftira, s. 358.

<sup>86</sup> **Koçer**, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.175.

<sup>87</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7884.

<sup>88</sup> **Artuk- Gökcen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 976.

Burada genel norm-özel norm ilişkisinden yola çıkılarak özel norm hükümlerinin uygulanması gerekir. Fail işlediği bir suç sebebiyle soruşturma veya kovuşturmadan kurtulmak amacıyla kamu görevlisine yalan beyanda bulunursa özel norm niteliğinde olan 268. maddeye göre kişinin sorumlu tutulması gerekir<sup>89</sup>. Fail yalın olarak işlemediği bir suçla ilgili olarak hakkında düzenlenecek bir belgede yalan beyanda bulunursa 206. maddeye göre sorumluluk doğacaktır.

İçtima konusunda belgede sahtecilik suçunda karşımıza çıkan gerçek içtima hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin, fail başkasına ait olan pasaportu kullanarak, bu kişiye ait bilgileri işlediği suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturmaya uğramamak amacıyla yetkili makamlara beyanda bulunursa yalnızca 268. maddede yer alan suç oluşur. Burada artık 206. maddede yer alan kamu görevlisine yalan beyanda bulunma suçunun oluştuğu söylenemez. Fakat kişi başkasına ait pasaportu ele geçirir ve o pasaport üzerinde değişiklik yaparsa, daha sonra hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturmayı engellemek amacıyla pasaporttaki bilgileri kullanırsa hem belgede sahtecilik suçundan hem de başkasına ait kimlik bilgilerini kullanma suçundan sorumlu tutulması gerekir (TCK m. 212)<sup>90</sup>.

Eğer başkasına ait olan kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılmasıyla, o kimlenin tutuklanmasına ya da gözaltına alınmasına sebebiyet verilirse, o halde failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da sorumlu tutulması gerekir. Fail her iki suçtan da ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır (TCK m. 267/4)<sup>91</sup>.

Son olarak başkasına ait kimlik bilgileri kullanılırken gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu için burada Kabahatler Kanunu hükümleri de gündeme gelecektir. Fakat bir fiil hem suç hem de kabahat oluşturuyorsa bu takdirde Kabahatler Kanunu'nun 15/3 hükmü gereğince sadece suç teşkil eden davranıştan ötürü kişinin cezalandırılması gerekmektedir.

### VIII. Muhakemeye İlişkin Kurallar (Soruşturma, Kovuşturma Usulü, Yaptırım ve Zamaşımı)

TCK'nın 268. maddesinde düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlı değildir. Cumhuriyet Savcılığı bu suçun soruşturmasını ve kovuşturmasını genel hükümler çerçevesinde re'sen gerçekleştirir<sup>92</sup>. Burada şikâyet koşulunun aranmamasındaki temel gerekçe kanaatimizce suçla korunan hukuki değerle ilgilidir. Çünkü adli makamları koruma gerekliliği, şikâyet şartını ortadan

<sup>89</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7880; Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 118.

<sup>90</sup> Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4637; Yaşar-Gökcan-Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 7880.

<sup>91</sup> Koçer, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, s.175.

<sup>92</sup> Meran, Hakaret – İftira, s. 360; Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 119; Parlar- Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt, s. 4245; Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4638.

kaldırmıştır. Kovuşturma evresinde yetkili mahkeme ise 5235 Sayılı Kanun hükümleri gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir.

268. maddenin metnine bakıldığında da başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanan kişinin, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir. İftira suçunun cezası ise bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. İftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırmanın kanun metninde de açıkça yer alması sadece 267'nci maddenin temel şeklinin değil, diğer fıkralarda öngörülen hükümlerinde (*ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile etkin pişmanlık*) TCK m. 268'e uygulanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Kanun koyucunun madde metninde iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırmanın yanı sıra nitelikli unsurlar ve etkin pişmanlık hükümleri hakkında da açık bir düzenlemeye yer vermesi yerinde olurdu.

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda, suç için öngörülen dava zamanasını TCK'nun 66/1-(e) maddesine göre sekiz yıl, ceza zamanasını ise 68/1-(e) uyarınca on yıldır.

### **IX. Ceza Mahkûmiyetine Engel Teşkil Eden Kurumlar**

Mahkeme yapmış olduğu yargılama sonucunda sanığa yüklenen suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına hükmetmişse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK m. 231). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda da kanun koyucu iftira suçuna yapılan göndermeyle bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla belirtilen yıl aralıkları dikkate alındığında diğer şartlar da yerine getirilmişse hükmolunan cezanın geri bırakılması mümkün olacaktır.

Ayrıca işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir (TCK m. 51). Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda da kanun koyucu bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla belirtilen yıl aralıkları dikkate alındığında hükmolunan cezaya ilişkin erteleme diğer şartları da sağlanmışsa ceza ertelenebilecek ve verilen cezanın infaz edilmiş sayılması mümkün olacaktır.

## X. Sonuç

Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu TCK'nda "Adliye Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiş olup, korunan hukuki değer bağlamında da adli makamların korunmak istendiği görülmektedir. Adli makamların sağlıklı bir soruşturma ve kovuşturma yürütmesi adına suç işleyen veya suç işlediği iddia edilen kişinin kendi kimlik bilgileri hakkında bilgi vermesi son derece önemlidir. Belirtmek gerekir ki, kişinin susma hakkına getirilen tek istisna kimliğine ilişkin yaptığı açıklamalardır.

Suç tipinde TCK'nun 267. maddesine gönderme yapılarak, failin iftira suçuna göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Buradan çıkan sonuçla başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun iftira suçunun özel bir şekli olduğu da ifade edilmektedir. Fakat her iki suçun maddi ve manevi unsurları başta olmak üzere 267. maddede yer alan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlarla 269. maddede yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin inceleme konumuz olan suç tipine uygulanması bakımından kanunda açık hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca zamanaşımı bakımından da hangi sürelerin dikkate alınması gerektiği problem oluşturmaktadır. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunda iftira suçuna gönderme yapıldığı için zamanaşımı süresinin de kimliği veya kimlik bilgileri kullanılan üçüncü kişi konumundaki mağdur tarafından bahse konu fiilin işlenmediğinin sabit olduğu tarihten itibaren başlaması gerekmektedir.

İnceleme konumuz olan suç tipinde, yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda işlenmiş bir suç olmadan, TCK m. 268'de yer verilen suçun meydana gelmesinin mümkün olmayacağını ifade etmiştik. Çünkü kanunda yer alan tipe uygun eylemin tanımı bu şekilde yapılmaktadır. Fakat Ünver, yasada kullanılan "işlediği suç nedeniyle" teriminin yerinde olmadığını belirterek bunun yerine "bir suçu işlediği iddiasıyla" veya "bir suçu işlediğinden kuşkulandırılması nedeniyle" terimlerinin kullanılması gerektiğini ifade ederek haklı bir eleştiri getirmektedir. Kanaatimizce bu düşünce yerindedir. Kanun koyucu, hakkında kesin hüküm olmayan kimselere de bu maddeye göre ceza verilmesi gerektiğini düşünmüş olmalıdır. Nitekim yukarıda yaptığımız açıklamalarda da Yargıtay uygulamaları bakımından kişinin daha savunmasını yaptığı esnada dahi başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması hali bu maddeye göre cezalandırmayı yerinde görmüştür.

Son olarak ifade edelim ki, bu suç tipinde korunan hukuki değer göz önüne alındığında, suçun adliye karşı suçlar arasında değil de resmi makamlara yapılan bir bildirim başkasına ait kimlik veya kimlik bilgileri üzerinden yapıldığından bahisle belgede sahtecilik suçları arasında ayrı bir suç tipi olarak ya da resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun içerisinde yer verilmesi daha yerinde olurdu. Çünkü başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçunun yaptırım yönünden yapılan atıf dışında iftira suçu ile ilgisi bulunmamaktadır.

### KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2011.
- Centel, Nur- Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem Yenerer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2011.
- Centel, Nur- Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- Erol, Haydar**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007.
- Evik, Vesile, Sonay**, Suçluyu Kayırma Suçu, Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010.
- Gökçen, Ahmet**, Suç Tasnii ve Kendi Kendini İtham Cürümleri, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, İstanbul 2000.
- Gözübüyük, A. Pulat**, Adliyeye Karşı Cürümler, Adliye Dergisi, Yıl 1969, Sayı 8.
- Gündel, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Cilt, Ankara 2009.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2011.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Kalyan, Keskin**, Adliyeye Karşı Suçlar 5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu, <http://www.Ceza-Bb.Adalet.Gov.Tr/Makale.Htm>, Erişim T.09.03.2012.
- Koca, Mahmut- Üzülmöz, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Koçer, Seçkin**, Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu, [www.yayin.adalet.gov.tr](http://www.yayin.adalet.gov.tr), Erişim t.03.03.2012.
- Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2007.
- Meran, Necati**, Hakaret- İftira, Ankara 2009.
- Meran, Necati**, Açıklamalı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar, Ankara 2007.
- Özbek, Veli Özer- Kanbur, Nihat- Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar- Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Kırıt, Yasemin Saygılar-Özaydın, Özdem- Erdem Efser**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012.
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010.
- Selçuk, Sami**, "Köşe Yazısı", <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/-dil-yargilamay-i-etkileme-suclari-i-haber-120304.htm>, Erişim t. 03.12.2012.

- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancakdar, Oğuz- Önok, Murat Rifat**, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Ankara 2012.
- Ünver, Yener**, Adliyeye Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Ankara 2010.
- Yenidünya, A.Caner**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269), Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl:3, Sayı:32.
- Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı İstanbul 2011.

# İDARİ YARGI'DA HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN DENETLENMESİ

*(Review of the Judicial Discretion in Administrative Justice)*

Hulusi Alphan DİNÇKOL\*

## ÖZET

Günümüzde denetimsiz bir takdir yetkisinden söz etmek olanağı bulunmamaktadır. Doğal olarak idarenin takdir yetkisini denetleyebilen hâkimin, kendi takdir yetkisini kullanma şekli de bir başka hâkim ya da hâkimler grubunca denetlenecektir. “Hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olmak”, “yerindelik denetimi yasağı” ve “hâkimin idarenin yerine geçerek karar oluşturma yasağı” takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, idari yargı hâkiminin yetkisinin sınırıdır. Hukukumuz açısından ise, denetim organı durumundaki Danıştay’ın işin hukuksal yönüne bakacağı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda belirtilmiştir. Danıştay’ın denetiminin amaca uygun olması için, bozma kararlarında hâkimlere yön verici nitelikte gerekçe gösterilmesi gereklidir.

**Anahtar kelimeler:** İdarenin takdir yetkisinin denetlenmesi, Hukuka uygunluk denetimi, Yerindelik, Gerekçe.

## *Abstract*

In recent times, the opportunity to mentioned about an uncontrolled discretion power cannot be found. Naturally, a judge who can review over the discretion of administration, has a discretion power which would be reviewed by another judge or a group of judges. In accordance to determine administrative proceedings which are established with administrative discretion to the compliance of the law, the limits of the discretion power which belongs to a judge of the administrative jurisdiction are “being limited with compliance audit with laws”, “prohibition of expediency audit” and “prohibition of decision making by the judge instead of the administration”. In terms of our law, the Code of Procedures of Administrative Jurisdiction states that Danıştay which is an auditing organ of administrative jurisdiction, must just control issues in law perspective. In accordance to the suitability between the purpose and audit of

\* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Danıştay, it is necessary to show justification which is guiding judges in making the decision of reversal.

**Keywords:** Judicial review of administrative discretion, Compliance audit with laws, Expediency, Justification.

## I. GİRİŞ

İdarenin serbest hareket edebilme, karar alabilme yetkisi olarak da tanımlanabilen idari takdir, idareye dilediği gibi keyfi şekilde değil, işin gereğini takdir etme suretiyle hareket etme serbestisi vermektedir. Takdir yetkisinde, kanuni idare ilkesi ile kamu menfaatine hareket serbestisi uzlaştırılmaya çalışılmaktadır. İşte bu noktada muhtemel keyfilikler önlemek bakımından yargısal denetim zorunlu olarak ortaya çıkmaktadır.

İdarenin takdir yetkisi yargı denetimine tabi olduğu gibi, hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi açısından hâkimin takdir yetkisi de bir üst yargı yeri tarafından denetlenmektedir.

Yargısal denetim sırasında idare mahkemesi hâkiminin de, karar verme sürecinde kullandığı ve takdiri dediğimiz yetkisini, keyfilikten uzak, ancak yasanın serbest bıraktığı alanda veya çizdiği daire içinde, ülkenin yasaları ile belirlenen sınırlar dahilinde ve göreve uygun biçimde kullanabildiğini görüyoruz. Bu açıdan hukuk devleti olgusunun, idarenin keyfi davranmama ilkesi şeklinde somutlaşması olduğunu ifade ederken; aynı şekilde hâkimin karar verme süreci içinde keyfi davranmama ilkesi şeklinde de somutlaştığını söyleyebiliriz.

## II. İDARİ YARGI KARARLARINDA ÜST DENETİM

Yürütme organının eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda iki sistem uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi, bu denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Amerikan ülkelerinde uygulanan yargı birliği sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır ve devletle fert arasındaki hukuki uyuşmazlıklar, tıpkı fertler arasındaki hukuki uyuşmazlıklar gibi bu yargı organlarınca, yani genel mahkemelerce çözülür. İkinci sistemde ise yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümü, genel mahkemelere değil, özel bir takım yargı kuruluşlarına, yani idare mahkemelerine bırakılır. “İdari yargı” adı verilen bu sistem, Fransa’da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır. Türkiye’de de yüzyılı aşkın bir süredir bu sistem uygulanmaktadır<sup>1</sup>.

Anayasa Mahkemesi, bir kararında adli ve idari yargının görev ayrımı ile idari yargı sistemine ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

<sup>1</sup> Abdullah Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 28. Bası, Ankara 2009, s.3-17. Halime Hacıoğlu, “*Türk Hukukunda Yargı Denetimi Dışında Tutulan İdari İşlemler*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s.16.



“(…) Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da adli ve idarî yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa’nın 125 maddesinin birinci fıkrasında, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” 140. maddesinin birinci fıkrasında, “Hâkimler ve savcılar adli ve idarî yargı hâkim ve savcuları olarak görev yaparlar”; 142. maddesinde “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, “Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” biçimindeki düzenlemeler idarî-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Belirtilen nedenlerle kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa’nın yürütme bölümünde yer alan 125 nci maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idarî yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa’nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa’nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125 nci maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir.”<sup>2</sup>

Türk idari yargılama sisteminde iki ana yargılama dalı bulunmaktadır. Bunlardan birisi askeri idare yargılama dalı olup, ilk derece mahkemesi olmayan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yargılması gerçekleştirilmektedir. Diğeri ise idari yargılama altında örgütlenmiştir.

İlk derece mahkemelerini idare ve vergi mahkemeleri oluşturmaktadır. İdare ve vergi mahkemelerinin kurul olarak verdiği kararlara karşı temyiz yolu ile Danıştay’a, tek hâkimle verdikleri nihai kararlara karşı da itiraz yolu ile bölge idare mahkemelerine başvurma olanağı vardır.

<sup>2</sup> AMK., T.08.10.2002, E.2001/225, K.2002/88 (R.G. 26.2.2003, 25032).

Danıştay ise bazı davalarda ilk derece mahkemesi sıfatı taşısa da ağırlıklı temyiz mahkemesi niteliğindedir. Çalışmanın konusunu idari mahkeme hâkiminin takdir yetkisi oluşturduğu için, askeri idari yargı konu dışında bırakılmış ve sadece Danıştay ele alınmıştır.

İdari yargı sistemimiz, Fransa'dan farklı olarak dayanağını Anayasa'dan almaktadır<sup>3</sup>. Kuruluş yönünden idari yargı yerleri, Danıştay tipi sistemde örgütlenmiştir. Danıştay, hem idari görevleri hem yargısal görevleri olan, en üst idari yargı denetim organı olarak belirlenmiştir. Anayasanın 155. maddesine göre “*Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*”

Danıştay Kanunu'nun 23. maddesine göre de Danıştay, yargı denetim organı olarak,

“*a) İdare Mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz istemlerini inceler ve karara bağlar.*

*b) Bu Kanunda yazılı idari davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar.*”

2576 sayılı “*Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*” un<sup>4</sup> yürürlüğe girişinden önce sadece ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Danıştay, 2576 sayılı Kanundan sonra ağırlıklı olarak temyiz mahkemesi haline gelmiştir. Kanunun 8/a maddesiyle Bölge İdare Mahkemelerine verilen,

“*Yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemelerinde tek hâkim tarafından 7'inci madde hükümleri uyarınca verilen kararları itiraz üzerine inceler ve kesin olarak hükme bağlar.*”

şeklindeki görev çerçevesinde de itiraz makamı sadece Bölge İdare Mahkemeleri olmuştur.

Bir temyiz mahkemesi sıfatıyla Danıştay, idari yargı hâkimlerinin, idari tasarruflara ilişkin vermiş oldukları kararların hukuka uygunluklarını inceleme görevini üstlenmiştir.

İdari yargı denetiminde ilk ve en önemli amaç idare edilenlerin haklarının teminat altına alınmasıdır<sup>5</sup>. Devletin “cebiri gücü” en çok idarenin faaliyetlerinde

<sup>3</sup> Gözübüyük, s.17.

<sup>4</sup> 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı kanun (R.G., 20.01.1982, 17580).

<sup>5</sup> Bu konuda bk. Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s.46 vd. Süheyla Şenlen, “*Türkiyede İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk

kendini gösterir. Asıl uygulayıcı devlet birimi yürütme ve idaredir. Günlük hayatta bireyler, devletin en çok bu yüzüyle karşılaşılır ve idarenin eylem ve işlemleri bireylerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan doğruya etkilemektedir<sup>6</sup>. Bu sebeple idarenin yargısal denetimi<sup>7</sup> idare mahkemeleri tarafından yapılmaktadır<sup>8</sup>. Danıştay ise bir üst denetim organı sıfatıyla birey haklarının idare tarafından ihlal edilme riskini<sup>9</sup> ortadan kaldıracak yargı denetiminin, gerçekten istenen düzeyde ve amaçla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin incelenmesini sağlamaktadır.

Danıştay'ın birinci derece idari yargı mercilerinin kararlarını denetlemesinin bir başka amacı ise bir anlamda idareye yardımdır. İdarenin icraatlarının tarafsız bir organ tarafından denetlenmesi, idarenin vatandaşın güvenini daha kolay kazanmasını sağlar<sup>10</sup>. Ayrıca idare de, yönetiminde sağlam esaslara dayanmak ister. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerinin, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelenmesi ve idareye önerilerde bulunulması idarenin çıkarına olacak bir yaklaşımdır. Danıştay ilk derece idari yargı mercilerinin bu esaslara uygun kararlar alıp almadığını denetlemekle de idareye aynı yönde katkı sağlamaktadır<sup>11</sup>.

Fakültesi Dergisi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5342.pdf>, (11.01.2013), s.402. Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, Aralık 2003, s.171. Fatih Kırışık / Nizamettin Aydın, "İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı sorunu", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.7, <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/iibfd/article/viewFile/2514/2258>, (11.01.20013), s.331 vd.

<sup>6</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 4.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s.101-102.

<sup>7</sup> "Hukuk devletin vazgeçilmez koşullarından birisi, idarenin yargısal denetimi"dir. Yönetimsel işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde iptal davası yolu asıldır. İptal davaları, kişilerin kendi yararlarına sonuç almalarını amaçlamakla birlikte genelde hukuka uygunluğu sağlayarak kamu yararını gerçekleştirir." AMK, T.01.10.1991, E.1990/40, K.1991/33 (RG., 07.02.1991, 21135).

<sup>8</sup> Metin Günday, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı Dergisi, C.14, 1997, s.347.

<sup>9</sup> "Yargısal denetim ile yönetimin tutum ve davranışlarından dolayı haksızlığa uğrayan kimse, yetkili yargı yerine başvurarak, yönetsel işlemin iptalini, kendisine yapılan haksızlığın giderilmesini isteyebilir." Gözübüyük, s.2.

<sup>10</sup> "Yönetimin yargı yolu ile denetiminin, bireye güven vermesine, nesnel bir denetim yolu olmasına karşın, diğer denetim yollarına göre, en geç ve güç işlemesi, yönetimin işleyişini, kamu hizmetlerinin yürütülüşünü aksatması, yargı denetiminin sakıncalı yönlerindedir. Bu sakıncaların etkisini azaltmak için, kişisel yararlar, kamu yararı arasında bir denge kurulması istenir." Gözübüyük, s.2-3.

<sup>11</sup> İdari yargının idareye bu yönde katkı sunması, "(...) idarenin yargısı olma anlamına gelmemektedir. Aksine idare mahkemeleri, insan hakları mahkemesi niteliği taşımaktadırlar. İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemektedirler. Yönetim görevinde bulunanların sık sık idari yargıdan şikayetçi oldukları göz önünde bulundurulursa, idare mahkemelerinin idarenin yanında, tarafında olmadığı daha iyi anlaşılacaktır." Turan Yıldırım, İdari Yargı, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2010, s.10.

### III. İDARİ YARGIDA HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI

İdari yargı yetkisinin sınırları, *Anayasa*, *İdari Yargılama Usulü Kanunu* ve *Danıştay kararları* ile belirlenmektedir. Aynı şekilde Danıştay, idarenin kullandığı yetkiyi de kararlarından hareketle ilkeler halinde ortaya koyabilmektedir. Danıştay bunları idare hukukunun bilinen ilkeleri olarak nitelemektedir<sup>12</sup>. Buna göre, “*Danıştay bu temel ilkeleri kullanarak etkili bir denetim gerçekleştirmektedir. Takdiri yetkiye dayanan işlemin, takdirilik özelliğinin ortaya çıktığı neden ve amaç unsurları da dahil tüm unsurları idari yargı denetiminin kapsamındadır. Danıştay’ın idari işlemin tüm unsurlarının yargı denetimi kapsamında olduğunu kabul etmesi yerindelik denetimi yasağının getireceği yargı denetimi sınırlamasını gerçek alanına hapsedmektedir.*”<sup>13</sup>

#### A. Hukuka Uygunluk Denetimi İle Sınırlı Olmak

Anayasanın 125. maddesinde yer alan hukuka uygunluk denetimi ve idarenin takdir yetkisinin kaldırılmaması *İdari Yargılama Usulü Kanunu*’nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir:

“2. *İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.*”

Hukuka uygunluk denetiminde, yürürlükteki mevzuata, yargı içtihatlarına ve süreklilik kazanmış olan idari uygulamalara aykırılık olup olmadığı araştırılır<sup>14</sup>.

İdarenin kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak idari işlem tesis

<sup>12</sup> Karahanoglu, takdiri yetkiye ilişkin bu ilkeleri şöyle sıralamaktadır:

1. *Mutlak bir serbestlik değildir.*
2. *Sınırsız değildir.*
3. *Kamu yararıyla sınırlıdır.*
4. *Hizmet gerekleriyle sınırlıdır.*
5. *Keyfi kullanılamaz.*
6. *Amacı dışında kullanılarak yetki saptırılamaz.*
7. *Geçerli nedenlere dayanmak zorundadır.*
8. *Gösterilen nedenlerin idarenin takdir ettiği sonuç için yeterli olması gerekir.*
9. *Nedenlerin incelenen olayda gerçekleşmiş/mevcut olması gerekir.*
10. *Bu koşullar yönünden yargı denetimine tabidir.”* Onur Karahanogulları, “*İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri Ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/yargidenetimininsinirlanmasi.pdf>, s.12vd. (04.11.2012).

Bu yöndeki bazı kararlar için bk. DDDK, T.04.04.1975, E.1974/280, K.1975/102 (*Danıştay Dergisi*, S.20-21, 1976) s.248; D.5.D., T. 18.06.1980, E.1978/2766, K.1980/2236 (*Danıştay Dergisi*, S.40-41, 1980) s.170; D.5.D, T. 17.03.1997, E.1995/1925, K.1997/589 (*Danıştay Dergisi*, S.94, 1998) s.332.

<sup>13</sup> Karahanogulları, s.12-13.

<sup>14</sup> Yıldırım, *İdari Yargı*, s.145.

etme, idari karar alma yükümlülüğü ve yetkisi vardır. Bu hak ve yetkinin yargı kararıyla idarenin elinden alınması ve sınırlandırılması hukukun genel ilkeleri ve hukuk mantığı gereğince söz konusu olamaz. Öte yandan da, bu yetkinin amacının, sınırlarının ve çerçevesinin hukuk kuralları ile belirtilmesi gerekir. Ancak “(...) *Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. İdareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verilmesi Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.*”<sup>15</sup>

İdarenin hangi durumlarda nasıl davranacağına hukuk kurallarıyla belirlenmiş olması halinde hâkim, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığına, mevcut düzenlemeye bakarak karar verir. Ancak şunu da belirtmek yerinde olacaktır ki, bir işlemin hukuka uygunluğunun iddiası idareye aittir; aynı işlemin kanuna aykırılığı da ileri sürülebilir. İdarenin kanuna uygun gördüğü bir işlemi başkası kanuna aykırı olarak değerlendirebilir<sup>16</sup>.

Bir uyuşmazlığı çözen, hukuksal gerçeği ortaya koyduğu kabul edilen idari yargı mercii kararının, idari işlem veya eylem niteliğinde olamayacağından söz ederek etkisini, sonuçlarını kısıtlamak hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir. Hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla belirlenen bir işlemin sonuçlarının ortadan kaldırılması, hukuka uygun hale getirilmesi için devletin yargı yetkisi devreye girebilmelidir<sup>17</sup>.

Ancak idarenin bu yetkiyi hukukun genel ilkelerinden biri olan “*her hak sahibinin kendisine tanınan hakkı hukuk düzeninin sınırları içinde, yani söz konusu hakkın hak sahibine tanınması sebebine uygun bir biçimde ve iyiniyet kurallarına uygun kullanması zorunluluğu*”na uygun bir şekilde kullanması gerekir. Bu amacı gerçekleştirmeyi sağlayan yargı yerlerince yapılan denetleme, yerindelik denetimi anlamını taşımaz<sup>18</sup>.

## B. Yerindelik Denetimi Yasağı

Yerindelik denetimi, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, idari yargı hâkiminin yetkisinin sınırıdır. Yerindelik, takdir yetkisinin denetiminde kullanılan hizmet gerekleri ve kamu yararı ölçütlerine uygun bir işlemin, isabetli veya yararlı olup olmadığına hâkim tarafından karar verilmesidir. Hâkim böyle bir değerlendirme yaptığında, idareye tanınan bir yetkiyi kullandığı için, yargı denetiminin dışına çıkmış olmaktadır. Çünkü idari

<sup>15</sup> AMK, T.13.09.2000, E.2000/14, K.2000/21 (RG., 05.01.2001, 24278).

<sup>16</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.137, 142.

<sup>17</sup> Turan Yıldırım, “*Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu*”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, s.7, www.insanbilimleri.com, (03.11.2012).

<sup>18</sup> Ender Ethem Atay, “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı Ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği*”, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu 2008, [http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler\\_ayrılığı\\_ilkesi.htm](http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler_ayrılığı_ilkesi.htm) (02.10.2012).

yargı hâkimine verilen yetki, idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını belirleme yetkisidir<sup>19</sup>. Hukuka uygunluk denetimi yürürlükteki mevzuata, yargı içtihatlarına ve süreklilik kazanmış olan idari uygulamalara aykırılık olup olmadığını araştırılmasıdır<sup>20</sup>.

Üst denetim organı olan Danıştay'ın, ilk derece idari yargı hâkimlerinin kararlarını denetlemesinde de aynı bakış açısının söz konusu olması gerekmektedir. İlk derece hâkiminin idarenin tasarrufları üzerindeki yargı denetiminde, hâkimin hukuka uygunluk denetimi yapıp yapmadığını incelemek, bunun aşıldığını ve idarenin yetkisine müdahale edildiğini gördüğü takdirde Danıştay, sözkonusu mahkeme kararını bozmak durumundadır<sup>21</sup>. Danıştay'a göre;

*"(...) İdari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumlarda idari yargı organlarınca yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığını araştırılması ve saptanmasıyla sınırlı olup, idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da muayyen bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak bir biçimde yargı kararı vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde, hukuka uygunluk sınırını aşarak, yerindelik denetimine girmeleri, Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuku ilkeleriyle bağdaştırılamaz. (...)"*<sup>22</sup>

Belirtmek gerekir ki, yerindelik - takdir yetkisi ayırımını yapmak her zaman kolay olmamaktadır<sup>23</sup>. Zira takdir yetkisi ile yerindelik<sup>24</sup> aynı kavramlar değildirler.

<sup>19</sup> "Yönetimin tutum ve davranışının yerindeliliğinin denetimi, yargı denetiminin dışında kalır. Yargı yerlerinin yasallık denetiminin yanında, yerindelik denetiminde bulunması, yargının yönetime karışması, politikasını saptaması, yasama, yürütme ve kamuoyuna karşı sorumluluğu bulunmayan yargıcın, yönetiminin yerini alması demektir." Gözübüyük, s.18. Ayrıca Bk. M. Oytan, "Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması", I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı, Ankara 1990, s.149.

<sup>20</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.145.

<sup>21</sup> Abdullah Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku C.2, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2010, s.608 vd. Lütfü Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü I", Amme İdaresi Dergisi, C.20, S.4, Aralık 1987, s.8.

<sup>22</sup> D.5.D., T.23.11.1987, E.1987/2389, K.1987/1620 (Danıştay Dergisi, S.70-71) s.255.

<sup>23</sup> Çağlayan, s.196 vd. "Yerindelik ve takdir yetkisi, iç içe geçen bir yapıdır. Ancak bu iç içelik, yargı kararlarının da farklılıklar, hatta tutarsızlıklar göstermesine neden olmuştur." Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s.194.

<sup>24</sup> Danıştay bir kararında yerindeliliği, "Yetki, şekil, neden, konu ve amaç unsurları açısından hukuka uygunluk denetimi yapıldıktan ve işlem hukuka uygun görüldükten sonra, yerindelik alanına

Yerindelik alanı, takdir yetkisinin içinde yer almaktadır ve takdir yetkisini veren mevzuatın kapsamına göre de takdir yetkisinin içindeki yeri genişlemekte ya da daralmaktadır. Özellikle işlemin sebep unsurunun denetiminde<sup>25</sup> takdir yetkisinin yargısal denetimi artmakta, idarenin işlemin konu unsurunu, birçok seçenek arasından seçmek durumunda olduğu durumlarda ise yerindelik alanı genişlemektedir<sup>26</sup>.

Takdir yetkisi, yapılan idari işlemlerden bağımsız olup, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetkidir. Oysa yerindelik, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durumu belirtir. Bu durum, idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibarettir. Başka bir fark ise, takdir yetkisi uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanını oluşturur. Oysa yerindelik, bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturur. Bu açıdan yargı denetiminin dışında kalan, gerçekte takdir yetkisinin ilişkin olduğu norm alanıdır<sup>27</sup>.

Danıştay 10. Dairesinin ünlü Gökova Kararında, termik santral yapımı kararı incelenmiş ve şu gerekçeyle hukuka uygun bulunmuştur:

*“Yetkili idari makamlarca, kamu hizmeti gerekleri, teknik ve ekonomik koşullar değerlendirilerek Gökova Körfezi kıyısında termik santral kurulması konusu, sonuç olarak yer seçimi hususundaki takdir yetkisine müncer olmaktadır. Kemerköy Termik Santralının kurulacağı yerin belirlenmesine ilişkin dava konusu işlemlerde, maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir yetkisinin kullanımında açık bir hata saptanamamış olup; belirtilen hususlar dışında, termik santral yer seçimi ile ilgili idareye ait yetkisini kısıtlayacak veya kaldıracak biçimde yargı kararı verilmesine de yasal olanak bulunmamaktadır.”*<sup>28</sup>

girilmesi, aynı hukuksal durumda olan kişiler için yönetsel işlem ile ilgili ve yönetimin yerine geçerek yönetsel eylem ve işlem niteliğinde karar verilmesidir.” şeklinde tanımlamıştır. D.5.D, T.23.10.1986, E.1985/596, K.1986/1084 (Gökçe Ersan, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon 2008, s.80).

<sup>25</sup> Danıştay 8. Dairesi, yeni bir Yürütmeyi Durdurma Kararında, “(...) Bu bağlamda, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, idareler bireysel ya da düzenleyici işlemler tesis ederken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmayıp, bu takdir yetkisini hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanmalıdırlar. Bu işlemlerin hukuka uygunluklarının yargı mercileri tarafından denetlenmesi sırasında ise, idareyi işlem yapmaya iten **sebep** de irdelenecek ve takdir yetkisinin belirtilen sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı resen göz önünde bulundurulacaktır. Bu itibarla, idare hukukunda işlemlerin objektif bir **sebebe** dayanacağı kuşkusuzdur.(...)” demektedir. D.8.D., Yürütmeyi Durdurma Kararı, T.15.01.2010, E.2009/8191, [http://www.danistay.gov.tr/e2009\\_8191.htm](http://www.danistay.gov.tr/e2009_8191.htm) (12.01.2013). Danıştay’a göre, “(...) Kabul edilebilir bir gerekçeye dayanmayan dava konusu (idari) işlemde hukuka ve mevzuata uyarlılık bulunmamaktadır.” D.8.D., T.18.01.1996, E.1994/5583, K.1996/101 (Danıştay Dergisi, S.92), s.640 vd.

<sup>26</sup> Deniz Daştan, “Takdir Yetkisi, Yargısal Denetim ve Yerindelik”, İstanbul Barosu Dergisi, S.2, Haziran 2003, s.331.

<sup>27</sup> Ersan, s.75.

<sup>28</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.149.

Yerindelik denetimi konusunda idari yargı kararlarından çıkarılan önemli bir ölçüt, nesnellik (objektiflik)tir<sup>29</sup>. Bir işlemde takdir yetkisi kullanılırken eşitlik ilkesine<sup>30</sup>, hizmet gereklerine ve kamu yararına<sup>31</sup> uygun davranılmadığı somut ve objektif olarak belirlenemiyorsa, yapılacak denetim yerindelik denetimi olacaktır. Kararlarda bu durum, idarenin “işleyiş zorunluluklarıyla ilgili” ya da “idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerinden birine karışılması” şeklinde ifade edilmiştir<sup>32</sup>.

Uygulamadan çıkarılan bir başka ölçüt, açık hata denetimi veya açık değerlendirme hatası kontrolüdür<sup>33</sup>. Buna göre idarenin takdir yetkisini kullanırken açık hataya düştüğünün belirlenemediği hallerde yapılacak denetim, yerindelik deneti-

<sup>29</sup> Danıştay, idarenin “(...) objektif ve makul ölçüler içinde kalmak durumunda (...)” olduğunu, “(...) takdir yetkisi varmış gibi gözükken hallerde bile (...) objektif (nesnel) ve makul ölçülerde kalınması” gerektiğini belirtmiştir. D.9.D., T.15.05.1991, E.1990/3310, K.1991/1798 (Danıştay Dergisi, S.84-85) s.635. “(...)Sözleşme ücretinin belirlenmesi konusunda, tavan ve taban ücretler arasında kalmak koşulu ile idareye takdir yetkisi tanınmış ise de, mutlak ve sınırsız olmayan söz konusu takdir yetkisinin, eşitlik ilkesine uygun olarak nesnel bir şekilde kullanılması gerekmekte olup; nesnel bir ölçüte dayanmaksızın aynı durumda olan personel için farklı ücret belirlenmesinin takdir hatası oluşturacağı (...)” Danıştay’ca ifade edilmektedir. D.11.D., T.24.01.2007, E.2004/5815, K.2007/461 (Danıştay Dergisi, S.116, 2007), s.342.

<sup>30</sup> Eşitlik için bk. M. Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s.132 vd. Danıştay, denetimleri sırasında takdir yetkisinin kullanılmasında eşitlik ilkesine davranılıp davranılmadığını araştırmaktadır. D.8.D., T.22.02.2005, E.2004/4350, K.2005/809 (Danıştay Dergisi, S.109), s.243; D.10.D., T.09.06.2004, E.2002/4723, K.2004/5434 (Danıştay Kararlar Dergisi, S.6, 2005), s.239; D.8.D., T.05.05.1997, E.1995/4420, K.1997/1490 (Danıştay Dergisi, S.94), s.539.

<sup>31</sup> Danıştay bir başka kararında, “İdarelerin takdir yetkisi ile donatıldığı durumlarda da, idari yargı yerlerince, ancak bu takdir yetkisinin idare hukukunun kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi söz konusu olabilir. Takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilemez. İdarelerce herhangi bir kadroya yapılan atamanın, hukuka ve mevzuata uygun olup olmadığı, yargı yoluyla denetlenebilirse de, atama yapılmamasına ilişkin olumsuz işlemin dava konusu edilmesi halinde, takdir yetkisini ortadan kaldıracak ve idare yerine geçilecek şekilde karar verilemez (...) nedenlerini belirterek ilan ettiği kadroya atama yapmayan davalı idarenin takdir yetkisini, **kamu yararına ve hizmet gereklerine** aykırı kullandığı söylenemez.” demiştir. D.8.D., T.07.12.2000, E.1999/1154, K.2000/8099 (Ersan, s.81). “(...) Olayda idarenin takdir yetkisini, (...) **kamu yararı** amacına uygun olarak kullandığı anlaşıldığından tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” D.8.D., T.16.11.1995, E.1994/6052, K.1995/3749 (Danıştay Dergisi, S.91), s.843 vd. “İdarelere (...) takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin mutlak olmayıp, **kamu yararı ve hizmet gerekleri** ile sınırları bulunduğu, yargısal içtihatlarla da kabul edilmiş bulunmaktadır.” D.5.D., T.12.02.1991, E.1988/3400, K.1991/178 (Danıştay Dergisi, S.82-83), s.383.

<sup>32</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.150. “Yasada idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacakları belirtilmiştir. İdare işlemlerine karşı yerindelik denetiminin söz konusu olabilmesi için, bir işlemin idarenin nesnel değerlendirilmesi olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da idarenin hukuk sınırları içindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun oluşması gerekir...” D.8.D., T.24.09.1987, E.1986/638, K.1987/371 (Danıştay Dergisi, S.70-71), s.436.

<sup>33</sup> “Yargısal kararlar, takdir (yetkisinin) kullanılması yönünden açık bir hata bulunup bulunmadığını, (...) araştırmaktadır. (...) Açık hata, keyfilik, kin, garez, husumet veya kayırma yahut eşitsiz davranma gibi nedenler ve amaçlarla hareket edilmişse, idare takdir yetkisinin arkasına sığınmamaktadır.” Yayla, s.192.



mi olacaktır. Açık hata, takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen fark edilebilen, getirdiği çözüm adalet duygularına açıkça ters düşen, bir değerlendirme veya tercih hatasıdır<sup>34</sup>.

İdare ve vergi mahkemeleri kararları, Danıştay'ın denetim süzgecinden geçtiği için, yerindelik denetimi yaşağının anlam ve kapsamı, nihayetinde Danıştay kararları ile belirlenmektedir. Eğer ilk derece mahkemelerinin idari tasarruflar üzerinde kullandığı denetim yetkisinin, Danıştay tarafından, tarafsız, objektif, istikrarlı, toplumda adalet ve yargıya güven duygusunu sarsmayacak bir şekilde denetlendiği gözlenirse, idarenin gerekleri ve bireysel hak ve özgürlükler arasında sağlıklı bir dengenin<sup>35</sup> kurulduğu anlaşılacaktır.

### C. Hâkimin İdarenin Yerine Geçerek Karar Oluşturma Yasağı

Hâkim, idarenin yerine geçerek alacağı kararlarıyla idari işlem veya idari karar oluşturamaz<sup>36</sup>. Bir başka deyişle, yargı organının, yasalara kendisine tanınan

<sup>34</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.150-151.

<sup>35</sup> "Toplum içinde yarar çatışmalarının önlenmesi mümkün olmuyor. Bu tür yarar çatışmalarında kamu gücünün bir tercih yapması gerekiyor. İlk olarak çoğunluğun yararı öne çıkıyor,(...) ama çoğunluğun yararı karşısında bireyin yararı da ağır basabilir." Yayla, s.140. Çatışma durumunda idarenin kabul edilebilir bir denge kurması çok önemlidir. Danıştay'a göre, "İdare, ... birden fazla kamu yararının çatışması durumunda 'üstün kamu yararını' dikkate almalıdır." DİDDK, T.27.12.2007, E.2007/939 (Ersan, s.82). "(...) İdareye tanınmış bulunan takdir yetkisi hiçbir zaman mutlak ve sınırsız olmamalıdır. Kamu hizmetinin verimliliği, etkinliği ve kamu yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurulması zorunluluğu, bu hak ve yetkinin sınırını oluşturmaktadır." AYİM.2.D., T.23.3.1994, E.1994/61, K.1994/278 (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.9), s.384 vd.

<sup>36</sup> "Mahkeme, ister işlemin tümünü, ister bir bölümünü iptal etsin, idarenin yerine geçerek, iptal ettiği kararın yerini almak üzere, hukuka uygun yeni bir karar alamaz. Örneğin yargı yeri hukuka uygun olmayan bir tarifeyi iptal edebilir; fakat yerine hukuka uygun yeni bir tarife düzenleyemez." Gözübüyük / Tan, s.607. "(...) Vergi dairelerince yapılan tarh işlemlerinde de vergiyi doğuran olaya ilişkin idarece yapılan tesbitler veya matrahın saptanmasına ilişkin hesaplamalarla ilgili her türlü inceleme ve araştırmayı talep olmasa dahi vergi mahkemeleri yapabileceklerdir. Vergiyi doğuran olayı ortaya koyan bir tesbit yoksa, mahkemelerin vergiyi doğuran olayın tesbitine ilişkin bir inceleme ve araştırma girmeleri söz konusu olamayacaktır. Bu açıklamalar karşısında, uyuşmazlık konusu olayda idarece yapılan tarh işlemi, mükellefin defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen tutanakla tesbiti yapılan hususlar matrahın hesaplanmasında dikkate alınmayarak başka bir yöntem kullanılmışken, Vergi Mahkemesince **İdarenin yerine geçilmek suretiyle**, tutanakla tenkit konusu yapılmaksızın tesbit edilen konularla ilgili yeni bir matrah farkı yaratılmak suretiyle, **tarh işleminin değiştirilmesinde isabet görülmemiştir.**" D.3.D., T.15.12.1989, E.1989/1325, K.1989/2825 (Danıştay Dergisi, S.78-79). "(...) Olayda davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 346. maddesine göre ceza kesilmiş olup, mahkemeye bu suçun oluşabilmesi için gerekli olan teşvik, telkin, azmettirme fiillerinin ispatlanmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda İdarece uygulanan bu cezanın ortadan kaldırılması gerekirken, ceza miktarında bir değişiklik olmayacağı gerekçesiyle fiilin aynı Yasanın 338. maddesi kapsamında mütaalaıyla davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemelerin, suçun vasfını değiştirerek inceleme elemanınca ve vergi idaresince önerilmeyen bir cezaya hükmetmeleri, **idarenin yerine geçerek işlem tesis etmeleri sonucunu doğuracağından, hukuken mümkün değildir.**" D.4.D., T.21.12.2000, E.1999/5428, K.2000/2702 (Danıştay Bilgi Bankası). "(...) Vergi Usul Kanunu'nun 365. maddesinde vergi cezalarının, kesilmelerini gerektiren olayların ilgili bulunduğu

yargı yetkisinin sınırlarını aşarak, faal idarenin yerine geçmesi ve onun yerine işlem yapması düşünülemez<sup>37</sup> ve bir idari işlem veya idari karar, yargı yoluyla tesis edilemez. Yargı kararıyla idare belli bir karar almaya veya almamaya belli bir tutum ve davranış sergilemeye zorlanamaz. İdareye belli bir idari işlem ya da idari karar alması emri, talimatı verilemez. Ancak bu durum idareye yargı kararının gereklerini yerine getirmeme ve yargı kararlarını etkisiz kılma hakkı tanımaz<sup>38</sup>. Zira bazı uyuşmazlıklarda iptal kararı, hakkın yerine getirilmesini sağlayamayacağı için, iptal hükmü yanında idareye yol gösterici veya idari işlem niteliğinde karar vermek zorunlu olmaktadır. Örneğin Danıştay 6. Dairesi'nin önüne gelen bir davada, kepçe operatörü, kazı sırasında buldukları kültür varlıklarının yağmalanmasını önlemek için yardımcısını haber vermek üzere göndermiş ve ikramiye ihbarcı olarak yardımcıya ödenmiş, kepçe operatörünün açtığı davada yardımcıya ikramiye ödenmesi işlemi iptal edilmiştir. İptal kararının uygulanması, kepçe operatörü bakımından yarar sağlayamayacağı için, 6. Daire şu kararı vermiştir:

*"(...) Şu hale göre, aynı makine üzerinde görev yapan davacı ile müdahilin toprak altından çıkan kültür varlıklarını birlikte buldukları gibi, her ikisinin ortak çabası ile kaybolmaları önlenerek devletin mülkiyetine geçmesinde aynı ölçüde pay sahibi oldukları gözönüne alındığında yasal olarak hak kazanılan ikramiyenin ikisine eşit miktarda ödenmesi gerektiği açıktır (...) Yukarıda yer alan gerekçelerle sözü geçen kültür varlıklarını birlikte bulup ortak çabaları ile devlete intikalini sağlayan davacı ile müdahil ...'in yasal olarak ödenecek ikramiyeye birlikte hak kazandıklarının kabulü zorunlu olup, her ikisine eşit miktarda ikramiye ödenmesi için gerekli inceleme yapılmak üzere dava konusu işlemin iptaline... karar verildi."*<sup>39</sup>

Yıldırım'a göre, "idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilemez" kuralının kaldırılması gerekmektedir:

*"(...) Bu kuralın kalkması, tam yargı davalarını, tazminat davalarına indirgenmekten kurtaracak, idari yargı hâkimi, hakkın yerine getirilmesi için tam yargı davasının tanıdığı yetkileri kullanabilecektir. Bilindiği gibi, tam yargı davası teorik olarak, adli yargıdaki edim davalarına benzetilir. Bu davada yargıç, ihlal edilen hakkın tazmin ve telafisi için gereken kararı verir. Bireyler arasındaki uyuşmazlıkta hakimin rolü*

---

*vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi tarafından kesileceği ifade edilmiştir. Ceza kesme yetkisi vergi dairesine ait olup, bu kesilen cezalara karşı açılan davayı inceleyen mahkemece yerindelik denetimi yapmak suretiyle idarenin yerine geçerek tamamen farklı bir eylem nedeniyle uygulanabilecek yeni bir cezanın ihdas edilmesinde yasaya uyarlık bulunmadığından, kaçakçılığa teşvik cezasını, kaçakçılığa yardım cezasına çeviren mahkeme kararında isabet görülmemiştir."*  
D.4.D., T.27.11.2002, E.2001/4356, K.2002/3684 (Danıştay Bilgi Bankası). Ayrıca bk. D.6.D., T.11.10.2006, E.2004/4594, K.2006/4680 (Danıştay Bilgi Bankası); D.9.D., T.20.05.2004, E.2004/3381, K.2002/5192 (Danıştay Bilgi Bankası).

<sup>37</sup> Gözübüyük / Tan, s.616.

<sup>38</sup> Atay, [http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler\\_ayriliği\\_ilkesi.htm](http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler_ayriliği_ilkesi.htm) (02.10.2012).

<sup>39</sup> Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", s.7.

ne ise tam yargı davalarında da idare hakiminin rolü odur. Ancak, idarenin para dışında bir tazmin şekline mahkum edilmesi uygulamada güçlükler doğuracağı, kararın yerine getirilmesi güçleşeceği için sadece para ile tazmin şeklinde karar verilmektedir. Dolayısıyla, yasadaki tam yargı davası, tüm gerekleriyle yararlanılamayan bir dava türü haline sokulmuş olmaktadır. Bu durumun önlenmesi için de idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilemez hükmünün kaldırılması gerekmektedir.

Ayrıca belirtilmesi gereken bir önemli husus, adli yargı mercilerinin kararları konusunda böyle bir sınırlama olmadığıdır. Hatta çekişmesiz yargı (nizasız kaza) olarak adlandırılan uyuşmazlıklarda, hakimin idari makam gibi karar verdiği belirtilmektedir. Adli yargı mercilerinin emir vermesi, idari işlem niteliğinde karar vermesi kabul edilirken bu yetkinin idari yargı hakiminden esirgenmesini; idari yargıda yargısal emir konusunda hassasiyet gösterilmesini anlamak mümkün değildir.<sup>40</sup>

Kanaatimce de idari yargı mercilerinin aynı serbestiye sahip olması yerinde olacaktır. Ancak bu konuda yargı mercilerinin ve üst denetim mercilerinin çok hassas ve dikkatli davranması gerekmektedir. Zira bu yetkinin kullanılmasında aşırılığa gidilmesi halinde yargının idarenin yerine geçmesinin söz konusu olabileceği gözden ırak tutulmamalıdır<sup>41</sup>. Bu husus idari yargı kararlarının en fazla eleştirildiği noktası olarak hukuk sistemimizde mevcudiyetini korumaktadır. Yargı yerlerinin bu husus üzerinde daha hassas davranması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>42</sup>.

#### IV. İDARİ YARGI HÂKİMİNİN TAKDİR YETKİSİNE DAYANARAK VERDİĞİ KARARLARIN DENETLENMESİNİN NEDENİ

Hâkimin takdir yetkisinin önemli özelliği, onun takdir kararı veren kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmasıdır. Kişi takdir anında tümüyle kendi kişisel yetenekleri, bilgi ve görgüsü ile baş başadır. Hatta takdirdeki yerindeliğin, bu yetkiyi kullanan kişinin niteliklerindeki üstünlük ölçüsünde gerçekleşeceği, takdirin bu niteliği sebebiyledir ki, takdir yetkisinin hiç bir denetime tabi olmayacağı şeklinde görüşler bulunmaktadır<sup>43</sup>. Ne var ki, bir yandan psikoloji ve sosyoloji alanındaki

<sup>40</sup> Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", s.8.

<sup>41</sup> "İdarenin değerlendirmesi yerine yargıcın kendi değerlendirmesini koyması, takdir yetkisini kaldırarak yargı kararı verilemeyeceğine ilişkin sınırlama açısından sorun yaratabilmektedir. Nihayet böyle bir değerlendirmenin hukuka uygunluk denetiminden yerindelik denetimine kayma tehlikesi de bulunmaktadır." Gözübüyük / Tan, s.548.

<sup>42</sup> Atay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi...", [http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler\\_ayrılığı\\_ilkesi.htm](http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler_ayrılığı_ilkesi.htm) (02.10.2012).

<sup>43</sup> Roger Bonnard, İdarenin Kazai Murakabesi, çev.Ahmet Reşit Turnagil, İstanbul 1939, s.64, 66, 67; Mehmet Handan Surlu, "Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler", Adalet Dergisi, Y.61, Kasım 1970, S.11, s.681; Bülent Akmanlar, "Cezada Hâkimin Takdir Selâhiyeti", Ankara Barosu Dergisi, 1960, S.2, s.17; Şakir Berki, Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahsın ve Aile Hukuku, Ankara 1969, s.25. "Öte yandan idari yargının vermiş olduğu birçok örneğe bakarak idareye takdir yetkisi tanınan durumlarda yargının bu yetkinin kullanımına müdahale etmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak idarenin takdir yetkisi kullanılarak yaptığı bir işlemin yargı denetimi dışında kalmasını ileri

köklü ilerlemeler, bir yandan toplum yaşantısının gittikçe karmaşık bir hal alması, daha üst bir merciin takdir kararını denetleme zorunluluğunu doğurmuştur. Artık denetimsiz bir takdir yetkisinden söz etmek olanağı, genellikle bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Aslında takdir yetkisinin önemi gözönünde tutulursa, bir hukuk devletinde böyle bir denetimsizlik arzu da edilemez. Hukuk devleti, devleti yöneten iktidar sahiplerinin egemenliği karşısında kişilere bağımsız “haklar ve özgürlükler çerçevesi” tanıyan ve iktidar sahiplerine bu haklar çerçevesinde yapılacak müdahale ve tecavüzlere karşı yargı garantisi koyarak iktidar sahibi kurum ve kişilerin bu iktidarı Anayasaya, öbür yasalara ve hukukun temel ilkelerine uygun biçimde kullanılmasını sağlayan devlettir. Daha kısa bir deyişle, eğer bir devlette yasama, yürütme hatta bir ölçüde yargı organının bütün tasarrufları kural olarak yargı denetimine bağlı ise, o devlete hukuk devleti denilmektedir<sup>45</sup>. Bu nedenle, hukuk devletinde hukukun en büyük güvencesi, yargı örgütü ve onun başında bulunan ve onların kararlarını denetleyen yüksek mahkemeler olmaktadır.

Bu doğrultuda, yargılama sonucu hâkimce verilen kararları denetleme yetkisi bulunan üst yargılama mercilerinin, kullanılan takdir yetkisini denetleme gücünün de bulunduğu kabul edilmelidir.

İdarenin takdir yetkisini denetleme güç ve yetkisini tanıdığımız hâkimin, kendi takdir kararlarının denetlenmesinin mümkün olmadığı da savunulamayacaktır. Doğal olarak idarenin takdir yetkisini denetleyebilen hâkimin, kendi takdir yetkisini kullanma şekli de bir başka hâkim ya da hâkimler grubunca denetlenecektir.

Üst yargılama denetim organlarınınca takdir yetkisinin denetiminde güdülen en önemli amaç; kanunların uygulanmasında her yerde ve herkes için “aynılık” sağlamaktır. Çünkü “(...) hukuk kararlılık ve güven ister. Bu güven, sosyal yaşamın hukuk alanındaki gereklerinden biridir. Benzer olaylarda benzer anlayışların benimsenmesi, başka bir deyimle benzer olaylarda aynı hükümlerin aynı biçimde uygulanması bu güveni gerçekleştirir. Benzer olaylarda başka başka hükümlerin uygulanışı ve aynı hükmün başka bir biçimde uygulanması, yurttaşların adalete olan inançlarını sarsar. Onları tedirgin eder (...). Benzer olaylarda benzer uygulamaların benimsenmesi, adalet duygusunun bir icabıdır (...). Hukuk kurallarının ülkenin her yanında aynı anlamda uygulanması, Anayasa'daki “Yasa Karşısında Eşitlik” ilkesinin tabii

*sürebilmek için, idarenin şaşmaz, yanılmaz biçimde kamu yararı amacıyla hareket ettiğini ve kamu yararını gerçekleştirdiğini de kabul etmek gerekmektedir. İdari işlemlerin şaşmaz ve yanılmaz biçimde kamu yararını gerçekleştirdiği söylenemeyeceğine göre, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından bu işlemlerin yargı denetimine tabi olması vazgeçilmez bir güvencedir. Anayasanın 138. maddesi hâkimlere Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verme yetkisi tanıdığına göre, kanunda yer alan geniş, denetime elverişli olmayan bir yetkinin, hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı hâkim tarafından belirlenebilecektir.” Yıldırım, İdari Yargı, s.141.*

<sup>44</sup> Ömer Sivrihisarlı, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s.104.

<sup>45</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı”, Daniştay Dergisi, Ankara 1973, S.11, s.14.

sonuçlarındandır"<sup>46</sup>. Zaten, ancak temel düşüncesi diğer olaylara da uygulanabilecek ölçüde genelleştirilebilen bir karar adaletli olabilir. Böyle bir genelleştirme de, sözkonusu karara olayın yalnızca tipik özelliklerinin temel yapılmasını gerektirir. Gerçi bu karar olaydan olaya değişecektir; fakat yeni, benzer bir olaya ilişkin karar, ancak bu olay yeni temel bir özelliği ihtiva ediyorsa, değişik olacaktır; yoksa eşitlik ilkesi açıkça çiğnenmiş, feda edilmiş olur"<sup>47</sup>.

Ne var ki, aynı çevrede yetişmiş, aynı eğitim devrelerinden geçmiş iki kişinin dahi, belli bir olayda benzer davranışlarda bulunması ve hale benzer kararlar vermesi, her zaman gerçekleşmez. Önceden kestirilemeyen birçok neden, verilecek kararları başka başka yönden etkileyebilir<sup>48</sup>. Bu noktada mahkemelerin (hâkimlerin) de şaşmaz - yanılmaz şekilde kamu yararını amaçladıklarını ileri sürmenin de mümkün olmadığı; hâkimlerin kişisel duygularla karar verebilecekleri söylenebilir. Ancak yargı kararlarının denetim süzgecinden geçmesi ile bu sakınca önemli ölçüde giderilmektedir. Yargı denetiminin kişi hak ve hürriyetlerinin temel güvencesi olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, hem idarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemlerin<sup>49</sup> ve hem de bu işlemleri denetleyen yargı mercilerinin, takdir yetkisini kullanarak verdiği kararların, yargısal denetiminin zorunluluk olduğu görülmektedir.

Takdir yetkisinin benzer olaylarda benzer şekilde uygulanabilmesi için, bu yetkinin kullanılmasıyla verilen kararın, denetlenmesinin gerektiği açıktır. Yoksa örneğin birbirine tıpatıp benzer olaylarda, birbirinden farklı ve daha değişik bir kararlar karşılaşılmaması kaçınılmaz olacaktır. Demek oluyor ki, takdir yetkisinin denetlenmesi, kanunların herkese eşit olarak uygulanması amacının bir sonucudur. Yargılamada görev alan hâkimlerin nitelikleri ne kadar üstün olursa olsun, bu kural geçerliliğini daima koruyacaktır<sup>50</sup>. Unutulmamalıdır ki, "(...) hâkimler de her insan gibi yanılabilir, usule ve yasaya aykırı kararlar verebilir veya hâkimlerin verdikleri kararlar, taraflar için doyurucu olmayabilir. Bu durum, mahkeme kararına karşı mahkemenin kendisine veya başka bir mahkemeye başvurarak bu kararların yeniden incelttirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur (...)"<sup>51</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu kararı da göstermektedir ki, takdir yetkisine dayanarak takdir kararı veren hâkimin "yanılabileceği" veya "kararın taraflar için doyurucu olmayabileceği" ihtimali, onun denetlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu da bir diğer denetleme nedenini oluşturmaktadır<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Senai Olgaç, "Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hâkimlere ve Yargıtay'a Düşen Ödevler", Ankara Barosu Dergisi, 1968, S.3, s.437.

<sup>47</sup> Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 1979, s.216.

<sup>48</sup> Abdullah Dinçkol, Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları, Der Yayınları, 8. Basım, İstanbul 2012, s.343.

<sup>49</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.142.

<sup>50</sup> Dinçkol, s.344.

<sup>51</sup> AMK., T.12.6.1969, E.1968/38, K.1969/34 (AMKD, S.7, ikinci baskı, Ankara 1978) s.334.

<sup>52</sup> Dinçkol, s.344.

Bir hukuksal sorun sonucu yargılama mercilerine başvuran her birey, yargılama sırasında hata gerçekleşmemesini, hukuka uygun bir karar verilmesini, bir haksızlıkla karşılaşılmasını, üstelik bu haksızlığa mahkemenin yol açmamasını bekler. Üstelik idari mercilerin yol açtığı haksızlıktan daha ağırının mahkemele- rin gerçekleştirdiği haksızlık olduğu düşünülür. Gerçekten mahkeme kararlarının doğru olması, bu kararlarda yanılma bulunmaması, devletin temel işlerinden olan adalet dağıtma işinin başlıca ilkesidir.

Hâkimlerin yanlış kararlar verebilecekleri her zaman düşünülmüştür. Özellikle ülkemizde son yılların en çok tartışılan sosyal sorunlarının başında, mahkemeler tarafından verilen ve bir kısım kamuoyu tarafından yanlış, hatalı, bazen de kasıtlı verildiği düşünülen kararlar gelmektedir.

Çoğu zaman idare ile idari yargı hâkiminin karşı karşıya geldiği, bazen Başbakanın, bakanların, idare teşkilatındaki yöneticilerin, açıkça yargı kararlarını eleştir- dikleri gözlenmektedir<sup>53</sup>. Aynı eleştirilerin son aylarda siyasal yapı içinde muhalefet tarafından da dile getirildiği görülmektedir.

Bu bağlamda, yanlış kararlar verilmesini önlemek düşüncesi ile mahkeme kar- rarlarını daha yüksek bir mercie, daha yüksek bir mahkemeye inceletmek ve bu kararlar içinden yanlış olduğu anlaşılanların, bu yüksek mahkemece bozulmasını ve doğru olduğu anlaşılanların ise doğru oldukları belirtilerek onlar üzerindeki yanlış- lık kuşkusunun kaldırılması yolu benimsenmiştir.

Açıklamalar doğrultusunda diyebiliriz ki, hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararın denetlenmesinden güdülen amaç; takdir kararının benzer olaylarda benzer şekilde oluşmasını, yani çelişmeleri ortadan kaldırarak “*tek biçimliliği*” ve dolayısıyla hukuk güvenliği ile yasa önünde eşitlik ilkesini sağlamak ve hâkimin de “*yanılabileceği*” veya “*takdir kararının taraflar için doyurucu olmayabileceği*” ihtimali ile adaletin doğru olarak gerçekleşmesine yardımcı olarak, kişilerin ve toplumun adalet hissini tatminini sağlamaktır<sup>54</sup>.

## V. HÂKİME AİT TAKDİR YETKİSİNİN DENETLENMESİNİN KAPSAM VE YÖNTEMİ

### A. Hâkimce Takdir Yetkisine Dayanarak Verilen Kararın Denetlenmesinin Kapsamı

Dünyanın çoğu ülkesinde, doruktaki yargı organı, işin hukuksal yanını ince- lemektedir ve Danıştay da, bu gereksinmenin sonucu doğmuştur. Gerçekten de- netim organları, “*hukukiliği*” kontrol mercileri olarak kurulmuşlardır. Yani onlara ilk derece mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararların yalnızca hukuksallığını kontrol edebilmek yetkisi verilmiştir. Hâkim, mevcut olan hukuk normlarının, ya-

<sup>53</sup> Yıldırım, İdari Yargı, s.140.

<sup>54</sup> Dinçkol, s.345.

zılı hukuk kurallarının esasına, amacına, şekline uygun hareket etmekle yükümlü tutulmakta ve denetim organları da bu uygunluğu kontrol görevi ifa etmektedirler<sup>55</sup>.

Yüksek bir “yargı denetim müessesesi” olarak Danıştay, ilk derece mahkemesi hâkimi eğer, “*tespit ettiği vakialarda uygulayacağı hukuk kuralının belli edilmesinde yanılmışsa*”; hukuk kuralını yanlış yorumlamışsa yani “*kavramlara kanunun, doktrin ya da jürisprüdansın verdiği tanımlara aykırı anlamlar vermişse*”; “*olgu ve olayların hukuki tavsifi sırasında hata yapmışsa*”; “*hukukî sonucu belli ederken yanılmışsa*” verilen hükmü bozabilecektir<sup>56</sup>.

Hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararlarda ise mevcut yazılı hukuk kurallarının şekline, amacına, esasına bir uygunsuzluk sözkonusu değildir. Eğer sözkonusu ise, doğal olarak, böyle bir durumda hâkim, takdir yetkisine dayanarak hareket etmiş değildir. Çünkü kendisini çemberleyen bir hukuk kuralı vardır, ona tecavüz etmiştir. O halde, ortada ihlâl edilmiş bir kanun ve “hakki çiğnenmiş” bir birey yoksa yani hâkim, kendisini çemberleyen hukuk kaidelerinden hiçbirini ihlâl etmeyerek, belirli bir olay üzerinde kendi görüşlerine göre, durumu serbestçe takdir ederek davranmış, gereken tedbirleri almışsa, yani hâkim takdir yetkisine göre davranmışsa; bu durumda, yalnız hukuksallığı kontrol etmekle görevli olan Danıştay’ın, hâkimin bu şekildeki kararına müdahale etmesi, “*kendisinin ihdasındaki gayeye*” bir tecavüz niteliğinde görülmektedir. Adalet mekanizmasının mükemmel bir şekilde işlemesi ve gelişmesi, hâkimin takdir yetkisine dahil olan bütün hususlarda, Danıştay’ın “*hüküm vermemesini*” gerektirmektedir<sup>57</sup>. Çünkü Danıştay, yalnız ve yalnız hâkimin kararlarının “*hukuksallığını*” kontrol için kurulmuştur, faaliyet alanı bu prensiple sınırlandırılmıştır. Aksi takdirde, yani denetim organlarının hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararları da kendi kontrolleri altında bulundurmaları halinde, bu şekildeki davranış, üst denetim organının, ilk derece hâkiminin yetki sahasına bir tecavüzünü ifade eder. Denetim organları, hâkimin takdire dayalı kararlarını kontrol etmekle, olaylara, mevcut olan kanunların iradesini değil, kendi görüşlerini, bakış açılarını uygulamaktan başka bir şey yapmamış olacaktırlar. Gerçekte, kendi görüşlerini, hâkimin görüşlerine üstün kılmış olmaktadırlar. Bu suretle uygulanacak olan, kanunlar değil, denetim organının kendi takdirlerinin ürünü olarak yarattığı prensip ve kurallardır<sup>58</sup>.

Hukukumuz açısından ise, denetim organı durumundaki Danıştay’ın işin hukuksal yönüne bakacağı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda belirtilmiştir. Kanunun “*Kararın Bozulması*” başlıklı 49. maddesine göre;

<sup>55</sup> Bakı Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, Beşinci Bası, İstanbul 1991, s.3290, 3305.

<sup>56</sup> Dinçkol, s.346. Burhan Gürdoğan, Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Deneme, Ankara 1967, s.42-50.

<sup>57</sup> Dinçkol, s.346-347.

<sup>58</sup> Dinçkol, s.347.

“Madde 49 - 1. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay:

- a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,
  - b) Hukuka aykırı karar verilmesi,
  - c) Usul hükümlerine uyulmamış olunması,
- sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.”

Maddenin açıkça belirttiği üzere ilk derece mahkemesince “hukuka aykırı karar verilmesi” üzerine Danıştay sözkonusu kararı bozacaktır. Çünkü Danıştay, davayı yeni baştan gören, maddi meseleyi inceleyen bir derece mahkemesi değildir.

Danıştay, takdir yetkisinin kullanılmasında yargıyı serbest bırakmamakta ve bağımlı bir takdir yetkisinin varlığını kabul etmektedir. Zira idarenin serbest takdir yetkisinin bulunduğu çoğu olayda, idare mahkemesi hâkiminin “*bu yetkiye müdahale eden bir takdir yetkisi kullanmasına*” müsaade etmemektedir. Ancak bu konuda üzerinde önemle durulması gereken bir husus, bu denetimin ölçülü biçimde kullanılması, objektif kriterler dışında, idarenin takdir yetkisinin sözkonusu olduğu her kararın bozulması yoluna gidilmemesidir. Aksi takdirde mahkemelerin keyfi karar vermesini engellemek için kabul edilen denetim, amacı aşar ve Yüksek Mahkemenin keyfi bozma tehlikesi baş gösterir. Eğer Danıştay, hukuk birliği temin edeceğim diyerek, mahkemelerin her hükmünü keyfi olarak bozarsa, kurulmak istenen hukuk birliğini bizzat kendisi bozmuş olur. Şunu da belirtmek yerinde olacaktır ki, hâkimin kararında “*keyfi davranış*”ın yeri yoktur. Anayasamızın 138. maddesinin birinci fıkrasına göre de, “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler...*”. Bu fıkradaki sıralamaya göre, “*(...) vicdan kanısı etkeni, en sonunda anılmıştır. Bu ilke olarak, Anayasa, yasa ve hukuk kuralları çerçevesinde edinilecek vicdan kanısının yargıya temel tutulacağını göstermektedir. İmdi, hâkimin Anayasaya, Yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından (...) sözedilemez.*”<sup>59</sup>. Demek oluyor ki, hukuka uygunluk ilkesi, hâkimin takdir yetkisinin denetlenmesinde ve onun karar verme sürecinde keyfi davranmamasını sağlayacak öğelerden birisi olacaktır. Herhangi bir kişi veya makamın, kendi kişisel görüşlerine, arzularına göre, hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmadan hareket etmesi demek olan keyfîlik, hukuk devleti prensipleri ile bağdaşamaz.

Hakkaniyete uygun, adil bir yargılama yapmanın önemli gereklerinden biri de yargı kararlarının gerekçeli olarak verilmesidir<sup>60</sup>. Bu açıdan Danıştay’ın denetiminin amaca uygun olması için, bozma kararlarında hâkimlere yön verici nitelikte gerekçe göstermesi gereklidir. Aksine tutum, takdir yetkisinin kullanılmasında işe

<sup>59</sup> AMK., T.12.6.1969, E.1968/38 E., K.1969/34 (AMKD., S.7, ikinci baskı, Ankara 1978, s.331 vd.).

<sup>60</sup> Yahya K. Zabunoğlu, “*Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı*”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar Bildiriler Tartışmalar Belgeler, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.320.



yarayan objektif esasların ortaya konmaması, yüksek mahkemenin hukuk birliğini, hukukun eşit olarak uygulanmasını sağlamak görevi ile açıklanamayacak bir faaliyet yapması demek olacaktır. Takdirin isabetsizliği gibi soyut, genel ifadelerle hükmün bozulması, denetimin haklılığını ortadan kaldıracaktır.

Öte yandan, bir idari yargı kararı, herkesçe geçerli sayılabilecek, yani özneler arası görüş birliğini sağlayabilecek, sağlam ve yeterli belgeler, kanıtlar, gerekçelere dayanmalıdır<sup>61</sup>. Gerekçesi yetersiz veya gerekçesiz kararların özellikle davayı kaybeden tarafta kuşku ve güvensizliğe neden olacağı açıktır<sup>62</sup>.

Gerekçe, kararı inceleyenleri tatmin etmesi bakımından olduğu kadar, karara varan kişinin olayı daha iyi kavramasında da yardımcı olur<sup>63</sup>. Hem temel kanunlarımız, hem de yöntemle ilgili kanunlarımız, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngörmüştür. Bu yöndeki hükümler bir emir niteliğindedir<sup>64</sup>. Danıştay'a göre, "(...) yargı organlarıncaya verilen kararların açık ve anlaşılır gerekçeye dayanması ve gerekçelerin tek tek kararda gösterilmesi suretiyle hem davanın taraflarına kararın metninin açıklanması, hem de yargı denetiminin kolaylaştırılarak etkili kılınması sağlanmıştır."<sup>65</sup>

Gerekçe, sözcük kökeni bakımından bir "neden"dir, yani kararın nedenidir. Sağlıklı ve geçerli bir kararda hâkim, hükme ne şekilde ulaştığını izah etmektedir. Yoksa hâkim, hiç bir gerekçe göstermeden olumlu veya olumsuz bir hüküm koyamaz<sup>66</sup>. Adalet duygusunun yerleşmesi, verilen kararın doğruluğuna, sağlıklı ve

<sup>61</sup> Teo Grünberg, Felsefe ve Felsefi Mantık yazıları, YKY, İstanbul 2005. s.277. Danıştay, örneğin memur atamaları konusunda, idarenin somut bilgilere dayanmayan gerekçelerle atama yapmamasını hukuka aykırı bulmaktadır: "Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi (...) genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer. (...) Yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasında "ilgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek (...) atama işlemini yetkili makamın sübjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine sübjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşır. (...) Davalı idarenin güvenlik soruşturmasına ve yine bu soruşturma sonucu elde edilen (ve ...) somut olmayan bilgilere dayanarak davacının atamasının yapılması yolundaki dava konusu işleminde hukuka ve Anayasaya uyarlık bulunmamaktadır." D.5.D., T.13.03.2003, E.2001/5253, K.3003/796 (Danıştay Dergisi, S.2). Bk. İsmet Giritli / Pertev Bilgen / Tayfun Akgüner / Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2012, s.118-119.

<sup>62</sup> Yasemin Işıқтаç / Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s.171.

<sup>63</sup> "İdari yargı yerlerinin kararlarının gerekçeli olması, hem davanın taraflarına kararın nedenini açıklaması, hem de yargı denetimini kolaylaştırması ve etkili kılması yönünden zorunludur." Gözübüyük / Tan, s.1139.

<sup>64</sup> Anayasa m.141/3; CMK., m.34(1), HMK., m.321/(2), m.370/(1).

<sup>65</sup> D.3.D., T.19.12.2002, E.2001/3496, K.2002/4361 (UYAP, 12.01.2013).

<sup>66</sup> "Gerekçe, yargıcın davada belirlediği maddi olaylarla, hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi görür."

geçerli oluşuna ne denli bağlı ise, tarafların onun nedenini benimsemelerine de o denli bağlıdır<sup>67</sup>.

İşte karardaki adaleti vurgulamak ve kaybeden tarafa kararın, keyfi bir karar olmak yerine, mantıksal/diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğunu göstermek üzere gerekçeye yer verilmektedir<sup>68</sup>. Gerekçe bir başka bakımdan da gereklidir. Bu gereklilik, hâkimin kararlarının üst yargı mercileri tarafından denetlenmesi içindir. Bir hukuki hükümde gerekçe bulunmaması, hükmü denetlemekle görevli yargılama yüksek makamlarının, hükmün doğru olup olmadığını kontrol olanağını da ortadan kaldıracaktır<sup>69</sup>.

Mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Milletlerarası andlaşma ve sözleşmelerde kararların gerekçeli olması, adil yargılama hakkı kapsamında düşünülmüş ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları bu yönde oluşmuştur. Adil yargılanma hakkı, mahkemenin kararının, mutlaka ve otomatik olarak bir veya diğer tarafın yaptığı beyanlara dayandırılması değil, mahkemeye taraflarca sunulmuş olan bütün fiili ve hukuki delillerin tarafsız bir şekilde göz önüne alınmasını gerektirir<sup>70</sup>. Mahkeme taraflarca kendisine sunulan bütün delilleri, hüküm açısından önemli olsun olmasın, önyargısız olarak değerlendirmelidir. Sözleşmenin 6/1 maddesine göre, mahkemeler kararlarını gerekçeli olarak yazmak yükümlülüğü altında olmakla birlikte, bundan

Hüseyin Turan, "Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Mahkeme Kararlarında Gerekçe", Yargıtay Dergisi, C.31, S.3, s.406. Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.261. "(...) Yargılama Hukukunda, yargı (hüküm), uyumsuzluğu çözmekle görevli ve yetkili yargı yerinin, yargılama sürecinin sonunda ulaştığı "sonuç" tur. Yargı yerinin bu sonuca ulaşırken bir gerekçeye dayanması, hem Anayasamızda, hem de Yargılama Hukukumuzda yer alan ilkelere aittir. Gerekçe, hakimin, önüne gelen uyumsuzlukla ilgili olarak saptadığı maddi olgular ile verdiği hüküm arasındaki hukuki değerlendirmedir. Başka bir deyişle gerekçe, maddi olgular ile hüküm fıkrası arasındaki köprüdür. Gerekçe, aynı zamanda kararın hukuka uygun olup olmadığını denetlenmesine de olanak tanır. Yargı kararlarının mutlaka gerekçeli olması gerektiği yolundaki ilkenin amacı da budur." D.7.D., T.05.04.2004, E.2000/9532, K.2004/814 (Danıştay Bilgi Bankası).

<sup>67</sup> Danıştay'a göre, "Yargılama Hukukunda, yargı (hüküm), uyumsuzluğu çözmekle görevli ve yetkili yargı yerinin yargılama sürecinin sonunda ulaştığı "sonuç" tur. Yargı yerinin bu sonuca ulaşırken bir gerekçeye dayanması, hem Anayasamızda, hem de Yargılama Hukukumuzda yer alan ilkelere aittir. Gerekçe, yargıcın, çözümlenemeyen durumda olduğu uyumsuzluğa uygulanması gereken soyut hukuk kuralının saptanmasında, yorumlanmasında ve tüm ayrıntılarıyla ortaya konulup nitelendirilen maddi olaya uygulanmasında izleniş olduğu yöntemi gösteren ve, bu özelliği sebebiyle, yargılamanın nesnellığı ile varılan yargının doğruluğu konusunda davanın taraflarına güven, üst yargı yerine de denetleme olanağı veren açıklamadır." D.7.D., T.19.04.2004, E.2001/4131, K.2004/1066 (Danıştay Bilgi Bankası). Aynı nitelikte, D.7.D., T.31.12.2004, E.2003/2139, K.2004/202 (Danıştay Bilgi Bankası).

<sup>68</sup> Mustafa Tören Yücel, Hukuk Sosyolojisi, Ankara 2004, s.183.

<sup>69</sup> Temyiz yoluna başvurma hakkını kullanacak kimse de ancak gerekçeden yola çıkarak hükmün hukuka aykırılığı konusunda görüşlerini ortaya koyabilir. Akıncı, s.262.

<sup>70</sup> "Yargıcın tarafsız olması kadar "tarafsız görünmesi" de son derece önemlidir. Yargıcın etik değerlere uygun davranması, insan hakları ve adalet değerlerinin algılanmasında yurttaşın güven verir." Akıncı, s.89. Mustafa Kutlu, "Hukuk Devletinde Yargıç Mesruiyetinin Görünüm Biçimleri", [http://www.turk-hukukusitesi.com/faq/yargic\\_mesruiyeti.shtml](http://www.turk-hukukusitesi.com/faq/yargic_mesruiyeti.shtml) (10.01.2013).

tarafının her iddiasına karşı ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak davanın esasına yönelik iddia ve talepler gerekçede karşılanmalı, bunların dışındakilerin ise davanın esasını ile ilgili olmadığı belirtilmesi ile yetinilmelidir<sup>71</sup>.

Gerekçenin sağlıklı bir şekilde kaleme alınması çok önemlidir. Zira gerekçeden beklenen yararın gerçekleşmesi ancak bu sayede mümkün olacaktır. İdari yargı karar gerekçesinde özellikle iki tür gerekçenin yer alması gerekir. Bunlardan ilki karar açısından belirleyici olan bir takım olay ve vakıaları anlatan “maddi sebepler”, diğeri ise bu olay ve vakıaların hukuki değerlendirmesini içeren “hukuki sebepler”dir. Karar için belirleyici maddi olay ve vakıalar ifade eden maddi gerekçeler kısa ve açık şekilde ifade edilmelidir. Durumun kronolojik sıraya göre açıklanması kararın daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır. Hukuki gerekçe ise yöneldiği hukuki sonucu ve arkasından da dayandığı temel sebebi gösterir, Kararın dayandığı hukuki hükümler bilinen hükümler değilse kararda zikredilmelidir<sup>72</sup>.

## B. Takdir Yetkisine Dayanarak Hâkim Tarafından Verilen Kararın Denetlenmesinde Yöntem

Hâkimin takdir kararını denetleyen bir Yüksek Mahkeme, bu kararın hukuk kuralı çerçevesinde verildiğini tespit ettiği takdirde, onama kararı ile onun doğru olduğunu belirterek, üzerindeki yanlışlık kuşkusunun kaldırılmasını sağlayacaktır. Ancak, dosya içeriğine göre, çelişen ya da hukuka uymayan bir gerekçe ile verilen veya gerekçesi bulunmayan<sup>73</sup> bir takdir kararı ile karşılaşan denetim organı, bunlara değinmekle yetinecek ve bozduğu karar dosyasını, yeniden değerlendirme üzere ilk mahkemeye geri gönderecektir. Danıştay'ın, ilk derece idare

<sup>71</sup> İter Aksoylu, “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=70](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70) (20.10.2012). Danıştay 12. Dairesinin bir kararındaki tetkik hâkiminin görüşüne göre, “Mahkeme kararının gerekçeli olması, gerek kanun yoluna başvurma gerekse hakkaniyete uygun bir görüntü sunmak açısından davanın taraflarının menfaatini ilgilendirdiği gibi, demokratik bir toplumda kamunun menfaatini de ilgilendirmekte, mahkemelere olan güveni pekiştirmektedir. Gerekçeli karar ilkesi, özellikle kanun yollarının açık olduğu durumlarda, hakkaniyete uygun yargılanma kavramının önemli bir unsurudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de; mahkemenin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğünü hakkaniyete uygun yargılama ilkesi çerçevesinde tanımaktadır. Gerekçenin öğrenilememesi, gerekçede tarafların savlarına cevap verilmemesi ve yetersiz, yasaya dayanmayan gerekçelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesine dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu belirten Hadjinastassiou (Yunanistan), Ruiz Torija (İspanya), Georgiadis (Yunanistan), De Moor (Belçika) kararları bulunmaktadır. Mahkemelerin uyumsuzluk konusu olayı çözümlenerek vardığı sonuca ilişkin gerekçede; birbiri ile çelişen, tutarlı olmayan ifadelerin kullanılmış olması Anayasanın yukarıda yer verilen kuralı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkına ilişkin 6/1. maddesine de aykırılık oluşturacaktır.” D.12.D., T.13.01.2005, E.2002/1760, K.2005/20 (Danıştay Bilgi Bankası).

<sup>72</sup> Aksoylu, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=70](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70) (20.10.2012).

<sup>73</sup> Hukuk sistemleri genellikle verilen kararda gerekçelerinin de gösterilmesini emretmektedir. Gerekçe gösterme zorunluluğu için bk. Mehmet Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.198-206.

mahkemesinin yerine geçerek değerlendirme olanağı ve dolayısıyla yetkisi yoktur. Denetlemenin amacı, varsa bir hukuksal yanlışlığı ortaya koymaktır, yoksa hâkimin verdiği takdir kararını ortadan kaldırıp, onun yerine takdir kararı vermek değildir. Hâkimce verilen takdir kararı, belirli bazı durumlarda Yüksek Mahkemeler tarafından mutlaka denetlenmektedir. Bunlar, “*takdir yetkisinin sınırlarının aşılmaması*”, “*takdir yetkisinin kullanılmasında gözönünde tutulması gereken ilkelere uygun hareket edilmemiş olması*” gibi iki genel başlık altında toplanmaktadır<sup>74</sup>.

Türk hukukunda hâkimce verilen takdir kararlarının denetlenmesini yapan Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi Yüksek Mahkemeler; takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığını; uygulanan kuralın amacına ve güttüğü değerlere göre bulunmuş çözümlerle kuralın bütünleşip bütünleşmediğini; objektif ölçülerden ilham alınıp alınmadığını; yerine göre bilimsel içtihatlardan ve yerleşmiş yargı kararlarından yararlanılıp yararlanılmadığını inceleyecektir<sup>75</sup>. Bu açıdan hâkimin çalışma tekniğini tanımlayacak, formüle edecek ve sistemleştirecek, bilimsel, akılcı, denetlenebilir ve tartışılabilir bir metodoloji, hâkimin takdir kararının eleştiri ve denetimi için bir araç işlevini görecektir.

## VI. DANIŞTAY KARARLARININ, HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Türk hukukuna göre, bir mahkemenin kararı diğerleri için bağlayıcı olmaktan uzaktır. Hatta aynı mahkeme, aynı mahiyetteki başka bir olayda evvelce verdiği kararlar gereğince hareket etmek zorunluluğunda değildir. Yargıtay, Danıştay gibi Yüksek Mahkemelerin kararları dahi mahkemeleri bağlayıcı olmaktan ziyade, onlara verecekleri hükümlerde rehberlik eder. Bunun sonucu olarak, hâkimler, hiç şüphesiz “yasallık” prensibinin tanıdığı sınırlar içinde kalmak koşulu ile kendi görüşlerine dayanarak karar vermekte serbesttirler<sup>76</sup>.

Kural olarak yargı kararları, ilişkin bulunduğu davaya konu uyumsuzluk bakımından geçerlidir. Bağlayıcı olma özelliğinin genelliği nedeniyle benzer olaylarda da idarece uygulanma zorunluluğu bulunan tek karar Danıştay içtihatları birleştirme kararlarıdır. Ancak hemen belirtmek gerekmektedir ki, içtihatların birleştirilmesi kararları daha önceki tarihlerde verilen ve kesinleşen yargı kararlarını etkilemediğinden, bu kararların uygulanmamasına gerekçe oluşturamaz. İctihatların birleştirilmesi kararları haricinde, yargı kararlarının benzer olaylarda uygulanma zorunluluğu bulunmama ile beraber yargı kararlarının yerleşik hale gelmeleri halinde

<sup>74</sup> Dinçkol, s.349.

<sup>75</sup> Seyfullah Edis, “*Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi*”, AÜHF.D., C.XXX, 1973, S.1-4, s.193.

<sup>76</sup> Uğur Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara 1958, s.81.

benzer olaylarda gözetilerek uygulanması, idarenin hukuka bağlılığının ve saygısının bir gereği olarak kabul edilmelidir<sup>77</sup>.

Mahkeme kararından davacıdan başka kimselerin yani üçüncü şahısların faydalanabilmesi için, mahkemece iptal olunan kararın genel, objektif, gayri şahsi olması gerekir. Sadece davacının şahsını hedef tutan bir kararın iptalinden başkalarının faydalanmaları mümkün değildir<sup>78</sup>.

Ancak, alt derece mahkemeler, kararlarını yeniden inceleyecek olan üst derece mahkemenin, denetim organının kararlarına, onun yol gösterici örneklerine uymaya kendilerini mânen mecbur hissederler. Çünkü mahkemelerin, aynı çözüm şekline tâbi, her gün tekrarlanan olaylarda, mevzuatı münakaşa etmeleri pratik değildir. Hâkimler, bir kere doğruluğuna kanaat getirdikleri çözüm şeklini bir adet haline koyarlar. Bu da, mahkemelerin kendi kararları açısından, kendi istikrarları bakımından benzer olaylarda benzer uygulamaların yapılmış olmasını sağlayacak ve hukuki eşitliği meydana getirecek bir yön çizmelerini temin eder. Aslında uyumsuzluğu çözmekle görevli olan hâkimin kendisinden önce benzer olayda “nasıl karar verildiğini” araştırması ve kararını buna göre belirlemesi durumu, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de görülmektedir. Böylece hâkim hem kararın sorumluluğunu tek başına üstlenmek gibi psikolojik bir yükten kurtulmakta, hem de kararların Danıştay tarafından denetlenmesi söz konusu olduğuna göre, hukuk hayatında birlik, kesinlik ve ahenk sağlanması amacı gerçekleşme şansına kavuşmaktadır<sup>79</sup>.

O halde, Danıştay'ın verdiği kararların, hâkimin takdir yetkisini kullanarak oluşturduğu kararlara etkisi olduğu açıktır. Hukukun tüm ülkede aynı şekilde uygulanmasının gerekliliği, yasa önünde eşitlik ilkesi ve mahkeme kararları arasındaki çelişmenin giderilmesi çabaları, bunu doğal olarak meydana getirecektir. Ancak, bunda çok dikkatli olunması da gerekmektedir. Çünkü Danıştay'ın kararlarını tamamen yadsımak ne derecede keyfiliğe yol açar, genel bütünlükten uzaklaştırırsa, her kararının tartışmasız doğruluğunun kabulüyle tamamen onun doğrultusunda karar vermek de aynı derecede tehlike yaratır<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Aksoylu, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=70](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70) (20.10.2012).

<sup>78</sup> “... Yargı kararlarının sadece hüküm fıkraları itibarıyla değil gerekçeleri itibarıyla da bağlayıcı olmaları nedeniyle uygulanmasında idareler tarafından karardaki gerekçeler de dikkate alınmak suretiyle yeni işlemler tesis edilmesi gerektiği, öte yandan bireysel işlemlere karşı açılan davalarda iptal kararının sonuçlarından sadece davayı açan kişilerin yararlanabileceği de açıktır...” D.2.D., T.13.02.2008, E.2007/1627, K.2008/698 (Danıştay Bilgi Bankası).

<sup>79</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Dördüncü Baskı, Ankara 1996, s.455.

<sup>80</sup> Dinçkol, s.351.

## VII. SONUÇ

İdarelerin nerede, ne zaman, nasıl ve ne şekilde işlem tesis edeceklerinin önceden düzenlenmiş kurallarda saptanmasına olanak yoktur. Bu itibarla kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, bu hizmetleri bütün ayrıntılarıyla gereği gibi düzenlemesinin mümkün olmadığı hallerde, idareye hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur. Mevzuatta sadece genel ilkeler belirlenir, soyut bir düzenleme yapılır ve ayrıntıların düzenlenebilmesi için idareye serbest bir takdir alanı bırakılır.

Takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu nedenle idare takdir yetkisini kullanırken, keyfi biçimde davranamaz. Gerekli inceleme ve araştırmaları yaptıktan, bunları somut kanıtlarla destekledikten sonra takdir yetkisini kullanılmalıdır. Takdir yetkisinin olduğu durumlarda bile idare haklı gerekçe göstermek zorundadır.

Takdir yetkisinin Anayasanın eşitlik ilkesi çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığının yargı yerlerince denetlenmesi de idari yargılamamanın ana niteliklerinden biridir.

Günümüzde denetimsiz bir takdir yetkisinden söz etmek olanağı bulunmamaktadır. İdarenin takdir yetkisini denetleme güç ve yetkisini tanıdığımız hâkimin, kendi takdir kararlarının denetlenmesinin mümkün olmadığı da savunulamayacaktır. Doğal olarak idarenin takdir yetkisini denetleyebilen hâkimin, kendi takdir yetkisini kullanma şekli de bir başka hâkim ya da hâkimler grubunca denetlenecektir. Hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararın denetlenmesinden güdülen amaç; takdir kararının benzer olaylarda benzer şekilde oluşmasını, yani çelişmeleri ortadan kaldırarak “*tek biçimliliği*” ve dolayısıyla hukuk güvenliği ile yasa önünde eşitlik ilkesini sağlamak ve hâkimin de “*yanılabileceği*” veya “*takdir kararının taraflar için doyurucu olmayabileceği*” ihtimali ile adaletin doğru olarak gerçekleşmesine yardımcı olarak, kişilerin ve toplumun adalet hissini tatminini sağlamaktır

İdare ve vergi mahkemeleri kararları, Danıştay’ın denetim süzgecinden geçtiği için, yerindelik denetimi yaşayının anlam ve kapsamı, nihayetinde Danıştay kararları ile belirlenmektedir. Eğer ilk derece mahkemelerinin idari tasarruflar üzerinde kullandığı denetim yetkisinin, Danıştay tarafından, tarafsız, objektif, istikrarlı, toplumda adalet ve yargıya güven duygusunu sarsmayacak bir şekilde denetlendiği gözlenirse, idarenin gerekleri ve bireysel hak ve özgürlükler arasında sağlıklı bir dengenin kurulduğu anlaşılacaktır.

Hâkim, idarenin yerine geçerek alacağı kararlarıyla idari işlem veya idari karar oluşturamaz.

Dünyanın çoğu ülkesinde, doruktaki yargı organı, yani Danıştay, işin hukuksal yanını incelemektedir ve bu gereksinimin sonucu doğmuştur. Gerçekten denetim organları, “*hukukiliği*” kontrol mercileri olarak kurulmuşlardır. Yani onlara

ilk derece mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararların yalnızca hukuksallığını kontrol edebilmek yetkisi verilmiştir. İşte karardaki adaleti vurgulamak ve kaybeden tarafa kararın, keyfi bir karar olmak yerine, mantıksal/diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğunu göstermek üzere gerekçeye yer verilmektedir.

Hâkimin takdir kararını denetleyen Yüksek Mahkeme, bu kararın hukuk kuralı çerçevesinde verildiğini tespit ettiği takdirde, onama kararı ile onun doğru olduğunu belirterek, üzerindeki yanlışlık kuşkusunun kaldırılmasını sağlayacaktır. Ancak, dosya içeriğine göre, çelişen ya da hukuka uymayan bir gerekçe ile verilen veya gerekçesi bulunmayan bir takdir kararı ile karşılaşan denetim organı, bunlara değinmekle yetinecek ve bozduğu karar dosyasını, yeniden değerlendirme yapmak üzere ilk mahkemeye geri gönderecektir. Danıştay'ın, ilk derece idare mahkemesinin yerine geçerek değerlendirme olanağı ve dolayısıyla yetkisi yoktur.

### **KAYNAKÇA**

- Akıncı, Müslüm, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Akmanlar, Bülent, “*Cezada Hâkimin Takdir Selâhiyeti*”, Ankara Barosu Dergisi, 1960, S.2.
- Aksoyulu, İlter, “*İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı*”, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=70](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=70) (20.10.2012).
- Alacakaptan, Uğur, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara 1958.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1979.
- Atay, Ender Ethem, “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı Ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği*”, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu 2008, [http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler\\_ayriligi\\_ilkesi.htm](http://www.danistay.gov.tr/kuvvetler_ayriligi_ilkesi.htm) (02.10.2012).
- Berki, Şakir, *Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahsın ve Aile Hukuku*, Ankara 1969.
- Bonnard, Roger, *İdarenin Kazai Murakabesi*, çev.Ahmet Reşit Turnagil, İstanbul 1939.
- Çağlayan, Ramazan, “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, Aralık 2003.
- Daştan, Deniz, “*Takdir Yetkisi, Yargısal Denetim ve Yerindelik*”, İstanbul Barosu Dergisi, S.2, Haziran 2003.
- Dinçkol, Abdullah, *Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, 8. Basım, İstanbul 2012.
- Duran, Lütfü, “*İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü I*”, Amme İdaresi Dergisi, C.20, S.4, Aralık 1987.

- Edis, Seyfullah, “*Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi*”, AÜHF.D., C.XXX, 1973, S.1-4.
- Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 4.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001.
- Ersan, Gökçe, “*İdarenin Takdir Yetkisi Ve Takdir Yetkisininin Yargısal Denetimi*”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon 2008.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun / Berk, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2012.
- Gözübüyük, Abdullah Şeref, Yönetmelik Yargı, 28. Bası, Ankara 2009.
- Gözübüyük, Abdullah Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku C.2, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2010.
- Grünberg, Teo, Felsefe ve Felsefi Mantık yazıları, YKY, İstanbul 2005.
- Günday, Metin, “*İdari Yargının Görev Alanınının Anayasal Dayanakları*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.14, 1997.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Gürdoğan, Burhan, Yargıcın Takdir Hakkınının Yargıtayca Denetlenmesi, Deneme, Ankara 1967.
- Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Dördüncü Baskı, Ankara 1996.
- Hacıoğlu, Halime, “*Türk Hukukunda Yargı Denetimi Dışında Tutulan İdari İşlemler*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- İşıktaç, Yasemin / Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.
- Karahanoğulları, Onur, “*İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri Ve Takdir Yetkisininin Yargısal Denetimi*”, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/yargidenetimininsinirlanmasi.pdf> (04.11.2012).
- Kırıışık, Fatih / Aydın, Nizamettin, “*İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisininin Varlığı sorunu*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.7, <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/iibfd/article/viewFile/2514/2258>, (11.01.20013).
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, Beşinci Bası, İstanbul 1991.
- Kutlu, Mustafa, “*Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri*”, [http://www.turkhukuk sitesi.com/faq/yargic\\_mesruiyeti.shtml](http://www.turkhukuk sitesi.com/faq/yargic_mesruiyeti.shtml) (10.01.2013).
- Olgaç, Senai, “*Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hâkimlere ve Yargıtay'a Düşen Ödevler*”, Ankara Barosu Dergisi, 1968, S.3.
- Oytan, M., “*Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması*”, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı, Ankara 1990.
- Öden, M., Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.



- Sivrihisarlı, Ömer, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, İstanbul 1978.
- Surlu, Mehmet Handan, “*Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler*”, *Adalet Dergisi*, Y.61, Kasım 1970, S.11.
- Şenlen, Süheyla, “*Türkiye’de İdari yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5342.pdf>, (11.01.2013).
- Turan, Hüseyin, “*Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Mahkeme Kararlarında Gerekeçe*”, *Yargıtay Dergisi*, C.31, S.3.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “*Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı*”, *Danıştay Dergisi*, Ankara 1973, S.11.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul 2009.
- Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.
- Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2010.
- Yıldırım, Turan, “*Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu*”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, s.7, [www.insanbilimleri.com](http://www.insanbilimleri.com), (03.11.2012).
- Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 2004.
- Zabunoğlu, Yahya K., “*Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı*”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar Bildiriler Tartışmalar Belgeler*, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000.



## MİLLETLERARASI TAHKİMDE YENİ GELİŞMELER: TAHKİM YARGILAMASI SÜRECİ VE MASRAFLARININ AZALTILMASI

*(International Arbitration Recent Developments:  
Reducing the Duration of and the Costs in Arbitration  
Proceedings)*

Begüm Hande ERTÜRK\*

### ÖZET

Kullanıcıların milletlerarası tahkimden bekledikleri en önemli iki husus davanın hızlı ve mümkün olduğunca az masraflı bir şekilde kabul edilebilir, mantıklı bir sonuca ulaşabilmesidir. Bu iki önemli hedefe ulaşabilmek için tanıkların nasıl dinleneceği, duruşmanın nasıl olması gerektiği gibi detaylar içermeyen tahkim kurallarının doktrin ve milletlerarası tahkim kurumlarının hazırladıkları öneri niteliğindeki raporlarla desteklenmelidir. Çalışmamızda tahkim yargılaması masrafları ile ilgili genel bir bilgi verildikten sonra bahsi geçen raporlar ve doktrin ışığında dava yönetim teknikleri tahkim yargılaması süreci ve masraflarının azaltılması açısından irdelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Dava yönetim konferansı, Dava yönetim teknikleri, Hakemlerin ücret ve masrafları, Milletlerarası Tahkim Kanunu, Milletlerarası Tahkim Odası 2012 tahkim kuralları, Dava süreci, UNCITRAL 2010, Tahkim yargılaması masrafları, Yargılamanın hızlandırılması.

### *Abstract*

To reach an acceptable resolution as quickly and as inexpensively as possible are the most important issues expected by users from International Arbitration. In order to reach the sated goal, the rules of arbitration revised which do not concern procedure details regarding hearing of witnesses, case management etc., shall be supported by doctrine and advisory reports prepared by international arbitration institutions. In this study, after general explanations regarding costs of arbitration, the techniques advised by aforementioned reports and doctrine are examined with the purpose of avoiding the same mistakes over and

\* Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

over again during arbitration process and of reducing duration of arbitration proceedings and costs of arbitration.

**Keywords:** Arbitrators' fee and costs, Arbitration process, Case management conference, Case management techniques, Costs of arbitration, Fast-track procedure, The rules of arbitration of the International Chamber of Commerce 2012, UNCITRAL 2010.

## GİRİŞ

Yıllar geçtikçe tahkim yolunun diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden daha çok tercih edildiği görülmektedir. Bunun nedeni tahkim yolu ile uyuşmazlığın dava sürecine nazaran daha hızlı bir şekilde sonuca bağlanması ve tahkim yargılamasının esnek ve daha özel usullere tabi olmasıdır. Hakem kararlarının mahkeme kararlarına nazaran diğer ülkelerde daha kolay icra edildiğini de unutmamak gerekir. Fakat günümüzde özellikle uluslararası ticari ilişkilerin büyüklüğü, çok yönlü ve çok taraflılığı tahkim yargılamasında da dava sürecinin uzamasına sebep olmaktadır. Bu durum tahkim giderlerinin git gide artması ve böylece milletlerarası tahkim kullanıcılarının da memnuniyetsizliği sonucunu doğurmuştur. Milletlerarası tahkimin bu nedenlerden dolayı itibar kaybetmemesi ve ortaya çıkış amaç ve hedeflerinden sapmaması için birçok ülke ve tahkim kurumları tahkimde yargı giderlerinin ve masrafların azaltılması ile ilgili milletlerarası tahkim kurallarında reforma gitmektedirler.

UNCITRAL<sup>1</sup>'in gözden geçirilmiş 2010 tahkim kurallarında en çok göze çarpan hususlardan biri makul (*reasonable*) ibaresinin bir çok madde hükmünde kullanılmış olmasıdır<sup>2</sup>. Tahkim giderlerinin tanımlandığı UNCITRAL 2010 m. 40<sup>3</sup>'ta masrafların makul bir şekilde hesaplanması gerektiği anlaşılrsa da *hesaplama yöntemi* açıklığa kavuşturulmamıştır. UNCITRAL 2010 m. 41/1<sup>4</sup>'de ise sadece hakem

<sup>1</sup> “15 Aralık 1976 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 31/98 sayılı Kararı ile kabul edilen UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu) Tahkim Kuralları, ticari alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne yönelik olarak geniş kapsamlı usul kuralları oluşturmak düşüncesi sonucu ortaya çıkan kurallardır. Bu kurallar geçici (*ad hoc*) tahkim süreçlerinde kullanılmakla birlikte *kurumsal tahkim* süreçlerinde de uygulanabilmesi için uyuşmazlık tarafları arasında var olan anlaşma veya sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması gerekir”. Ormanoğlu, B.: Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Milletlerarası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Ankara, Mart 2004, s. 145-147 (Çevrimiçi) [www.bumko.gov.tr/TR/Genel/dg.ashx?DIL=1...14712...pdf](http://www.bumko.gov.tr/TR/Genel/dg.ashx?DIL=1...14712...pdf), 15.02.2013.

<sup>2</sup> UNCITRAL 2010 m. 2/4, m. 42/1, m. 6/4, m. 17/1, m. 26/3-b.

<sup>3</sup> UNCITRAL 2010 m. 40'ta makul şekilde hesaplanması gereken masraf çeşitleri şunlardır: The *reasonable* travel and other expenses; The *reasonable* costs of expert advice and of other assistance required by the arbitral tribunal; The *reasonable* travel and other expenses of witnesses to the extent such expenses are approved by the arbitral tribunal; The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is *reasonable*.

<sup>4</sup> UNCITRAL 2010 m.41/1: The fees and expenses of the arbitrators shall be reasonable in amount, taking into account the amount in dispute, the complexity of the subject matter, the time spent by the arbitrators and any other relevant circumstances of the case.

ücretlerinin ve masraflarının makul bir şekilde hesaplanmasında dikkate alınması gereken hususlar belirtilmiştir. Bunlar: Uyuşmazlık bedeli, dava konusunun karmaşıklığı, tahkim süreci ve dava ile ilgili diğer koşullardır. Dolayısıyla aşırı olmayan, uygun, elverişli anlamlarına gelen “makul<sup>5</sup>” ibaresinin ve özellikle nitelediği ücret, masraf ve tutarın belirlenmesinin, sınırlarının tespitinin doktrine, tahkim kurumlarına ve tarafların iradesine bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Paris, tahkimin merkezi olarak bilinmektedir. Dolayısıyla, Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'nin en çok tercih edilen tahkim yeri olma özelliğini koruyabilmesi adına Fransa tahkim kurallarını daha esnek tutmayı hedeflemiştir. Bu nedenle 13 Ocak 2011 tarihinde çıkarmış olduğu 2011- 48 numaralı Kararname ile iç ve dış tahkim kurallarına yeni düzenlemeler getirmiş ve böylece iç ve dış tahkim kurallarından özellikle yargılama usûlüne ilişkin olanları basitleştirme ve etkinliğini arttırma yoluna gitmiştir. Örneğin, devlet mahkemesi bazı durumlarda tahkimin iyi ilerlemesini ve adil yargılamayı garanti etmek adına tahkim davasına müdahale edebilecektir<sup>6</sup>. Bu bağlamda reformun asıl amacının tahkim usûlünü kolaylaştırmak ve tahkim yargılama giderlerinin ve masraflarının azaltılmasına da katkı sağlaması adına hızlandırmak olduğu söylenebilir<sup>7</sup>.

1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren MTO<sup>8</sup> Tahkim Kuralları ise (*The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce 2012*), 1998 MTO'nun Tahkim Kuralları'na nazaran yeni ve önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu yeni düzenlemeler, ticari hayatın ve iletişimin hızla değişip geliştiği dünyamızda teknolojik ve ekonomik gelişmeler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu son değişiklikler ile zaman kaybını önlemek ve tahkim giderlerini azaltmak için yeni yönetim teknikleri geliştirilmiştir<sup>9</sup>.

Çalışmamızın ilk bölümünde yukarıda bahsi geçen düzenlemeler çerçevesinde yargılama giderlerinin kalemleri hakkında bilgi verilmektedir. İkinci bölümünde ise birinci bölüm kapsamındaki giderlerin hangi yollarla azaltılabileceği özellikle MTO Tahkim Kuralları 2012 çerçevesinde incelenmektedir.

<sup>5</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=MAKUL](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MAKUL), 15.02.2013.

<sup>6</sup> Detaylı bilgi için bkz. JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 773 texte n° 8 RAPPORT Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage (Çevrimiçi) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417498>, 15.02.2013.

<sup>7</sup> Detaylı bilgi için bkz. *de Pouzilhac, C., Richemond, R.*: La réforme du droit français de l'arbitrage interne et international (Çevrimiçi) <http://www.fr.cej.org/pdf/Article%20Bersay%20Arbitrage%20Fr.pdf>, 15.02.2013.

<sup>8</sup> Milletlerarası Ticaret Odası'nı (International Chamber of Commerce-ICC), 1919 yılında savaş sonrası dönemde müttefik (Belçika, İngiltere, Fransa, İtalya, ABD) iş adamları Atlantic City'de ilk kez bir araya gelerek kurulmuştur. Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (ICA - International Court of Arbitration) 1923'te MTO'nun tahkim grubu olarak milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hakemlik yolu ile çözümünde önemli bir mekanizma görevi yürütmektedir. (*Ormanoğlu*, Uluslararası Tahkim, s. 117-119).

<sup>9</sup> Detaylı bilgi için bkz. çalışmamız s. 15 vd.

## I. YARGILAMA GİDERLERİ

Yargılama giderleri Milletlerarası Tahkim yargılamasının yürütülebilmesi için yapılması gerekli bütün harcamaları ifade eder<sup>10</sup>. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK.) "Tahkim Giderleri" 6. bölümde bir tek madde (m. 16) halinde düzenlenmiştir. MTK'da yer alan tahkim giderleri ile ilgili hükümler 15 Aralık 1976 tarihli UNCITRAL tahkim kurallarının 38-41. maddelerinden iktibas edilmiştir. MTK.'nın mehzazını teşkil eden UNCITRAL Model Kanunu'nda tahkim giderleri ile ilgili bir hüküm yoktur. UNCITRAL 2010 Model Kanunu m. 40 ise giderlerin tanımına, kapsamına yer vermektedir. Milletlerarası Tahkim Odası 2012 tahkim kurallarında ise tahkim masrafları ve hakem ücretleri ile ilgili detaylar Ek III'te belirtilmiştir.

### A. HAKEM ÜCRETLERİ VE İDARİ GİDERLER

Hakem ücretleri ve idari giderler MTK, MTO, UNCITRAL ve ICSID<sup>11</sup>'in tahkim kuralları çerçevesinde incelenmektedir.

Kısaca tanımlamak gerekirse yargılama giderlerinin ilk kalemi olarak anılan hakemlerin ücreti, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için sarf ettikleri emek ve zamana karşılık hakemlere ödenecek ücrettir<sup>12</sup>.

#### 1. Hakem Ücretleri

##### a) Hakemin Ücret Hakkı ve Bu Hakkın Temeli

"Vekâlet Verenin Borçları" kenar başlığı ile düzenlenen Türk Borçlar Kanunu (TBK.) m. 510 vekilinin masraflarının ve avansların ödenmesi düzenlemiş ancak müvekkilin ücret ödeme borcundan söz edilmemesi vekâletin kural olarak ücretsiz olduğunu kabul eden Roma hukukunun etkisinden kaynaklanmaktadır<sup>13</sup>. Vasiyetli tenfiz memuru (MK. m. 497) ve simsarlık ücretini düzenleyen TBK. m. 521 dışında Kanun esas itibarıyla vasıflı, karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen bir

<sup>10</sup> *Kalpsüz T.*: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007  
2010, s. 158-159.

<sup>11</sup> Yatırım ve Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID), Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile kurulan uluslararası bir kuruluştur. Washington Sözleşmesi olarak da bilinen bu sözleşmeyi, Türkiye iki konuda çekince koyarak söz konusu sözleşmeyi 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış, 3460 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylanması uygun bulunmuş ve 88/13325 sayılı BKK ile de onaylanmıştır. ICSID Sözleşmesi'ne bağlı olarak işleyen hakemlik ve arabuluculuk hizmetlerine başvuru tamamıyla uyuşmazlık taraflarının isteğine bağlıdır. Detaylı bilgi için bkz. *Ormanoğlu*, Uluslararası Tahkim, s. 96-117.

<sup>12</sup> *Kalpsüz*, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2010, s. 158-159.

<sup>13</sup> Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2005, dn. 94.

vekâlet öngörmemiştir. Dolayısıyla, hakem sözleşmesinde<sup>14</sup> Kanun'dan doğan bir vekâlet ücret alacağı yoktur<sup>15</sup>. Müvekkilin ücret ödeme borcundan yalnızca TBK. m. 502'te bahsedilmiştir. Bu madde hükmüne göre vekil ücrete ancak mukavele veya teamül varsa hak kazanır<sup>16</sup>.

Doktrinde, bir işin mahiyetinden vekilin ücret beklentisinin olup olmadığının anlaşılabilceği susmanın vekâletin ücretsiz olduğuna dair çürütülmez bir karine olduğu savunulsa da görüşler ücret hakkında zımnî bir anlaşmanın geçerli olup olmayacağı tartışmalı olduğu kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hatır ve kişisel ilişkiler nedeniyle hakemlik görevi, karşı edimsiz olarak yürütülebileceği kuşkusuzdur<sup>17</sup>.

Schönke, hakemlerin işe başlamadan önce avans dahi talep edebileceklerini savunmuştur<sup>18</sup>.

### **b) Tarafların Hakem Ücretinden Müteselsil Sorumluluğu**

TBK. m. 511 müvekkillerin müteselsil sorumluluğunu düzenlemektedir. Tarafların hakemleri birlikte seçmeleri ve böylelikle hakem ücretlerini ödemeleri bakımından müteselsil sorumlu olmaları<sup>19</sup> doktrinde hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması açısından yerinde olduğu kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Fakat uygulamada genellikle her bir taraf yalnızca tayin ettiği hakemin ücretini ödemektedir.

<sup>14</sup> “Hakem sözleşmesi taraflar ile hakemler arasında yapılan sözleşmedir...tahkim anlaşmasından farklı olarak öncelikle borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmedir...aynı zamanda usûl sözleşmesidir...tahkim anlaşmasının yerine getirilmesini sağlar”. Pekcanitez, H.- Özekes, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 2011, s. 743-744.

<sup>15</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, dn. 95.

<sup>16</sup> YİBK. 6.12.1969, E. 69, K. 866 detayları için bkz. *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, dn. 101.

<sup>17</sup> Aksine anlaşmanın bulunup bulunmadığının iddia ve ispat edilmesi önem taşımaktadır. Günümüzde, tarafların hakem sözleşmesi ile hakem ücretinin kararlaştırmış olmamaları hakemlik görevinin ivazsız olacağına dair bir işaret değildir. Dolayısıyla, Roma Hukuku'ndan beri süre gelen teamül günün şartlarına göre şekillenmekte doktrindeki düşünceler de bu yönde değişiklik göstermektedir. (*Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 185, dn. 96 ve dn. 105).

<sup>18</sup> *Üstündağ S.:* Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 970; “Yapılan görüşmeler sırasında bazı üyeler taraflar arasındaki anlaşmanın hakem ücretinin avans olarak yatırılmasına ilişkin bulunduğu görüşünde ...” YHGK. T. 11.9.1974, E. 1970 / 4-969 ,K. 1974 / 908.

<sup>19</sup> “Hakemler, ücretin ifasını talep etmek bakımından sadece taraflardan birine müracaata zorlanmış olsa idi, onun yargılamada bulunurken istiklal ve tarafsızlığını temin edebilmek mümkün olamayacaktı.” *Üstündağ*, s. 970; *Pekcanitez - Özekes*, s. 743.

<sup>20</sup> Alman Hukuku ve Türk Hukuku bakımından detaylı bilgi için bkz. *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 188, dn. 106-110.

### c) Hakem Ücretinin Belirlenmesi

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında hakem ücretinin vekâletin ücret karşılığı olacağı, sözleşmenin yapıldığı sırada kararlaştırılabileceği gibi hüküm verilmesinden sonra da yapılması mümkündür. Fakat hakem ücreti hakkında anlaşma, hakem kararının verilmesinden sonra belirlenen hakem ücretinin uzlaşma şartlarının sağlanamaması nedeniyle sağlıksız olabileceği düşünülmektedir<sup>21</sup>

#### (1) Hakem ücretinin sözleşme ile belirlenmesi

##### (a) Hakem ücretinin geçerliliği:

Geçerli bir hakem ücretinden söz edebilmek için hakemlerin usûlüne uygun olarak seçilmesi<sup>22</sup> ve bu ücretin hakem sözleşmesinde kararlaştırılması gerekmektedir. Ücretin tahkim sözleşmesi veya hakem sözleşmesi<sup>23</sup>, tahkim sözleşmesi veya ek bir sözleşme ile belirlenmiş olması zorunludur<sup>24</sup>. Ücret kararlaştırılmazsa hakem ücreti tarife ya da genel hükümlere göre yetkili mahkemeye başvurarak yargı kararı sonucunda belirlenen ücret esas alınarak ödenecektir<sup>25</sup>.

##### (b) Hakem Ücretinin Belirlenmesindeki Usûller

###### (i) Götürü ücret:

Ücretin hakemin uzmanlığı, deneyimi, harcadığı zaman, üzerine aldığı sorumluluk ve elde edilen sonuçtan bağımsız şekilde belirlenmesi hakem yargılamasına uygun düşmemektedir. Hakem yargılaması karmaşık ve uzun sürdüğünde hakemin düşük ücret alma tehlikesi vardır. Tam tersine, yargılama basit ve kısa sürmesi halinde hakem hak ettiği kadar ücreti hak kazanabilir. Ödenecek masrafların, hakem yargılaması başında bilinmesi ve belirlenmesi açısından avantajlı olduğu söylenebilir<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> İlgili Yargıtay kararları için bkz. *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, dn. 112.

<sup>22</sup> "...usûlüne uygun olarak seçilmemiş hakemlerin sonuç doğurmayan ve taraflara yararı bulunmayan çalışmalarından dolayı ücret talebi haklı görülemez. Esasen sözleşmeye aykırı kurulmuş bulunan Hakem Heyetinin bu sıfatı ile anlaşmazlığı çözmeye yetkisi bulunmadığı..." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 09/07/1987, E. 1987 / 1767, K. 1987 / 2923, www.hukukturk.com, 15.02.2013.

<sup>23</sup> Hakem ücretinin hakem sözleşmesinin bir unsuru niteliğinde olduğu görüşü için bkz. *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 194, dn. 130-131.

<sup>24</sup> Akıncı, Z.:, s. 240.

<sup>25</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 193.

<sup>26</sup> "Mahkemece, hakem ücreti, taraflar arasındaki uyuşmazlığın değer ve nispetine, hakemin veya hakem heyetinin emeğine ve olayların olağan akışına göre tespit edilir. Somut olayda hakemlerin alacağı ücrete ilişkin taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığı gibi, hiçbir yargılama faaliyeti bulunmadan hakemler yararına *baştan ücret takdir edilmesi de doğru değildir.*" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 18/12/2006, E. 2005 / 12970, K. 2006 / 13464.



**(ii) Zamana bağlı ücret:**

Hakem ücreti harcanan zamana göre belirlenmektedir. Bunun ortaya çıkacağı dezavantaj ise yargılama ücretinin gereksiz yere uzamasına neden olacaktır. Bir tahkim yargılamasında zamanın belirlenmesi ve denetlenmesi zordur. Özellikle de, yargılama usûlünün gerçekleştirildiği yer ve bu amaçla yapılan yargılama sürecinin çok uzun olabilmesi, çalışma raporunun denetlenmesi yargılama bakımından mümkün olmaması, harcanan zamanın kontrol edilememesi vb. nedenler zamana göre ücretin sakıncalarını oluşturmaktadır.

**(iii) Duruşma ve hakem toplantı sayısına bağlı ücret:**

Tahkim duruşma sayısı ve hakem toplantı sayısının da özellikle milletlerarası tahkim açısından belirlenememesi, kontrol edilememesi bu usûle göre belirlenen ücretin yargılama bütünlüğünü bozacağı düşüncesindedir doktrin.

**(iv) İşten elde edilen sonuca göre ücret (başarıya bağlı):**

Hakem kararının bir başarı ya da başarısızlık olarak görülmesinin yanlış olduğunu ve hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile bağdaşmaması nedeniyle doktrin bu usûlle belirlenecek ücretin de uygun olmadığını savunmaktadır.

**(v) Yüzdeye bağlı ücret:**

Doktrin ve uygulamada da milletlerarası tahkim kuruluşlarının benimsemiş olduğu usûl yüzdeye bağlı ücrettir. Uyuşmazlığın ekonomik değerinin sabit bir yüzdesiyle belirlenmektedir. Taraflar açısından bu usûl, masrafın ölçülebilir olmasını sağlamaktadır. Fakat bu uygulama, dava konusunun ekonomik değerinin düşük olması halinde hakeme ödenecek ücretin düşük olmasının hakkaniyete aykırı olmayacağı düşüncesini akla getirmektedir. Dava konusunun karmaşık olduğu ve özellikle uzmanlık gerektirdiği fakat ekonomik değerinin düşük olduğu varsayıldığında, hakem hak ettiğinden daha düşük bir ücret elde edebilir. Tam tersi basit ve özel deneyim gerektirmeyen bir ihtilaf da aynı oranda masrafa neden olabilir<sup>27</sup>.

Ücretin tespitinde bir ölçü olarak dava değeri dikkate alınmakla birlikte yabancı ülke hukuklarında uygulamada tayin kriterleri mutlak olarak esas alınmakta ve ücret somut olarak tespit edilmektedir<sup>28</sup>.

**(2) Hakem Ücretinin Teamüle Göre Belirlenmesi**

Hakem ücretinin hakem sözleşmesinin taraflarınca belirlenmemiş olması halinde hakemlik görevinin ücret ödenmesini gerektiren bir hizmet olduğu konusunu

<sup>27</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 190-191.

<sup>28</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 193.

T. 13.05.1964, E. 64/1, K. 64/3 künyeli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı<sup>29</sup> şu şekilde ifade etmiştir:

*“Hâkem ücretinin akitle taraflarca belirtilmesi halinde (ki böyle bir akit Borçlar K. nun 19 uncu maddesi hükmünce yapılabilir ve geçerliği şekle bağlı değildir), bu ücretin hakemlerce alınması mümkündür; aksi halde hakemlerin genel hükümler uyarınca yetkili mahkemelere baş vurarak emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödetiimesi için karar almaları gerekir. Ancak bu yön, kamu düzenini ilgilendirmedığından. Yargıtaya kendiliğinden gözönünde tutulamaz”<sup>30</sup>.*

Yine aynı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı uyarınca hakemlerin ücretleri hakkında avukatlık ücreti tarifesinin göz önünde tutulamayacağı belirtilmiştir:

*“Hakem ücretleri hakkında avukatlık ücret tarifesinin uygulanması hakemlikle avukatlık arasında tam bir benzerlik bulunmaması yönünden doğru değildir. Yasa koyucu, avukatlık ücreti için bir sınırlama kabul ettiği halde hakemlik için böyle bir sınırlama söz konusu olmamıştır. Hakem ücretinin taraflar arasındaki uyumsuzluğun değer ve niteliğine, hakemin emeğine ve olayların olağan yürüyüşüne göre mahkemece belli edilmesi gerekir.”*

Yukarıdaki karara uygun olarak 6100 sayılı HMK.’nın uygulanmaya başlandığı tarih olan 1 Ekim 2011 itibari ile hakem ücretleri avukat ücreti tarifesi değil de HMK.’ya dayanılarak çıkarılan hakem ücreti tarifeleri kapsamında belirlenmektedir<sup>31</sup>. Bu harç oranının hakemin gerçek mesleğine bakılmaksızın fakat konumları esas alınarak tespit edilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Alman Hukuku’nda ise hukukçu olmayan hakemlerin de uzman görüş ileri sürmeleri nedeniyle avukatlar gibi hareket ettiklerini, aynı gayreti sarf ettiklerini savunarak, avukatlar hakkında ödenen harç tarifesinin uygulanması gerektiğini savunmuşlardır<sup>32</sup>.

### (3) Hakem Ücretinin Tahkim Mahkemesi Tarafından Belirlenmesi

Hakem ücretinin hakem sözleşmesinde, tahkim şartında veya yapılan bir ekte de kararlaştırılmamış olması ve hakemlik ücretini belirleyen kriterle ilişkin bir teatmülün bulunmaması halinde de hakemin ücret alacağının kabulü gerektiğinden hakem, mahkemede ücret alacağına ilişkin dava açmalıdır<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> 8 Temmuz 1964 Tarihli ve 11748 sayılı Resmi Gazete, s. 6.

<sup>30</sup> Aynı yönde karar için bkz. T. 11.9.1974, E. 1970 / 4-969 ,K. 1974 / 908; Benzer düşüncede olan Alman Hukukçuları Schönke ve Rosenberg’e yapılan atıflar için bkz. *Üstündağ*, s. 968.

<sup>31</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100) Tarifeleri (2011) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi İçin Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ortak/yararli.htm>, 10.06.2012.

<sup>32</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, dn. 123.

<sup>33</sup> Doktrinde hakemler tarafından açılacak bu alacak davasında ücret miktarının ve tarafların hakemlere karşı müteselsil sorumluluğunun esas alınması gerektiği savunulmuştur. (*Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 198, dn. 142).

Bu başlıkta hakemlerin açacağı eda davasının zamanı tahkim yargılama giderleri açısından önem arz etmektedir. Bu noktada, eda davasının açılma zamanını hakemlerin ücrete hak kazandıkları zamanı tespit etmektense tahkim yargılamasını sekteye uğratmamak, hakem ücretinin belirlenmesindeki kriter olarak ele alınan esaslar yargılama sonunda hüküm verilmesiyle anlaşılacağından hakem kararının mahkeme kalemine teslim edilmesinden sonra açılması gerektiği savunulmuştur<sup>34</sup>.

Alman Hukuku hakem ücretini belirlemede hakemleri üçe ayırmıştır: Hakem mahkemesi başkanı, belli bir konuda uzmanlığı ve mesleki bilgisi de olan hakemler, hukukçu olmayan fakat onlarla aynı çabayı gösteren ve sorumluluğu taşıyan hakemler. Bu ayırıma göre, hakem mahkemesi başkanı, yargılama yöntemi ve yönetsel görevler üstlenmesi nedeniyle hakemlerden daha yüksek ücrete, belli bir konuda uzman olan hakemler salt hukuk alanında bilgisi olan hakemlerden daha yüksek ücrete ve diğerlerinin de avukatlar gibi somut olaya uygun ve herkes için uygulanabilecek bir ölçüyü bulmaları bakımından aynı ücrete tabi olmaları gerekmektedir<sup>35</sup>.

#### **(4) Hakem Ücretinin Tahkim Heyeti Tarafından Belirlenmesi**

Hakem ücretinin miktarının hakem sözleşmesinde, tahkim şartında veya yapılan bir ek sözleşmede, hakemlerle taraflar arasında belirlenmemiş olması halinde hakem ücretinin tespiti sorunu ortaya çıkar. Türk Hukuku uyarınca, taraflar hakem sözleşmesinde aksi öngörülmediği sürece, taraflarca kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlüdür. Ücret kararlaştırılmamış olsa dahi taraflar ücretten sorumludur. Bu sonuç yukarıda bahsettiğimiz tahkime egemen olan ilke ve esaslara uygundur<sup>36</sup>.

Ücret miktarının tespit edilmediği hallerde hakemler, hakemlik faaliyetinde buldukları yerlerdeki mutad ücreti isteyebilirler. Tahkimde oldukça sık karşılaşılan bir durum olmakla birlikte, hakem ücretinin miktarı hakkında farklı düşünceler bulunduğundan, tahkim anlaşmasında ücret miktarı hakkında açıkça anlaşmaya ilişkin hüküm bulunmaması halinde hakem sözleşmesinde yazılı olarak taraflarla hakemler arasında ücret miktarı ayrıntılı olarak düzenlenmeli veya en geç hakem kararının verilmesinden önce veya tarafların uyuşmazlık bakımından sulh olma ihtimali de gözetilerek sulh protokolünden önce hakem ücretinin miktarının kararlaştırılması gelecekte çıkması muhtemel ücret miktarına ilişkin ihtilaflara sebebiyet vermemek enflasyonist etkileri önlemek veya ortam hazırlamamak bakımından hem taraflar hem de hakemler için önerilmektedir<sup>37</sup>. Bu düzenleme HUMK'ta bulunmamaktaydı. Bu kanun boşluğunu T. 19.5.1964, E. 1, K. 3 künyeli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı doldurmaya çalışıyordu<sup>38</sup>. Bu karar, hakemlerin

<sup>34</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 201-202.

<sup>35</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 202.

<sup>36</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 203.

<sup>37</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 203-204.

<sup>38</sup> "Yasalarla belli edilen durumlar dışında, hakimler hakem olamaz, hakemler kendi ücretleri-

ücretlerini kendilerinin belirleyememesi konusunda doktrindeki benzer görüşlerle örtüşmektedir<sup>39</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki hakem görevini tamamlamadan istifa etse bile, eğer uyuşmazlığın çözümüne ve tahkim prosedürüne herhangi bir katkısı sağladığı anlaşılıyorsa ücrete hak kazanabileceği kabul edilmelidir<sup>40</sup>.

UNCITRAL 2010 Tahkim Kuralları'na göre, tahkim mahkemesi üyelerinin ücret alacağına uygun ücret olarak makul sayılabilecek yani hakemin edimi ile makul bir denge içinde olan bir ücret olması gerektiği düzenlenmiştir. UNCITRAL 2010 Tahkim Kuralları m. 40 tahkim giderlerinin tanımına yer verirken aynı zamanda hakem ücretlerinin de neler olabileceğine detaya girmeden m. 41'de yer vermektedir. UNCITRAL m. 41/1<sup>41</sup>'de hakemlerin ücret ve masraflarının "makul" (*reasonable*) olması gerektiği belirtilmektedir. Aynı madde, "makul ücretin" belirlenmesinde tahkime konu uyuşmazlığın miktarı, uyuşmazlık konusunun karmaşıklığı, hakemlerin harcadığı süre ve dava ile ilgili olabilecek diğer koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğinin de altını çizmiştir. Madde 41/2<sup>42</sup> ile hakemlerin ücret ve masraflarının hesaplanması ile ilgili hükümlerin emredici olmadığını, bu giderlerin hesaplanmasında özel bir uygulaması bulunan bir yetkili makamın bulunması halinde, tahkim mahkemesi o yetkili makamın belirtilecek olan yetkili makamın kurallarına riayet etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda hakem ücretinin miktarının tespitinde dava konusu miktarın hakemlerin ayırdıkları zamana, işin güçlüğü ve yapılan işlemin gerektirdiği diğer özellikler dikkate alınmalıdır (UNCITRAL 2010 Tahkim Kuralları m. 39/1). Hakem ücreti, yargılama yönetimi ve yönetsel görevleri üstlenmesi nedeniyle, hakemlerinkinden daha yüksek olmalıdır<sup>43</sup>.

MTO Tahkim Kuralları'na ilişkin tarifeye göre hakemlerin ücretinin tespitinde tahkim heyeti tespit edilen süreler içinde veya şartlar gerektirdiğinde bu sürelerden daha az veya daha fazla süre içinde harcanan zamanı tahkim usûlündeki sürati ve

ni belli edemez, hakem ücretlerinin belli edilmesinde, avukatlık ücret tarifesi uygulanamaz." YİBK. 19.5.1964, E. 1, K. 3, (<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>, 15.02.2013).

<sup>39</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 203-204, dn. 162-163; Aynı zamanda hakemler ücretleri hakkında kararları taraflarla aralarında bir ihtilaf olmadan önce vermeleri halinde geçerli olabilecektir. Meğerki belirlenen ücret aşırı olsun. Bu durumda, tarafların, ücrete ilişkin dava açma hakkı her zaman bulunmaktadır. (*Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 205).

<sup>40</sup> *Akıncı Z.*, s.241.

<sup>41</sup> *Fees and expenses of arbitrators - Article 41/1: The fees and expenses of the arbitrators shall be reasonable in amount, taking into account the amount in dispute, the complexity of the subject matter, the time spent by the arbitrators and any other relevant circumstances of the case.*

<sup>42</sup> *Fees and expenses of arbitrators - Article 41/2: If there is an appointing authority and it applies or has stated that it will apply a schedule or particular method for determining the fees for arbitrators in international cases, the arbitral tribunal in fixing its fees shall take that schedule or method into account to the extent that it considers appropriate in the circumstances of the case.*

<sup>43</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 202.

ihtilafın karmaşıklığını dikkate alacağı veya tarifedeki ücretlerden az veya çok farklı bir rakam belirleyebileceği düzenlenmiştir. MTO 2012 Tahkim Kuralları'na göre (Ek III Tahkim Masrafları ve Ücreti m. 1-3) genellikle referans şartları imzalandıktan ve geçici takvim oluşturulduktan sonra, tahkim heyeti (arbitral tribunal) ancak tahkim masrafları peşinatının tamamının ödenmesine bağlı olarak iddialar ve karşı iddiaları incelemeye başlar. Tahkim heyeti tarifeye uygun olarak veya uyuşmazlık konusu belirli değilse, kendi takdiri ile hakem ücretlerini tespit eder. Hakem ücretinin belirlenmesinde tahkim heyeti, tarifede belirlenen sınırlar içerisinde bir rakama ulaşmak veya istisnai şartlarda bu sınırların altına inmek veya üstüne çıkmak için; hakemin özenini, harcanan zamanı, muhakeme hızını ve uyuşmazlığın karmaşıklığını dikkate alır (MTO 2012 TK Tahkim Masrafları m. 2/2). MTO 2012 Tahkim Kuralları m. 31/2'ye göre tahkim heyeti, davanın istisnai şartlar nedeniyle gerekli olduğuna karar vermesi halinde hakemlerin ücretlerine ilgili cetvelin uygulanması halinde, tespit edilecek miktardan daha az veya çok olarak belirleyebilir. Tahkim heyetinin birden çok hakem tarafından yürütülmesi gereken hallerde, tahkim heyeti takdir hakkını kullanarak, normal olarak, bir hakem ücretinin üç katını aşmayacak bir tavana kadar, toplam ücretleri artırmak hakkına sahiptir (MTO 2012 Tahkim Kuralları, Tahkim Masrafları ve Ücretleri m. 2/3)<sup>44</sup>.

ICSID Sözleşmesi'ne uygun şekilde oluşturulan tahkim heyeti üyelerinin ücretini ICSID ise hakemlerinin ücret ve giderlerini "ICSID Hakemlerinin Ücret ve Masrafları Hakkında Bildiri" (*Memorandum on the Fees and Expenses of ICSID Arbitrators*)<sup>45</sup> ile düzenlemiştir.

MTK ise hakem ücretinin tespitinde tarafların iradesine öncelik tanımıştır (MTK. 16/a-I). MTK.'nın benimsediği sistemde ve hakem ücreti, tahkim şartı ya da sözleşmesinde belirtilebilir ya da tahkim yargılamasında varılacak bir mutabakatla veya görev belgesinde de belirlenebilir. Hakem ücreti, milletlerarası tahkim kurallarına yollama yaparak da belirlenebilir (MTK m. 16/a-II)<sup>46</sup>. Bunun için ha-

<sup>44</sup> *Taşkın*, Hakem Sözleşmesi, s. 202; Hakem ücretleri ile ilgili maddelerin İngilizce metinleri için bkz. <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>, 15.02.2013.

<sup>45</sup> 6 Temmuz 2005 tarihli memorandumun İngilizce metni için bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=Memorandum>, 15.02.2013; "Hakemler, Tahkim Heyeti'ni ilgilendiren toplantılara katıldıkları her gün için ve tahkim süreci ile ilgili diğer çalışmaların günlük 8 saatine denk gelen kısmı için ücret almaktadırlar. Toplantılar nedeniyle ödenecek ücretlere, toplantılara gidiş-dönüş günleri de dahil edilmektedir. Diğer çalışmaların 8 saatin altında kalan periyotları için ise uygulanan ücretin 1/8 oranındaki miktar uygulanır. Hakem ücretlerinin standart düzeyi, toplantı günü veya günlük 8 saatlik diğer çalışma başına 2.000 dolardır. Ücretler için belirlenen bu miktar, Tahkim Heyeti'nin daha yüksek miktar üzerinde karar vermemesi halinde geçerlidir." *Ormanoğlu*, s.114.

<sup>46</sup> Detaylı bilgi için bkz. TOBB Tahkim şartnamesine ekli Hakem Ücretleri Tarifnamesi, İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilikşilik Gider Ve Ücret Yönetmeliği (m. 4), ICC Tahkim Kurallarının Tahkim Giderleri hakkındaki III No'lu Ekine ilişkin Tarife.

kem ücretinin iş görülmeden önce belirlenmesi gerekir. MTK.'nın Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından hazırlanan 2 numaralı Taslağı'nda ücretin belirlenmesi açısından MTK.'daki düzenlemeden farklı olarak iki hususa yer verilmiştir: Hakem ücretinin hakem kurulu tarafından ve her hakem için ayrı ayrı gösterilmek suretiyle tayin edilmesi<sup>47</sup>. MTK.'daki hakem ücretlerinin belirlenmesi ile ilgili düzenleme, Türk Sözleşme Hukuku'na hâkim olan akitlerin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun rızalarının birleşmesi suretiyle tamam olacağı prensibine aykırıdır. Doktrin, bugün birçok tahkim kuruluşunun benimsediği hakem ücretlerinin bir ücret listesine göre tayin etme müessesini benimsemektedir. Ancak Kalpsüz, hakem ücretini tayin eden merciin dahi ücreti tespit ettiği hakemin rızasının alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>48</sup>. Doktrindeki, hakemin kendi menfaatine ilişkin hususlarda bizzat karar verme yetkisi olmalıdır görüşüne tam olarak katılmaktayız. Açıklandığı üzere, hakem ücreti tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu belirlenmelidir ve hiçbir taraf bizzat ücretin belirlenmesi hususunda gücü elinde bulundurmalıdır. Bu nedenle hakem ücretini tayin eden merciin de tahkim süresini uzamasına imkan vermeyecek şekilde hakemlerin rızasını alması gerektiği kanaatindeyiz.

## 2. İdari Giderler

### a) Hakemlerin Masrafları

Masraflar, malvarlığı ile, özellikle para yönüyle yapılan fedakarlıklar olup taraf ve hakem arasındaki vekalet ilişkisinden kaynaklanan güven ilişkisi içinde vekilin (hakemin) vekaletin başarıya ulaşması için zorunlu sayılan, müvekkillerden (taraf-lardan) istenebilen giderlerdir.<sup>49</sup>

MTK. m. 16/B-II'de bahsedilen masrafların içeriği: Konaklama giderleri, şehir içi ulaşım masrafları, posta, telefon, telgraf, teleks, telefaks, email ve diğer habeleşme vasıtalarının masrafları, kırtasiye, yazışma, tapaj, stenografi, çıktı veya banda alma ve deşifre etme masrafları, hakem sekreterine ödenecek ücret, hakemin mutad oturma yeri dışında yapmak zorunda kalacağı şahsi masraflarını karşılamaktır.

ICSID Hakemlerinin Ücret ve Masrafları Hakkında Bildiri maddeleri çerçevesinde hakemlerin masraflarının belirlenmesi aşağıdaki gibidir<sup>50</sup>:

Gündelikler: Normal ikamet yerlerinin dışında yaptıkları masrafların bedeli olarak ödenmektedir. Bu kapsama, geçici yerleşim yerlerinde yapılan ödemeler, ye-

<sup>47</sup> Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2010, dn .245; UNCITRAL 2010 Arbitration Rules, m. 38: "The fees of the arbitral tribunal to be stated separately as to each arbitrator." İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilikşilik Gider Ve Ücret Yönetmeliği m. 4 "Hakem ücreti, her bir hakem için."

<sup>48</sup> Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2010, s. 161.

<sup>49</sup> Akıncı Z., Milletlerarası Tahkim, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2007.

<sup>50</sup> Ormanoğlu, B., s. 114-116.

mekler, kişisel haberleşmeler, oda hizmetleri, şahıs harcamaları ve özel olarak geri ödenebilir diğer giderler girmektedir. Gündelik maliyetlerin yüksek maliyetli şehirlerde artacağı aşikardır.

**Yolculuk Giderleri:** Tahkim Heyeti'nin yapacağı toplantılara katılma nedeniyle yapılan seyahat (aynı istikatteten yapılmış olmalı) masraflarından oluşur. Ekonomik sınıfın bir üst sınıfında yolculuk etmek isteyen hakemlerin de bu talepleri karşılanmaktadır. Ulaşım terminaline gidiş-dönüş esnasında yaptıkları hamaliye, taksi ücretleri, vergiler, bahşişler ve diğer arızı giderleri talep etmeleri ve belgelendirmeleri kaydıyla yolculuk giderleri kapsamına dahil olabilirler. Ülke ve şehir içi ulaşım esnasında bulunulan yerlerin şartları icabı otomobil kiralama maliyetleri karşılanır ya da şahsi arabası ile gelmiş ise kilometre başına belirlenen ücretler ödenir.

**Diğer Geri Ödenebilir Giderler:** Hakemler ayrıca doğrudan yaptıkları iletişim ilişkin giderler ve tahkim sürecinde kullandıkları belgeleme giderleri gibi masraflarının da karşılanmasını talep edebilirler.

Doktrinde açıklığa kavuşan fakat hiçbir surette fikir birliğine varılamayan hakem ücret ve masraflarının kapsamı ve belirlenmesi hususu her somut olaya, ihtilafa, hakemlerin daha önce milletlerarası tahkim ve uyuşmazlığa konu olay ile ilgili bilgi ve deneyimlerinin olup olmadığına vb. özelliklere bakılarak çözümlenmelidir<sup>51</sup>.

## **b) Hakem Mahkemesinin Masrafları**

Hakem mahkemesi masraflarının kapsamına salon kiralınması, tarafların, şahitlerin veya bilirkişilerin dinlenmeleri sırasında yardımcı olmak üzere hakemlerce tayin olunan tercümanların ücreti, hakem sekreterliği ücreti vs. girmektedir<sup>52</sup>.

## **c) Hakemlerce Tayin Edilen Bilirkişiler Masraf ve Ücretleri**

MTK.'da, örnek teşkil eden UNCITRAL Model Kanunu m. 27/4'e uygun olarak iki çeşit bilirkişi öngörülmüştür:

### **(1) MTK. m. 12/A-1 (*expert*)**

Hakem tarafından ve onun belirlediği konularda rapor vermek üzere atanan bilirkişi veya bilirkişilerdir.

### **(2) MTK. m. 12/A-2 (*expert-witness*)**

Anglo-Sakson hukukundaki ihtilafı vakıaların özel mesleki bilgi yardımı ile

<sup>51</sup> *Kumberg, W.V.:* From a user's perspective: Are the benefits more theoretical than real?, *International Commercial Arbitration, Dispute Resolution Journal*, November 2011/January2012, s. 78-79.

<sup>52</sup> *Berber, L.K.:* Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.140; Pekcanitez- Özekeş, s. 757.

tespiti için başvuru bir usûlü ifade eder. MTK. kabul edilinceye kadar Türk Usûl Hukuku'nda taraf bilirkişisi dinlenmesi ile ilgili bir hüküm yoktu. Taraflardan birinin seçtiği bu şahit vasfında bilirkişiye ödenecek ücret tahkim giderlerine dâhil değildir. Dolayısıyla, sadece taraflardan birinin veya her ikisinin talebi yahut hakemin gerekli görmesi üzerinde re'sen seçilen bilirkişilere ödenen ücretler tahkim giderlerine dâhildir<sup>53</sup>.

MTO'de Tahkim Divanı tarafından uzman veya bilirkişi görevlendirilmesi durumunda Kurul bu kişilerin ücret ve giderlerini de belirler (MTO Tahkim Kuralları Ek III m. 1/12)<sup>54</sup>.

## B. SAVUNMA GİDERLERİ

Savunma giderlerinin en önemli özelliği Tahkim Divanı tarafından ya da belirli bir tarife üzerinden değil, hakem mahkemesi tarafından belirlenmesidir. Ücretin yüksekliği bakımından yerel gelenekler büyük bir rol oynamaktadır. Bir tarafın yargılamanın ön hazırlığı ve yargılamanın yürütülmesi için yapmış oldukları da savunma giderleri kapsamına dahildir<sup>55</sup>.

### 1. Vekalet Ücreti

Tahkim yerinde ve taraflardan birinin temsilcisinin mutlak mesleki faaliyetini yürüttüğü yerde bir avukatlık ücreti tarifesi<sup>56</sup> olsa bile ve bu tarife devlet mahkemesinde müvekkillere karşı gerçekten uygulanıyor olsa da hakemler bu tür tarifelerle bağlı değildir<sup>57</sup>. MTO 2012 Tahkim Kuralları m.3 uyarınca vekâlet ücreti makul olmak kaydı ile tahkim giderleri kapsamında talep olunabilmektedir.

### 2. Diğer Masraflar

Tarafların hakem huzurunda dinlenmesini talep ettikleri tanıkların ücreti ve masrafları<sup>58</sup>, hakemin onayladığı ölçüde tahkim giderlerine dâhil olur. Delillerin toplanması sırasında hizmetlerine ihtiyaç duyulabilecek, numune alan, emtiayı muayene veya muhafaza eden kimselere ödenen ücretler de savunma giderleri kapsamına dâhildir<sup>59</sup>. Berber'e göre peşin olarak ödenen gider avansının faizleri ve özellikle teminat mektubu giderleri de bu kapsama dahil olarak kabul edilmelidir.

<sup>53</sup> *Kalpsüz T.*: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 138.

<sup>54</sup> Ek III'te uzmanların masraf ve ücretleri ile ilgili m. 1/12 için bkz. [http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article\\_c2](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_c2), 06.07.2012.

<sup>55</sup> *Berber*, s. 140.

<sup>56</sup> *Akıncı, Z.*, s. 241.

<sup>57</sup> *Berber*, s. 140.

<sup>58</sup> Bu masrafların kapsamına: seyahat masrafları, konaklama giderleri, yemek, yabancı bir şehirde dinleniyorlarsa şahsi ihtiyacını karşılayacak ölçüde bir miktar harçlık, şahitlik nedeniyle mahrum kaldığı yevmiye vb. girebilir. (*Kalpsüz*, Türkiye'de Uluslararası Tahkim, 2007, s. 138-139).

<sup>59</sup> *Kalpsüz*, Türkiye'de Uluslararası Tahkim, 2007, s. 138.



Bildirim masrafları uygulamada tahkim giderleri kapsamında sayıldığından, MTK. m16'ya Hükümet teklifi üzerine ilave edilmiştir. Bildirim masraflarının kapsamına posta ile özel ulakla, elden, faks veya teleksle, telgraf veya elektronik posta gönderilerek veya telefonla yapılan her türlü bildirim girmektedir<sup>60</sup>. UNCITRAL 2010<sup>61</sup> tahkim kurallarında tahkim yargılamasına ilişkin bildirim masraflarından bahseden açık bir hüküm bulunmamakla birlikte bu masrafları tarafların tahkim süresi boyunca maruz kaldıkları yargılama giderleri kapsamında sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Kalpsüz, işin esası bakımından mahkemelere başvurularda alınan yargı harçları gibi tahkimin yürümesi ve sonuçlanması için<sup>62</sup> yapılması gereken masrafların da Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre *gerekli* masraflardan olduğunu ileri sürmektedir.<sup>63</sup>

## II. YENİ DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA ÖNERİLEN DAVA YÖNETİM TEKNİKLERİ

Her ne kadar yukarıda da bahsedildiği gibi milletlerarası tahkim bir çok nedenden dolayı tercih edilen ve önemi gün geçtikçe artan bir müessese olsa da son zamanlarda tahkim yargılama masraflarının yargılama sürecinin uzaması ve daha bir çok nedenden dolayı artması tahkim kullanıcılarını (*users*) mutsuz etmektedir<sup>64</sup>. Tahkim kurumunun itibarını kaybetmemesi amacıyla yeni düzenlemelere gidilmiştir.

Tahkim kurallarının en karakteristik önemi her ihtilafa, her hakeme ve ihtilaf taraflarının hukuk kültürlerine<sup>65</sup> özgülenebilmesidir (*tailor-made*). Dolayısıyla, hem taraflar hem de tahkim mahkemesi açısından, tahkime konu olan ihtilafa uygulanabilecek en uygun tahkim usûlünün tespit edilmesi gerekmektedir<sup>66</sup>.

MTO Tahkim Komisyonu, 2003 ve 2004 yıllarında ödenen tahkim giderlerinin en büyük kısmını MTO Tahkim sürecinin oluşturduğunu belirtmektedir. Tarafların, tahkim davasını açmak için ödedikleri (vekillerinin ücretleri ve masrafları, tanık ve bilirkişi masrafları vb aşağıda detaylı olarak incelenen masraflar) ücretler tüm tahkim giderlerinin %82'sini oluştururken, hakem ücreti bu giderlerin %16'sını, MTO yönetsel giderler ise %2'lik kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla,

<sup>60</sup> Kalpsüz, 2007, s. 140.

<sup>61</sup> UNCITRAL 2010 Article 40: Definition of costs.

<sup>62</sup> MTK'da belirtilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talebi; hakem sayısı, seçimi ve reddi; tahkim süresinin uzatılması, delillerin toplanması; dava dosyasının tevdi; hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi ve hakem ücretinin belirlenmesi ile ilgili masraflardır.

<sup>63</sup> Kalpsüz, Türkiye'de Uluslararası Tahkim, 2007, s. 140.

<sup>64</sup> Kumborg, Are the benefits more theoretical than real?, s.78.

<sup>65</sup> Hukuk Kültürü için bkz. Yüksel, M.: Hukuk Kültürü, AÜEHFD, Cilt VIII, Sayı 1-2, Haziran 2003 (Çevrimiçi) hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003\_VII\_14.pdf, 15.02.2013.

<sup>66</sup> Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Report from the ICC Commission on Arbitration (ICC Report), 2007, s. 5.

tahkim giderlerinden azaltılması öncelikli olarak tarafların tahkim davasını açmak için harcadıkları masraflardır. Meydana gelen bu yüksek giderlerin nedeni gereksiz uzayan ve karmaşık süreçlerdir. Taleplerin doğru anlaşılabilmesi nedeniyle duruşma sırasında sunulan yanlış belgeler, gerek olmaksızın yapılan bilirkişi incelemeleri ve çağrılan tanıklar, farklı deneyimleri olan danışmanların kendilerine aşına gelen usûlleri uygulamaları hem tahkim süresini uzatmakta hem de giderlerini arttırmaktadır<sup>67</sup>. Tahkim kararı verilirken de, tahkim sürecini şekillendirmek mümkündür. Böylelikle, bu süreçte, sunulan iddialar ve savunmalar ışığında, tahkim süresinin ve giderlerinin ölçülü bir şekilde hesaplanabilmesi mümkün olacaktır.

Aşağıda açıklanan süre ve masraf kontrolü ile ilgili teknikler<sup>68</sup>, bu bağlamda tahkim heyetine, taraflara, onların hukuk danışmanlarına ve temsilcilerine yardımcı olmak açısından MTO Tahkim Komisyonu tarafından tasarlanmıştır. MTO Tahkim Komisyonu tarafından hazırlanmış olan bu teknikler, ne kural mahiyetindedir ne de bağlayıcı niteliktedir. MTO tahkim kurallarını yorumlar nitelikte olmayan bu teknikler, yukarıda incelenen nedenlerden dolayı uzayan tahkim sürelerini kısaltmak ve böylelikle tahkim giderlerini düşürmek amacıyla hazırlanan önerilerdir. MTO Tahkim Komisyonu, tarafları bu teknikleri kullanmaya ya da bu öneri mahiyetindeki teknikler ışığında kendi ihtilaflarına uyabilecek yeni dinamikler oluşturmaya teşvik etmektedirler. Taraflar, ihtilaflarını çözüme ulaştırma yolunda uygulanacak tahkim usûlünde mutabık olamazlar ise tahkim heyeti onların yerine bu konuda karar verebilir. Eğer ki bir taraf, özel bir tahkim usûlünün uygulanmasını talep ediyor ama karşı taraf buna karşı çıkıyor ise tahkim heyeti her iki tarafın bu özel tahkim usûlü hakkındaki görüşlerini aldıktan sonra bu özel tahkim usûlünün uygulanıp uygulanamayacağına karar verebilir. Tahkim heyetinin, tahkim usûlü belirlemede söz sahibi olabilmesi aynı zamanda taraflarla beraber yöneteceği tahkim sürecine daha da hâkim olmasına ve böylelikle zamandan kazanılmasına ve tarafların daha az tahkim gideri ödemesine yol açar<sup>69</sup>.

## A. TAHKİM SÖZLEŞMESİ

### 1. Genel Olarak

Genel eğilim, tarafların bir uyuşmazlık halinde tahkime başvuracaklarına dair iradelerini, ayrı bir tahkim sözleşmesi yaparak tahkim sürecindeki izlemeleri gereken yolları detaylı olarak belirlemek yerine, sözleşmelerine tahkim şartı hükmü koyarak açıklamalarıdır. Bu da uyuşmazlığa düşen tarafların tahkime başvurduklarında tahkim sürecinde uygulamaları gereken teknik detaylar üzerinde mutabık olamamaları hem zaman kaybına hem de anlaşamadıkları hususlarda Tahkim

<sup>67</sup> *ICC Report*, s. 6-7.

<sup>68</sup> Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Turgut KALPSÜZ/ Faik ÇALIŞAN, Tahkimde Sürenin Ve Masrafların Kontrolü İçin Teknikler, Vedat, İstanbul, 2008.

<sup>69</sup> *ICC Report*, s. 6-7.

Divanı'na başvurmaları da masrafların artmasına yol açmaktadır<sup>70</sup>. Dolayısıyla tarafları aralarında tahkim sözleşmesi yapmaya teşvik etmek gerektiğini düşünüyor ve aşağıdaki açıklamaların bu açıdan yararlı olduğunu düşünüyoruz.

## **2. Basit hükümler**

Sözleşmedeki hükümlerin açık ve basit yazılması, ileride taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde anlam karmaşası yaşamayı, belirsizliklerin önlenmesini sağlar. Tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan hükümlerin sözleşmeye uygulanacak hukukla uyumlu olup olmadığına da bakılmalıdır. Beklenmedik ve istenmedik sonuçların doğmasını önlemek amacıyla en azından standart MTO tahkim kuralları model alınmalıdır<sup>71</sup>.

Çok taraflı sözleşmelerde ya da birden fazla sözleşmeden oluşan işlemlerde, tahkim anlaşmasına standart hükümler dışında farklı hükümlere de yer vermek gerekebilir. Bu hükümleri koyarken özellikle tahkim yargılamasını sürüncemede bırakmayacak türden hükümler oluşturmaya dikkat edilmelidir<sup>72</sup>.

## **B. HAKEMLERİN SEÇİMİ VE ATANMASI**

MTO Tahkim Komisyonu, hakem seçimi ve atanmasının daha sağlıklı yapılması ve tahkim sürecinin kesintiye uğramadan devam etmesi adına tarafların hakem seçiminde bulunmamalarını önermektedir. Zira bazı durumlarda tarafların aralarındaki sözleşmeden doğabilecek ihtilafın mahiyeti ve değerine takılan tarafların hakem sözleşmesi ile çözüme kavuşturulabilen bir uyuşmazlık için üç hakem seçmektedirler. Bu durum da uygun olmayan hakemlere yüksek ücretlerin ödenmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla tahkim giderlerinde gereksiz artıştan kaçınmak için tarafların başlangıçta kurumsal tahkim kurallarına yollama yapmasının sonrasında hakemlerin tahkim heyeti tarafından yapacağı inceleme üzerine atanmasının daha sağlıklı olacağı kanaatindeyiz<sup>73</sup>.

## **C. YARGILAMANIN HIZLANDIRILMASI**

Yargılamanın hızlandırılması (*fast-track procedure*) fikri yeni değildir aksine yirmi yıldır tahkim uzmanları tarafından önerilmektedir. Fakat tahkim sözleşmesi yazılırken, tahkim sürecini hızlandıracak olan usûller gözden kaçmaktadır<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> *Kumberg*, Are the benefits more theoretical than real?, s. 79.

<sup>71</sup> *ICC Report*, s. 7-8.

<sup>72</sup> *ICC Report*, s. 8.

<sup>73</sup> *ICC Report*, s. 8.

<sup>74</sup> Yargılamanın hızlandırılması ile ilgili yorumlar için bkz. Arias, D.: Fast-track arbitrations: An option worth seriously considering, *The Chambers Magazine* (Çevrimiçi), 2010, s.45 <http://www.chambersmagazine.co.uk/Article/International-Arbitration-Expert-Opinion-Fast-track-arbitration-An-option-worth-seriously-considering>, 15.02.2013.

MTO 2012 Tahkim Kuralları m. 32/1, tarafların anlaşarak tahkim yargılama süresini kısaltabilmelerini sağlar. Fakat bu kısaltılmış süreleri gerektiğinde tahkim heyeti uzatabilmeye yetkilidir.

Uygulama, sözleşme hükümlerinin hazırlandığı sırada ihtilafın mahiyetini ve bu ihtilafa en uygun ve etkin uygulanacak usûlün mahiyetini öngörmek zor olduğundan bu türden *fast track* yargılamaya ilişkin kararlaştırılan hükümlerin yorumlanmasında daha sonraları uyuşmazlıklar doğmaktadır. Bu nedenle bu türden hükümleri sözleşmeye eklerken tarafların dikkatli olması gerekir. Bu gibi uyuşmazlıkların doğmaması adına, tarafların ihtilaf doğduğunda yargılamanın hızlandırılması üzerine anlaşabilmeleri daha uygun olabilir<sup>75</sup>.

#### **D. TAHKİM KARARI VERİLMESİNDE SÜRE SINIRI**

Tahkim kararının verilmesi için tarafların belirli bir süre öngörmeleri karmaşık tahkim yargılamalarında sorunlara yol açabilir. Taraflar süreyi kararlaştırırsa, ihtilaf doğduktan sonra da MTO'ya başvurabilirler ve tahkim usûlünü belirleyecek detaylar öngörebilirler. Bu aşamada, taraflar tahkim konusu ihtilafın mahiyetini tahkim sözleşmesinin başlangıcına nazaran daha iyi tespit ederek tahkim yargılamasındaki usûlü daha etkin bir şekilde belirleyebilirler<sup>76</sup>.

##### **1. Tahkim Yargılamasının Başlangıcı**

###### **a. Hukuk danışmanı seçimi**

Hukuk danışmanı atamalarında dikkat edilmesi gereken husus hukuk danışmanlarının tahkim yargılama sürecini tamamlayabilecek niteliklere sahip, tahkim heyetiyle ve davada etkin bir usûl uygulamak adına karşı tarafın hukuk danışmanı ile çalışabilmelidir. Bir başka dikkat edilmesi gereken husus ise seçilen avukatın zamanını tahkim davasına ayırıp ayıramayacağıdır. Bu durum, tarafın temsilden ve gerekli hukuki destekten yoksun kalmasına ve böylelikle tahkim yargılama sürecini uzatacak hamleler yapmasına neden olabilir<sup>77</sup>.

###### **b. Hakemlerin Seçimi**

MTO Tahkim Komisyonu bir hakemin üç hakeme nazaran daha hızlı hareket ettiğini belirtmektedir<sup>78</sup>. Bunun nedeni, üç hakemin seçildiği hallerde ortak duruş-

<sup>75</sup> *ICC Report*, s. 8.

<sup>76</sup> *ICC Report*, s. 8.

<sup>77</sup> *ICC Report*, s. 8; Ayrıca bkz. *Newmark, C.:* Controlling Time and Costs in Arbitration, Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration - 2nd Edition, Mart 2010, Chapter 6, s. 93-95 (Çevrimiçi) [http://www.jurispub.com/cart.php?m=product\\_detail&p=6381](http://www.jurispub.com/cart.php?m=product_detail&p=6381), 15.02.2013.

<sup>78</sup> Seçilen hakem sayısı tahkim sürecinin başlangıç tarihi bakımından belirleyici rol oynar. Birden fazla hakem varsa, tahkim süreci hakemlerin ilk toplantılarını yapmış oldukları tarihtir. Hakemin bir kişi olması halinde ise hakemin bazı usûl işlemleri için ilk tensip kararını verdiği tarih tahkim

ma günü belirlemeleri ve ihtilafın çözümü sürecinde nüksedebilecek fikir ayrılıkları zaman kaybına yol açabilmektedir<sup>79</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, hakem seçimlerinde de, hakemlerin tahkim yargılamasını yönetebilecek zamanlarının olup olmadığına emin olunmalıdır. Özellikle hızlı sonuçlanması gereken bir ihtilaf var ise, bu hususta MTO uygun hakemlerin atanması açısından aydınlatılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, MTO'nun tahkim heyetini oluşturması ve ataması, tarafların bütün hakemleri belirlemesinden daha hızlıdır. Aynı zamanda, farklı özellikteki, dinamikteki hakemlerin bir araya gelmesi önlenilmiş olur. Bir diğer seçenek de MTO'nun tahkim heyetini oluşturmada taraflara yardımcı olmasıdır. MTO, o anki tahkim yargılamasına özgü en etkin ve müsait hakemlerin listesini seçmeleri açısından taraflara sunabilir ve taraflar MTO'nin desteğiyle tahkim heyetini oluşturabilirler. Bu süreçte, ileride atanan hakemlere itiraz edilmemesi için, hakem seçimine özen gösterilmesi gerekmektedir. İhtilafın en hızlı şekilde sonuçlanabilmesi de hiç kuşkusuz tahkim heyetinin yukarıda da değinildiği gibi, somut ihtilafın mahiyetini çözebilecek ve böylelikle tahkim yargılamasını etkin bir şekilde yönetebilecek kapasitede olmasıdır<sup>80</sup>.

Ayrıca, taraflar aralarında hakemlerin arabulucu niteliğinde uyuşmazlığı çözecekleri hususunda anlaşabilirler. Bu yöntem, tarafların tüm sorunlarının çözüme kavuşturulması sürecini hızlandırır ve böylece hakem kararı daha kısa sürede ortaya çıkabilir<sup>81</sup>.

### **c. Tahkim İstemi ve İsteme cevap**

Davacı, tahkim isteminde bulunurken istemini MTO Tahkim Kuralları m. 4'e uygun yapıp yapmadığından emin olmalıdır. Somut ihtilafa uygun tahkim usûlünün belirlenmesi ve yargılama süreci boyunca ortaya çıkabilecek belirsizliklerin önüne geçebilmek ve tahkim süresini kısaltabilmek adına ihtilafın mahiyetini ve dayandığı iddiaları en açık şekilde açıklamalıdır. İsteme cevap ise MTO Tahkim Kuralları m. 5'e uygun olması ve böylelikle açıklanan nedenlerden dolayı davalının savunmasını detaylı olarak vermesinde yarar bulunmaktadır<sup>82</sup>.

---

sürecinin başlangıç tarihidir. Kuru, B./ Arslan, R. / Yılmaz, E.: Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 859.

<sup>79</sup> *ICC Report*, s. 8.

<sup>80</sup> Hakemlerin seçimi ve görevlendirilmesi ile ilgili bkz. *Newmark*, International Arbitration, s. 90-93; Amerika Tahkim Kurumu (AAA)'nun önerileri için bkz. American Arbitration Roadmap, s. 5, [http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F2Fwww.adr.org%2Fcs%2Ffidcplg%3FIdcService%3DGET\\_FILE%26dDocName%3DADRSTG\\_003838%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased&ei=xgP8T86FI5Hwsgbtw-DRBQ&usq=AFQjCNFOleEYZbaVoGkspSRxfjRe1tz6cQ&sig2=exzulkIRcnnVHIfmCiuXHIQ](http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F2Fwww.adr.org%2Fcs%2Ffidcplg%3FIdcService%3DGET_FILE%26dDocName%3DADRSTG_003838%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased&ei=xgP8T86FI5Hwsgbtw-DRBQ&usq=AFQjCNFOleEYZbaVoGkspSRxfjRe1tz6cQ&sig2=exzulkIRcnnVHIfmCiuXHIQ), 15.02.2013.

<sup>81</sup> *ICC Report*, s. 8-9.

<sup>82</sup> *ICC Report*, s.9.

#### d. Ön İşlem

##### (a) Tahkimde kullanılan dil

Dil seçimi zamandan ve giderlerden tasarruf etmek bakımından önemlidir. Taraflar dil seçiminde anlaşamadıkları zaman tahkim heyeti buna karar verebilir. Çoğu zaman tahkimde birden fazla dilin kullanılması, taraflar, vekilleri ve hakemler arasındaki iletişimi kolaylaştırdığından tahkim süresini kısaltabilir<sup>83</sup>.

##### (b) Dava Yönetim Konferansı

MTO Tahkim Kuralları m. 18'de belirtilen görev belgesinin en hızlı şekilde hazırlanması ve tahkim heyetinin usûle ilişkin takvimi hazırlayabilmeleri açısından, MTO Tahkim Komisyonu, zamandan kazanmak adına, usûle ilişkin bir ön konferansın yapılması gerektiğini belirtmiştir. Duruşma sırasında çıkabilecek anlaşmazlıkları önceden çözebilmek adına düzenlenen dava yönetim konferansında modern iletişim araçları kullanılabilir. Konferansa katılması gereken kişilerin hazır bulunmalarının günümüzde gerekmediği, video konferans ya da telefon konferans gibi benzer iletişim araçlarından faydalanılabileceği belirtilmiştir<sup>84</sup>.

#### e. Sonraki Yargı İşlemleri

Ön işlemden taraflar aralarındaki uyuşmazlıkla ilgili gerekli detaylı açıklamaları belirtmişlerse, tahkim heyeti ile birlikte görev belgesini hazırlamış ve duruşma tarihlerini belirlemişler ise dava sırasında karşılarına çıkabilecek sorunlardan biraz olsun kaçınabilmiş ve böylece tahkim süresinin uzamasını engellemiş olurlar<sup>85</sup>.

Dava yönetim teknikleri ön işlem aşamasından sonraki safha için de mevcuttur. Bu safhada gerçekleştirilen işlemlerin dava sürecinde zaman kaybına yol açmaması adına önceden düzenlenmesi MTO Tahkim Komisyonu tarafından önerilmektedir<sup>86</sup>.

##### (a) Yazılı deliller

Yazılı delillerin numaralanması ve belirlenmesi, onların dava sürecinde sırayla ve etkin bir şekilde öne sürülmesini sağlar. Tahkim istemi ve isteme cevap aşamasından da başlayarak gerekli yazılı deliller ileri sürülebilir.

Belge talebinin zamanı, sayısı vb. tahkim sürecinin uzamaması açısından belirlenmesi gerekir. MTO Tahkim Komisyonu, yazılı belge talebinin dört kolonda (istenilen yazılı belgenin belirlenmesi, istem nedeninin kısaca belirtilmesi, var ise

<sup>83</sup> *ICC Report*, s.9.

<sup>84</sup> Özsunay, E.: MTO Tahkim Kuralları 2012, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 2, 2012, s. 9.

<sup>85</sup> Amerika Tahkim Kurumu(AAA)'nın önerileri için bkz. American Arbitration Roadmap,s. 6-7.

<sup>86</sup> *ICC Report*, s. 10; AAA'nın önerileri için bkz. American Arbitration Roadmap, s. 9.

karşı tarafın yazılı belgesine itiraz etme nedeni, tahkim heyetinin her istem için kararı) detaylı olarak açıklanarak yanlış anlaşılmalara yol açmadan yapılması gerektiğini belirtmektedir. Tahkim giderlerinin azalması bakımından, yazılı belgelerin elektronik ortamda ulaştırılması<sup>87</sup> ve aynı belgenin tekrardan sunulması gereklidir<sup>88</sup>.

### **(b) Yazışmalar**

Taraflar, tahkim heyetinin talebi olmadan avukatları ile yaptıkları yazışmaları sunmaktan kaçınmalıdırlar<sup>89</sup>.

### **(c) Tanık İfadeleri**

Tanık sayısını somut uyuşmazlığın mahiyetine göre tespit etmek ve fazla tanık çağırılmaktan kaçınmak gerekir. Tahkim heyeti, tanık listesi oluşturulmasında ve gerekli olmayan tanıkların çağrılmasını önlemede yardımcı olabilir<sup>90</sup>. Ayrıca tahkim yargılama sürecini uzatmamak adına tanıkların ifade verme süreleri ve yazılı ifadeleri tekrarlardan kaçınmak amacıyla sınırlandırılabilir.

### **(d) Bilirkişi Beyanı**

Bilirkişi beyanı, tahkim heyetinin ihtilaftaki önemli konuları açıklığa kavuşturmak adına başvurulacak son seçenek olmalıdır. Tahkim giderlerinin azalması açısından, talep edilecek bilirkişi sayısına, bilirkişi beyan sayısına vb. dikkat edilmesi gerekmektedir. Taraflar ya da tahkim heyeti, MTO Bilirkişilik Kuralları uyarınca, MTO Milletlerarası Ekspertiz Merkezi'ne (*ICC International Centre for Expertise*) başvurarak, bilirkişinin/uzmanın belirlenmesi için istemde bulunabilirler<sup>91</sup>.

## **f. Duruşmalar**

Duruşmalar, tahkim süresinin uzamasına ve böylelikle tahkim giderlerinin bir hayli artmasına neden olur. Bu nedenle, duruşmaların uzun sürmemesi ve duruşma sayılarının azaltılması için önlem alınmalıdır. Ayrıca, MTO Tahkim Kuralları m. 14/2 uyarınca seçilmesi gereken duruşma yerinin yukarıda bahsedilenlerin ışığında etkin bir şekilde saptanması gerekmektedir.

Dava yönetim konferansında da bahsedildiği üzere, günümüz koşulları, so-

<sup>87</sup> Detaylı bilgi için bkz. "Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration", Commission Report, 2011 (Çevrimiçi) [http://www.iccdrl.com/CODE/LevelThree.asp?toxml=ltoc\\_CommReportsAll.xml&page=Commission%20Reports&L1=Commission%20Reports&L2=&toxml=DoubleToc.xml&contentxml=arbSingle.xml&Locator=9&contentxml=CR\\_0043.xml&AUTH=&nb=0](http://www.iccdrl.com/CODE/LevelThree.asp?toxml=ltoc_CommReportsAll.xml&page=Commission%20Reports&L1=Commission%20Reports&L2=&toxml=DoubleToc.xml&contentxml=arbSingle.xml&Locator=9&contentxml=CR_0043.xml&AUTH=&nb=0), 15.02.2013.

<sup>88</sup> *ICC Report*, s. 10-11.

<sup>89</sup> *ICC Report*, s. 12.

<sup>90</sup> *ICC Report*, s. 14-17.

<sup>91</sup> *ICC Report*, s. 17-18.

mut duruma uygun olduğu takdirde, iletişim araçlarını kullanarak da duruşmaların yapılabilmesine olanak vermektedir.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde tespit edilen tahkim masraflarının nihai kararda belirtilmesi gerekir. Nihai kararda, masrafların tarafların hangisi tarafından üstlenileceğine ya da masrafların taraflarca hangi oranlarda paylaşılacağına ilişkin hüküm bulunması zorunludur (m. 37/4). MTO 2012 Tahkim Kuralları'yla öngörülen bir diğer yeni husus ise MTO Tahkim Kuralları m. 37/5'tir. Bu madde hükmüne göre, masraflara ilişkin karar verilirken hakem mahkemesi, taraflardan her birinin tahkim yargılamasının hızlı ve az masraflı olması hususuna ilişkin davranışları dâhil, yargılamayla ilişkili olduğunu düşündüğü durumları göz önüne alabilir<sup>92</sup>.

Bir diğer yenilik ise, nihai hakem kararı verilmeden önce, tüm talepler geri alınır ya da tahkim sonra erdirilir ise, Tahkim heyeti, hakemlerin ücretlerini ve masraflar ile MTO'nun yönetim masraflarını belirlemek zorundadır (m. 37/6)<sup>93</sup>.

## SONUÇ

MTO Tahkim Komisyonu tarafından hazırlanan dava yönetim tekniklerinden büyük bir kısmını kısaca açıklamaya çalıştık. Özetlemek gerekirse tahkim duruşmaları, dava duruşmalarına nazaran daha esnektir ve tarafların delillerini ortaya koymaları için bütün imkanı sağlamaktadır. Tahkim başvurusundan duruşma bitene kadar yukarıda bahsi geçen bir çok neden tahkim yargılama sürecinin uzamasına ve böylece tahkim yargılama giderlerinin artmasına sebebiyet vermektedir. Tekrar hatırlatmak gerekir ki tahkim kararının gecikmesinin en büyük nedenlerinden biri duruşmaların plan ve program anlaşmazlığına düşülerek ertelenmesidir. Duruşmanın ertelenmesi kaçınılmaz ise bu duruşmanın video-konferans şeklinde yapılması vb. yöntemler tercih edilmelidir. Ayrıca bazı hakemlerin her duruşma için aldıkları ücret değişmektedir. Dolayısıyla bu açıdan hakemlerin seçiminde dikkat edilmesi gereken bir husus da hakemlerin hangi şartlarda ne kadar ücret talep ettiklerinin araştırılmasıdır. Tahkim yargılama sürecini ve masraflarını azaltma yoluna giderken tarafların hukuki dinlenilme hakkı, yargılama boyunca taraflara eşit davranılma ilkesi, yargılama usûlüne ilişkin işlemlerin yapılması<sup>94</sup> gibi hususlara aykırı davranılmamasına dikkat edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yargılama süreci ve tahkim masraflarının azaltılmasında her ne kadar bahsi geçen teknikler diğer tüm tahkim kurallarını uygulayanlar için yol gösterici nitelikte de olsa daha etkin ve uygulanabilir tekniklere ulaşabilmek için tahkim kullanıcılarının fikir ve önerilerinin de alınması gereklidir. Oysaki milletlerarası tahkim konferanslarında tahkim kullanıcılarına, konuşmacı

<sup>92</sup> AAA'nın önerileri için bkz. American Arbitration Roadmap, s. 8.

<sup>93</sup> ICC Report, s. 18-19.

<sup>94</sup> Pekcanitez- Özeke, s. 751.



olarak katılmak suretiyle, yeterince deneyimlerini paylaşabilme fırsatı verilmemektedir. Bu durum da kullanıcıların ihtiyaçlarına yönelik tahkim kurallarının etkin düzenlenememesine ve dolayısıyla hakemlerin kullanıcıların beklentilerini kavrayamamalarına ve yeterince karşılayamamalarına neden olmaktadır<sup>95</sup>. Tahkim kullanıcıları yokluğunda tahkim kurumunun var olamayacağı da bir gerçektir. Bu nedenle tahkimin en önemli süjesi olan kullanıcının fikir, öneri ve beklentilerine özellikle tahkim kurumlarının daha çok kulak vermesi gereklidir<sup>96</sup>.

## KAYNAKÇA/KAYNAKLAR

### • KİTAPLAR

**AKINCI Z.**, Uluslararası Tahkim, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2007.

**BERBER L. K.**, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması , Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

**KALPSÜZ, T.**, Türkiye’de Uluslararası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.

**KALPSÜZ, T.**, Türkiye’de Uluslararası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010.

**KALPSÜZ, T./ ÇALIŞAN, Faik**, Tahkimde Sürenin Ve Masrafların Kontrolü İçin Teknikler, Vedat, İstanbul, 2008.

**KURU, B./ ARSLAN, R./ YILMAZ E.**, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

**PEKCANITEZ, H. /ÖZEKES, M.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

**TAŞKIN, A.**, Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.

**ÜSTÜNDAĞ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, 7. Baskı, İstanbul, 2000.

### • MAKALELER

**BAKİ, K./ BUDAK, A. C.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 5, 2011, s. 2-43.

**ÖZSUNAY, E.**, MTO Tahkim Kuralları 2012, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2, 2012, s. 48-70.

<sup>95</sup> İngiltere Temyiz Mahkemesi’nin emekli hakimi Christopher Staughton’ın da belirttiği gibi hakemler müşterilerine tatmin edici neticeler sunmaya dikkat etmelidirler aksi halde müşterileri kendilerini bırakıp giderler. “We, arbitrators should take care: If customers do not like our product they will go elsewhere.” *Kumberg*, Are the benefits more theoretical then real?, s. 76.

<sup>96</sup> *Kumberg*, Are the benefits more theoretical then real?, s. 78.

• **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

**American Arbitration Roadmap, American Arbitration Association** (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, [http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.adr.org%2Fcs%2Fidcplg%3FidcService%3DGET\\_FILE%26dDocName%3DADRSTG\\_003838%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased&ei=xgP8T86FI5Hwsgbtw-DRBQ&usq=AFQjCNFOleEYZbaVoGkspSRxfjRe1tz6cQ&sig2=exzukIRcnnVHIfmCiuXHIQ](http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.adr.org%2Fcs%2Fidcplg%3FidcService%3DGET_FILE%26dDocName%3DADRSTG_003838%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased&ei=xgP8T86FI5Hwsgbtw-DRBQ&usq=AFQjCNFOleEYZbaVoGkspSRxfjRe1tz6cQ&sig2=exzukIRcnnVHIfmCiuXHIQ).

**ARIAS, D.**, Fast-track arbitrations: An option worth seriously considering, The Chambers Magazine (Çevrimiçi), 2010, Erişim Tarihi: 15.02.2013. <http://www.chambersmagazine.co.uk/Article/International-Arbitration-Expert-Opinion-Fast-track-arbitration-An-option-worth-seriously-considering>.

**Hukuk Türk, Bilgi Bankası Sitesi**, Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://www.hukuk-turk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>.

**ICC (Uluslararası Ticaret Odası) Resmi Sitesi**, Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://www.iccwbo.org/>.

**ICSID (Yatırım ve Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez) Resmi Sitesi**, Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://icsid.worldbank.org>.

**ITO (İstanbul Ticaret Odası) Resmi Sitesi**, Erişim Tarihi: 15.02.2013, [www.ito.org.tr/](http://www.ito.org.tr/).

**KUMBERG, W. V.**, International Commercial Arbitration From a user's perspective: Are the benefits more theoretical than real? (International Commercial Arbitration), Dispute Resolution Journal, November 2011/January 2012, s. 77-84 (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://www.docstoc.com/docs/113297334/INTERNATIONAL-COMMERCIAL-ARBITRATION-FROM-A-USERS-PERSPECTIVE-Are-the-Benefits-More-Theoretical-Than-Real>.

**NEWMARK, C.**, Controlling Time and Costs in Arbitration, Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration - 2nd Edition, Mart 2010, Chapter 6, s. 93-95, (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 15.02.2013, [http://www.jurispub.com/cart.php?m=product\\_detail&p=6381](http://www.jurispub.com/cart.php?m=product_detail&p=6381).

**ORMANOĞLU, B.**, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Ankara, Mart 2004 (Çevrimiçi: Erişim Tarihi: 15.02.2013) <http://www.bumko.gov.tr/Eklenti/2691,bormanoglupdf.pdf?0>.

**Rapport au Premier Ministre Relatif au Decret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011 Portant Reforme de l'Arbitrage**, (Çevrimiçi: Erişim Tarihi: 15.02.2013), <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFT-EXT000023417498>.

**Réforme du Droit Français de l'Arbitrage Interne et International**, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://www.fr.cej.org/pdf/Article%20Bersay%20Arbitrage%20Fr.pdf>.

**Réforme du Droit de l'Arbitrage: Un Règlement des Litiges Plus Efficace**, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://www.lemoniteur.fr/161-marches-prives/article/actualite/780129-reforme-du-droit-de-l-arbitrage-un-reglement-des-litiges-plus-efficace>.

**UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu)**, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, <http://www.uncitral.org/>.

**TOBB Tahkim Kuralları**, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, [www.tobb.org.tr/.../Documents/Tahkim/2-Tahkim%20tuzugu.doc](http://www.tobb.org.tr/.../Documents/Tahkim/2-Tahkim%20tuzugu.doc).

**YÜKSEL, M.**, Hukuk Kültürü, AÜEHFD, Cilt VIII, Sayı 1-2, Haziran 2003, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 15.02.2013, [hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003\\_VII\\_14.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_14.pdf).



**HAKKINDA TAHLİYE KARARI VERİLMİŞ OLAN  
KİŞİNİN İDARİ İŞLEMLER GEREKÇESİYLE  
TUTULMAYA DEVAM EDİLMESİNİN KİŞİ  
GÜVENLİĞİNİ İHLAL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU**

*(Whether the Fact of Being Kept by the Police Despite an  
Eviction Decree Constitutes or Not A Violation Within  
Article 5 of ECHR)*

**Nil Melek GÜLTEKİN\***

**Topaloğlu-Türkiye Davası**

(Başvuru no:38388/04, Strasburg-Karar Tarihi: 3 Temmuz 2012,  
Nihai Karar Tarihi: 3.10.2012)<sup>1</sup>

**ÖZET**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmış olan 3 Temmuz 2012 tarihli bu kararda, hakkında tahliye kararı verilmiş olan bir kimsenin, derhal salıverilmemesi ve idari işlemler dolayısıyla tahliye kararına rağmen üç gün tutulmasının ve bundan dolayı başvuranın uğramış olduğu zarara karşılık etkin bir tazmin hakkı sağlanmamış olmasının AİHS'in 5. maddesini ihlal edip etmediği hususu incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Tutuklama, tahliye, kişi özgürlüğü, AİHS m.5

**Abstract**

This resolution of the European Court of Human Rights dated 3 July 2012, analyzes whether the fact that continuing to hold 3 days a person about whom a judge has rendered an order of discharge and not providing him an effective remedy, constitutes the breach of the 5th article of the Convention.

**Keywords:** Arrest, discharge, liberty of person, ECHR art.5

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (nilmelekgultekin@hotmail.com)

<sup>1</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"topaloglu\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-111948\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 03.10.2012 tarihli kararında, hakkında daha önce verilmiş tutuklama kararı bulunan bir kimsenin hakkındaki bu tutuklama kararının kaldırılması halinde kişinin derhal salıverilmemesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 inci maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Somut olayda, zorunlu askerlik hizmetini ifa etmekte olan başvuran, görev yaptığı yeri terk etmiş, bunun üzerine hakkında firar suçundan dava açılmış, kişi hakkında 19 Kasım 2001 tarihinde Ege Askeri Mahkemesi tarafından tutuklama kararı verilmiş, 8 Mart 2002 Cuma günü ise serbest bırakılmasına karar verilmiş, ancak başvuran 11 Mart 2002 tarihinde serbest bırakılmıştır. Bunun üzerine başvuran aradaki 3 günlük sürede haksız yere tutulduğuna ilişkin Askeri İdare Mahkemesi'nde Milli Savunma Bakanlığı aleyhine başvuruda bulunarak manevi tazminat istemiş, 4 Haziran 2003 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başvuranın talebini reddetmiştir. Başvuran bu karar üzerine, kararın düzeltilmesi için başvuruda bulunmuştur, ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcısı, esasa ilişkin mütalaasını sunmuş, bu mütalaa başvurana tebliğ edilmemiştir ve 06 Mayıs 2004 tarihinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, başvuranın karar düzeltme talebini bu yargı yoluna ikinci bir defa başvurulamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Bu gelişmelere istinaden, başvuran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat etmiştir.

AİHM bu kararda, hakkında tahliye kararı verilmiş olan kişinin makul sürede serbest bırakılmamasını Sözleşme'nin 5 inci maddesi ile korunan kişi özgürlüğünün ihlal ettiğini; bunun yanı sıra başvuran kişinin bu fazla tutulmadan dolayı uğramış olduğu zararın giderilmemesinin ve etkin bir tazmin yolunun bulunmamasının Sözleşme'nin 5 inci maddesinin 5 inci fıkrasıyla bağdaşmadığını belirtmiştir. Nitekim maddenin 5 inci fıkrasında bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat isteme hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

Kararın 2012 yılında verilmiş bir karar olması, güncelliği itibariyle önem arz etmekte olup, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun öngördüğü koruma tedbirlerinden biri olan tutuklama kararının kaldırılması halinde kişinin salıverilmesi için geçecek sürenin hangi hallerde makul süre olarak değerlendirileceği ve somut olayda yapılan usulsüzlüklerle bağlantılı olarak hakkı zedelenen kişinin idareden bir tazminat alamaması durumunun AİHS'in 5 inci maddesi kapsamında öngörülmuş olan tazminat hakkını zedelediği hususlarına değinilmiş olması kanaatimizce bu kararı önemli kılmaktadır. Bu çalışma kapsamında, AİHM'in resmi karar arama sitesi olan "HUDOC"<sup>2</sup> tan kararın tamamı, Fransızca metninden çevrilmiştir.

<sup>2</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

## **KARARIN ÇEVİRİSİ USUL**

1. Davanın temelinde, Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı, devletin bir vatandaşı olan M. Şener Topaloğlu (“başvuran”) tarafından 5 Ekim 2004 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (“Sözleşme”) 34 üncü maddesi uyarınca yapılmış olan bir başvuru (“no. 38388/04”) bulunmaktadır.

2. Başvuran, Ankara'da avukatlık yapan M.M.C. tarafından temsil edilmektedir. Türk hükümeti (“Hükümet”) ise, kendi vekili tarafından temsil edilmektedir.

3. 16 Haziran 2008 tarihinde dava Hükümete bildirilmiştir. Sözleşme'nin 29§1 maddesi uyarınca, Mahkeme'nin, davanın kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin bir arada hüküm kurmasına karar verilmiştir.

## **OLAYLAR**

### **DAVANIN KOŞULLARI**

4. Başvuran 1979 senesinde doğmuştur ve Rize'de ikamet etmektedir.

5. Zorunlu askerlik hizmetini Ezine'de ifa etmekte olan başvuran, görev yaptığı yeri terk etmiştir.

6. Bunun üzerine, askeri savcı başvurunu firar ile suçlamıştır.

7. 19 Kasım 2001 tarihinde Ege Askeri Mahkemesi başvurunun tutuklanmasına karar vermiştir.

8. 8 Mart 2002 Cuma günü, mahkeme başvurunun serbest bırakılmasına karar vermiştir.

9. 11 Mart 2002 Pazartesi günü 12.00 sularında başvuran serbest bırakılmıştır.

10. 23 Aralık 2002 tarihinde, başvuran, avukatı aracılığıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde Savunma Bakanlığı aleyhine başvuruda bulunmuş, 8 Mart 2002 ile 11 Mart 2002 tarihleri arasında hürriyetinden yoksun bırakılmış olmasından dolayı uğradığı manevi zararın tazminini talep etmiştir.

11. Davalı idare cevaben; başvurunun o tarihler arasında “tutuklu” olarak tutulmadığını, hafta sonuna denk gelmesi sebebiyle gerçekleşmeyen idari formalitelerin tamamlanması süresince “misafir edildiğini” belirtmiştir.

12. 4 Haziran 2003 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başvurunun talebini reddetmiştir.

13. Başvuran bu karar üzerine, kararın düzeltilmesi için başvuruda bulunarak, başvurusunun hukuki sürelerle uygun olarak yapıldığını ve 8 Mart 2002 tarihinden

sonraki dönemde tutulmasının hem iç hukuka, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

**14.** Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcısı, esasa ilişkin mütalaasını sunmuş, ancak bu mütalaa başvurana tebliğ edilmemiştir.

**15.** Başvurana 06 Nisan 2004 tarihinde bildirilen 11 Şubat 2004 tarihli kararında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 4 Haziran 2003 tarihli kararını düzelterek, başvurunun kabul edilebileceğine karar vermiş ve davanın esasını inceleyerek hüküm vermiştir. Mahkeme hükmünde başvuranın başvurusunu aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

“ (...) Cezaevi yetkilileri bir tutuklunun salıverilmesinden önce birtakım incelemeler yapılmasına ilişkin kurala uymuşlardır.

Şener Topaloğlu'nun özgürlüğünü kısıtlama kastı bulunmamaktadır.

İlgili kişinin salıverilmesi haftasonu olması sebebiyle gerçekten de olağan koşullara göre daha uzun sürmüş, ancak bu zaman dilimi zorunlu kontrollerin yapılması için kesinlikle gerekli olup, makul olmayan bir süreden bahsedilemez. (...)”

**16.** 06 Mayıs 2004 tarihinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, başvuranın karar düzeltme talebini bu yargı yoluna ikinci bir defa başvurulamayacağı gerekçesiyle reddetmiş, kanunda sayılmayan sebeplere dayanarak karar düzeltme istenilmesi halinde hakimın para cezası yaptırımı uygulama yetkisini düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'un 442 nci maddesi kapsamında başvuranın başvuru hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle 111 400 000 eski Türk Lirası (olayın meydana geldiği dönemde yaklaşık 65 Euro) tutarında bir miktar ödemesine karar vermiştir.

## HUKUK

### I. KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA

**17.** Başvuran; Sözleşme'nin 5§1 maddesinin ihlal edildiğini ve 8 Mart 2002 tarihinden 11 Mart 2002 tarihine kadar hukuka aykırı bir biçimde hürriyetinden yoksun bırakıldığını,

**18.** 5§1 maddesine aykırı olarak gerçekleşen tutulmasına karşılık, Sözleşme'nin 5§5 maddesine atıfla hiçbir tazmin yolu bulamadığını,

**19.** Sözleşme'nin 6 ncı maddesi kapsamında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi önünde görülen duruşmanın usulünün adil yargılama ilkesine uygun olmadığını, Mahkeme'nin kararını yeterli ölçüde gerekçelendirmediğini ve silahların eşitliği ilkesini ihlal edecek şekilde savcının sunmuş olduğu mütalaanın kendisine tebliğ edilmediğini,

**20.** Karar düzeltme yoluna başvurması sebebiyle ödemek zorunda kaldığı para



cezasının Sözleşme'nin 6 ncı maddesi kapsamında kendisine sağlanmış olan mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

**21.** Son olarak, Sözleşme'nin 13 üncü maddesi kapsamında, başvuran, salıverilmesini geciktiren askeri cezaevi yetkilileri hakkında herhangi bir cezai soruşturma başlatılmadığını bildirmektedir.

**22.** Hükümet ise bu iddialara karşı çıkmaktadır.

### **A. Altı Ay Kuralı**

**23.** Hükümet altı aylık süre kuralına uyulmadığını ileri sürmektedir.

**24.** Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararının tarihinin 11 Şubat 2004 olduğunu, bu kararın başvurana 06 Nisan 2004 tarihinde tebliğ edildiğini göz önüne alarak,

Başvuranın 05 Ekim 2004 tarihinde Mahkeme'ye faks yoluyla başvuruda bulunma niyetini ve bu başvurunun içeriği hususunda gerekli bilgileri ihtiva eden ilk dilekçesini gönderdiğini, bu dilekçede başvuranın Mahkeme önünde ileri süreceği şikayetleri belirttiğini, bu itibarla başvuru tarihini, başvuranın ilk dilekçesini faksla gönderdiği tarih olan 05 Ekim 2004 olarak kabul ettiğini ve böylece başvurunun Sözleşme'nin 35 inci maddesince öngörülen 6 aylık süre içerisinde yapıldığını belirtmiştir.

### **B. Sözleşme'nin 5 inci ve 6 ncı Maddeleri Kapsamındaki Şikayetler (Cumhuriyet Başsavcılığının mütalaasının tebliğ edilmemesi)**

**25.** Mahkeme, şikayetlerin Sözleşme'nin 35§3 maddesi kapsamında asılsız olmadıklarını ve hiçbir kabul edilebilirlik kuralının ihlal edilmediğini tespit etmiştir.<sup>3</sup>

### **C. Diğer Şikayetler**

#### **1. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Kararının Gereğesi**

**26.** Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararının gerekçesini usulüne uygun bulmaktadır (bakınız paragraf 15). Ayrıca, Mahkeme, her ne kadar Sözleşme'nin 6 ncı maddesi mahkemelere kararlarını gerekçelendirme zorunluluğu getiriyor olsa da, bu zorunluluğun öne sürülen her iddiaya ayrıntılı bir cevap verilmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini hatırlatmaktadır (*Garcia Ruiz, İspanya'ya karşı*, 21 Ocak 1999, no. 30544/96, § 26, AİHM 1999-I).

<sup>3</sup> 22.05.2012 tarihinde yapılan değişiklik ile, 47 nci madde ile savcının mütalaasının tebliğ edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. AYİM md. 47: "Dilekçeler ve savunmalar alındıktan veya cevap süreleri geçtikten sonra, dava dosyaları Genel Sekreterlikçe Başsavcılığa verilir. Başsavcılığın düşüncesi alındıktan sonra dosyalar Genel Sekreterliğe geri gönderilir. Başsavcılık düşüncesi Genel Sekreterlikçe taraflara tebliğ edilir. Taraflar tebliğden itibaren yedi gün içerisinde cevaplarını yazılı olarak Mahkemeye bildirebilirler. Bu süre uzatılamaz. Tarafların cevapları alındıktan veya cevap süresi geçtikten sonra dosyalar görevli daireye Genel Sekreterlik aracılığı ile gönderilir."

27. Bu itibarla başvurunun bu konuya ilişkin kısmı asılsız olup Sözleşme'nin 35§3 ve 35§4 maddelerinin uygulanmasıyla reddedilmelidir.

### **2. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanımı Sebebiyle Para Cezası Ödenmesi**

28. Mahkeme, başvuru hakkının kötüye kullanımına ilişkin para cezası öngörülmesinin kural olarak Sözleşme'nin 6§1 maddesi anlamında uyumsuzluk teşkil etmediğini hatırlatmaktadır (*Maillard, Fransa'ya karşı*, n° 35009/02, § 37, 6 Aralık 2005) ve bu davada, belirlenmiş olan para cezasının miktarının (bakınız paragraf 16) Sözleşme'nin 6§1 maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkının kullanılmasına engel olarak görmemektedir (*Poilly, Fransa'ya karşı*, no. 68155/01, 15 Ekim 2002 ve *Dalar, Türkiye'ye karşı*, no. 35957/05, 21 Şubat 2012).

29. Bu itibarla başvurunun bu konuya ilişkin kısmı asılsız olup Sözleşme'nin 35§3 ve 35§4 maddelerinin uygulanmasıyla reddedilmelidir.

### **3. Cezaevi Yetkilileri Hakkında Cezai Soruşturma Başlatılmamış Olması**

30. Mahkeme, şikayetin destekli olmadığı sonucuna varmaktadır. Bunun yanı sıra şikayetin iç yolların tüketilmemesi hususuna takıldığını gözlemlemektedir. Aksi kabul edilse dahi (iç yollar tüketilse dahi), Mahkeme, Sözleşme'nin ne "özel intikama" ne de "actio popularis"e izin vermediğini ve bunu garantilemediğini hatırlatmaktadır. Bu kapsamda, davanın koşulları dikkate alındığında, üçüncü kişiler hakkında cezaevi soruşturma başlatma veya mahkum etme hususunda hak iddia edilemez (*Perez, Fransa'ya karşı*, no. 47287/99, § 70, AİHM 2004-I).

31. Bu itibarla başvurunun bu konuya ilişkin kısmı asılsız olup Sözleşme'nin 35§3 ve 35§4 maddelerinin uygulanmasıyla reddedilmelidir.

## **II. SÖZLEŞMENİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDIASI**

### **1. Sözleşme'nin 5§1 Maddesi Kapsamındaki Şikayet**

32. Başvuran 8 Mart 2002 ile 11 Mart 2002 tarihleri arasında hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakıldığını iddia etmektedir.

33. Hükümet, başvuranın zorunlu askerlik hizmetini tamamlayıp tamamladığı hususunda ek denetlemenin yapılmasının gerekli olduğunu; böylece, hafta sonu boyunca idari işlemlerin tamamlandığını ve başvuranın bunun ardından derhal serbest bırakıldığını belirtmiştir.

34. Mahkeme öncelikle Sözleşme'nin 5§1 maddesinde düzenlenmiş olan hakka getirilebilecek sınırlamalar listesinin kapsamlı olduğunu ve ancak dar bir yorum bu düzenlemenin amacı olan "kimsenin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmamasına" uygun olduğunu hatırlatmaktadır (benzer şekilde, *Giulia Manzoni İtalya'ya karşı*, 01 Temmuz 1997, § 25, AİHM 1997-IV).

**35.** Buna ilaveten, Mahkeme, çoğu zaman bir salıverilme kararının uygulanabilmesi için belirli bir sürenin geçmesi gerektiğinin kaçınılmaz olduğunu kabul etse de, bu sürenin asgari düzeyde tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır (*Giulia Manzoni İtalya'ya karşı*, § 25). Salıverilmeye ilişkin idari işlemler ise, ancak birkaç saati aşan bir gecikmeyi haklı gösterebilir (*Nikolov, Bulgaristan'a karşı*, no. 38884/97, §82, 30 Ocak 2003). Bu itibarla Mahkeme, salıverilmeye ilişkin kararların uygulanmasında yaşanan gecikmelere ilişkin şikayetleri hususi bir dikkatle incelemelidir (*Bojinov, Bulgaristan'a karşı*, no. 47799/99, par. 36, 28 Ekim 2004).

**36.** Mahkeme, somut olayda, başvuranın salıverilmesine ilişkin bir mahkeme kararının bulunduğunu gözlemlemektedir (bakınız paragraf 8).

**37.** Mahkemeye göre, Hükümet tarafından öne sürülen savunmalar, kararın uygulanmasındaki 3 günlük gecikmenin gerekçesini oluşturamaz. Nitekim Mahkeme, ulusal yargı makamlarının da, araya giren hafta sonu sebebiyle salıverilmenin mutad süreden daha uzun sürdüğünü kabul ettiğini belirtmektedir (bakınız paragraf 15). Mahkeme bu noktada, Sözleşme'ye taraf devletlerin, kendi yargı çevrelerinde bulunan kişilerin özgürlük hakkını korumak amacıyla, salıverilmeye ilişkin kararların derhal uygulanabilmeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarını hatırlatmaktadır (*Değerli ve diğerleri, Türkiye'ye karşı*, no. 18242/02, § 25, 5 Şubat 2008 ve *Hıdır Durmaz, Türkiye'ye karşı*, (no. 2), § 47, 12 Temmuz 2011).

**38.** Yukarıda belirtilenlerin ışığında, Mahkeme, başvuranın salıverilmesine ilişkin Mahkeme kararını takiben üç gün süresince geçici olarak tutulmasının, Sözleşme'nin 5§1 maddesinde izin verilmiş olan amaçlardan herhangi birinin kapsamında kalmadığından, Sözleşme'nin 5 inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır (aynı yönde bakınız, *Quin, Fransa'ya karşı*, no. 18580/91, § 42 ve § 43, 22 Mart 1995, *Labita, İtalya'ya karşı*, no. 26772/95, § 166-174, AİHM 2000-IV ve *Mancini, İtalya'ya karşı*, no. 44955/98, § 25 ve 26, AİHM 2001-IX).

## **2. Sözleşme'nin 5§5 Maddesi Kapsamındaki Şikayet**

**39.** Başvuran, Sözleşme'nin 5§1 maddesinde yer alan koşullara aykırı olarak tutulmasından dolayı uğradığı zararı telafi etmek için hiçbir tazmin yoluna sahip olmadığını iddia etmektedir.

**40.** Hükümet, salıverilmenin gecikmesinden sorumlu olan kişilere karşı cezai, Anayasa'nın 125 inci maddesine dayanarak bir tazminat elde edebilmek için ise Yüksek İdare Mahkemesi önünde idari bir başvuru yolu bulunduğunu savunmuştur.

**41.** Mahkeme, Hükümet tarafından zikredilen cezai başvuru yolunun tazminat hukuku ile bir ilgisi bulunmadığını tespit etmektedir. Bu sebeple yeterli bir başvuru yolu olarak kabul edilemez. İdari başvuru yoluna gelince, başvuran bu başvuru yolunu Askeri İdare Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak kullanmış, ancak bir sonuç

elde edememiştir (bakınız paragraf 15). Bu itibarla, Sözleşme'nin 5§1 maddesinde yer alan koşullara aykırı bir tutuklamanın mağduru olan başvuran, iç hukukta da Sözleşme'nin 5§5 maddesine uygun bir tazminat hakkı kazanamamıştır.

42. Bu bilgiler, Mahkemenin, Sözleşme'nin 5§5 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.

### III. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

43. Başvuran, Sözleşme'nin 6§1 maddesine atıfta bulunarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcısının mütalaasının kendisine tebliğ edilmediğini bildirmektedir.

44. Hükümet, savcının mütalaasının duruşma öncesinde başvuranın dosyasına sunulduğunu, şayet başvuran mahkeme kaleminde bulunan dava dosyasını incelemiş olsaydı, mütalaa hakkında bilgi sahibi olabileceğini savunmaktadır.

45. Mahkeme, daha önce de aynı şikayet ve aynı savunmayı incelediğini ve bunun sonucunda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcısının mütalaasının başvurana tebliğ edilmiş olmaması sebebiyle Sözleşme'nin 6§1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştığını hatırlatmaktadır (*Miran, Türkiye'ye karşı*, no. 43980/04, § 15-18, 21 Nisan 2009, *Tamay ve diğerleri, Türkiye'ye karşı*, no 38287/04, § 18, 29 Eylül 2009 ve *Meral, Türkiye'ye karşı*, no. 33446/02, § 32-39, 27 Kasım 2007). Mahkeme somut olayı incelemiş ve Hükümetin, Mahkeme'yi farklı bir sonuca varmaya yönelik ikna edici hiçbir olgu veya argüman sunamadığı kanaatine ulaşmıştır.

46. Bu itibarla Sözleşme'nin 6§1 inci maddesi ihlal edilmiştir.

### IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

47. Başvuran, manevi tazminat için 10 000 Euro talep etmektedir.

48. Hükümet bu talebe itiraz etmektedir.

49. Mahkeme, adil bir kararla, başvurana 7 500 Euro manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

50. Başvuran buna ek olarak giderleri ve harcamaları için 5 000 Euro talep etmektedir. Bu talebini destekleyecek herhangi bir dayanak göstermemiştir.

51. Hükümet bu talebe itiraz etmektedir.

52. Mahkeme içtihatlarına göre, giderlerinin ve harcamalarının başvurana iadesine ancak bu gider ve harcamaların gerçek olduğu, gerekli olduğu ve miktarın makul olduğunun kanıtlanması halinde hükmolunur. Somut olay incelendiğinde, başvuranın bu talebini destekleyecek herhangi bir dayanağın bulunmaması sebebiyle, Mahkeme başvuranın bu talebini reddetmektedir.

53. AİHM, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı basit faize dayalı olarak %3'lük bir faiz oranı uygulanacağını belirtmektedir.

**YUKARIDAKİ GEREKÇELERE DAYANARAK, MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE,**

1. Sözleşme'nin 5 inci maddesinin ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcısının mütalaasının başvurana tebliğ edilmemesine bağlı olarak 6 ncı maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikayetlerle ilgili başvurunun kabul edilebilir olduğuna;

2. Sözleşmenin 5§1 maddesinin ihlal edildiğine;

3. Sözleşmenin 5§5 maddesinin ihlal edildiğine;

4. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcısının mütalaasının başvurana tebliğ edilmemesi sebebiyle Sözleşmenin 6§1 maddesinin ihlal edildiğine;

5. a) Hükümetin, başvurana, Sözleşme'nin 44§2 maddesi uyarınca, kararın kesinleşmesini takip eden 3 ay içerisinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden TL'sına çevrilmek üzere 7 500 Euro ve ilaveten miktara yansıtılabilecek KDV ve pul, harç ve masraflarını ödemesine;

b) Belirtilen süre bitiminden ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için, yukarıda belirtilen tutara, Avrupa Merkez Bankasının kredi faiz oranına yüzde üç puan eklenmek suretiyle gecikme faizi uygulanmasına;

6. Hakkaniyete uygun tazminata ilişkin diğer taleplerin reddine;  
karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve 03 Temmuz 2012 tarihinde, İçtüzüğü'nün 77§2 ve 77§3 maddeleri uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir.



# KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN TÜRK-ALMAN KARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

*(Analysis of Wilful Homicide in Terms of Turkish and German  
Comparative Criminal Law)*

*“Öğrencisi olmaktan onur duyduğum saygıdeğer hocam  
Prof. Dr. F. Nur Centel’e sonsuz şükranlarımla...”*

**Eser OLGUN\***

## ÖZET

Kasten öldürme suçu, korunan hukuki değer yaşama hakkı olduğundan, tüm ceza kanunlarında yer alan bir suçtur. Söz konusu suç Türk Ceza Kanunu'nun 81 vd. maddelerinde ve Alman Ceza Kanunu'nun 211 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alman ceza hukuku, birçok ülkeyi olduğu gibi, Türk ceza hukukunu ve doktrinini de etkilemektedir. Bu yüzden kasten öldürme suçunun incelenmesinde de, Alman ceza hukukundaki yaklaşımları bilmek önem arz etmektedir. Bu çalışmada, klasik suç tipi incelemesi usulü izlenerek, kasten öldürme suçu açısından Türk ve Alman ceza kanunlarının karşılaştırmalı bir incelemesi yapılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Kasten öldürme, Cinayet, Suç unsurları, Hukuka uygunluk sebepleri, Suçun özel görünüş biçimleri.

## *Abstract*

Homicide is a crime, that appears in all criminal codes, because the object of legal protection is the right to life. The subject crime is regulated in the articles 81 ff. of the Turkish Criminal Code and in the articles 211 ff. of the German Criminal Code. German criminal law influences many countries and Turkish criminal law and its literature as well. Therefore, it is important to know the German criminal law approaches to the matter for making an analysis of wilful homicide. This article analyses wilful homicide in terms of Turkish and German comparative criminal law by following the classical examination method of corpus delicti.

**Keywords:** Wilful homicide, Murder, Elements of the crime, Grounds of justification, Special appearances of the crime.

\* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (eser.olgun@hotmail.com)

## GİRİŞ

Bir insanın hayatını sona erdirmek, insanın en temel hakkı olan yaşama hakkını ortadan kaldırması sebebiyle, her ceza kanununda suç olarak yer alan, başka bir deyişle genel-geçer anlamda suç olan bir eylemdir.

Yaşama hakkı, insanın doğuştan gelen ve müdahale edilemeyecek temel haklarının başında gelmektedir. Bu anlamda ülkelerin ceza kanunlarının yanı sıra insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerde de yaşama hakkı kutsal ya da dokunulmaz<sup>1</sup> sayılmış ve devletler bunu korumayı taahhüt etmişlerdir. Yaşama hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde (m. 3) yer bulmuş ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 4), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (m. 4) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 2) gibi birçok uluslararası sözleşmede garanti altına alınmıştır. Yaşama hakkını düzenleyen uluslararası sözleşmelerin bazılarında, hakkın Sözleşmecî Devlet'in taahhüt ettiği koruma kapsamının dışında kaldığı bazı istisnai durumlar düzenlenmiş olsa da, bu haller Devlet'in öldürme hakkı ya da izni olarak yorumlanamaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da 12. maddede herkesin, "*kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere*" sahip olduğu belirtildikten sonra temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği ikinci bölümdeki 17. maddede herkesin yaşama hakkına sahip olduğu açıkça zikredilmiştir (AY m. 17). Yine Anayasa'nın "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması*" başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasında, temel hak ve hürriyetlerinin kısmen veya tamamen durdurulabileceği durumlar düzenlendikten sonra aynı maddenin ikinci fıkrasında, "*birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına*" dokunulamayacağı vurgulanmıştır. Aynı şekilde Alman Anayasası'nın "*Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü*" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.*" şeklindeki ifadeyle herkesin yaşama hakkına ve vücut dokunulmazlığına sahip olduğu belirtilmiştir. Temel hakları sınırlandıracak yasanın, Alman Anayasası'nın "*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özütü*" başlıklı 19. maddesi uyarınca, olayla sınırlı olmayıp genel nitelikli olması ve hakkın özüne dokunmaması şarttır.

Ceza Hukuku normları, Anayasa ile kişilere tanınan temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik hukuk kurallarıdır. Bir başka deyişle Anayasa'da gösterilen temel hak ve özgürlükler, ceza hukuku vasıtasıyla korunur<sup>2</sup>. Bu çalışmada yaşama hakkının ceza hukuku anlamında en doğrudan korumasını sağlayan kasten öldürme

<sup>1</sup> Yaşamın kutsallığı ve dokunulmazlığı, yaşamın niteliği teorisi ile birlikte yaşama hakkının esasına ilişkin görüşleri oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama, çalışmanın "Korunan Hukuki Değer" bahsinde yapılacaktır.

<sup>2</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Bası, İstanbul: Beta, 2010, sf. 4; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2011, sf. 9.



suçu, Türk ve Alman ceza hukukları bakımından karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Suç, unsurlarına göre sırasıyla ayrı ayrı incelenecek, unsurların incelenmesi sırasında hem Türk hem de Alman ceza hukuku bakımından açıklamalar yapılacaktır.

## I. GENEL BİLGİLER

Kasten öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümlerini içeren ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenmiştir. Hayata karşı suçların yer aldığı birinci bölümdeki m. 81 uyarınca "*bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*" Bu madde, kasten öldürme suçunun temel şeklini düzenlemektedir. Suçun temel şekline ilişkin düzenleme, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda 448. maddede yer almaktaydı. Buna göre "*her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına*" mahkum edilmekteydi.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "kasten adam öldürme" başlıklı 448. maddede, cürümleri düzenleyen ikinci kitabın dokuzuncu babının birinci faslında yer almaktaydı. Sistematik olarak şahıslara karşı işlenen cürümlere dokuzuncu bapta yer veren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bireyin hak ve özgürlüklerine öncelik verildiğinin vurgulanması mülahazalarıyla kişilere karşı işlenen suçlara, uluslararası suçların hemen ardından ikinci kısımda yer verilmiştir. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Yasa'daki cürüm kabahat ayrımı kaldırılmış ve sadece suçlara yer verilmiştir. Kabahatler ise ayrı bir kanun olan Kabahatler Kanunu'nda düzenlenerek idari yaptırım altına alınmıştır. Bu sebeple artık kasten öldürme bir cürüm değil, suç olarak anılmaktadır.

Yukarıda sayılan sistematik değişiklikler dışında iki hüküm arasında, öngörülen ceza bakımından bir farklılık göze çarpmaktadır. Suçun temel şekli bakımından 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda faile "24 seneden 30 seneye" kadar hapis cezası verilmekteyken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda faile müebbet hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca 765 sayılı Yasa'daki "birleşik hallerde ölüme sebebiyet" (m. 451)<sup>3</sup> "yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu" (m. 453)<sup>4</sup>, "faili belli olmayan adam öldürme ve müessir fiil" (m. 463)<sup>5</sup> hükümlerinin yanı sıra, suçun

<sup>3</sup> "MADDE 451 – Ölümlü failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen abvalın birleşmesi veyahut failin idaresinden hariç ve gayri melhuz esbabın inzımamı yüzünden vukua gelmiş ise ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim hallerde on beş seneden ve müebbet ve on beş seneden fazla ağır hapsi müstelzim hallerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hüküm olunur."

<sup>4</sup> "MADDE 453 – Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir."

<sup>5</sup> "MADDE 463 – 448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükümlenir. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde on altı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz."

“...babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında” işlenmesi<sup>6</sup> 5237 sayılı Yasa’da daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Ayrıca, suçun “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı*” işlenmesi (765 s. TCK m. 450/1) ile “*Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı zail olsa bile bu görevi yapmasından dolayı*” işlenmesi (765 s. TCK m. 450/11) halleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda daha geniş ve kapsayıcı bir ifade tercih edilmesiyle “*kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” işlenmesi (TCK m. 82/1-g) şeklinde daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak yer almıştır. Diğer yandan, suçun “... *bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle*” (TCK m. 82/1-c), “*gebe olduğu bilinen kadına karşı*” (TCK m. 82/1-f), “*çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı*” (TCK m. 82/1-e) ve “*töre saikiyle*” (TCK m. 82/1-k) işlenmesi 5237 sayılı Yasa’da yeni nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 5237 sayılı Yasa’nın 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi münhasıran düzenlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu’nda (Alman CK) söz konusu suç, özel hükümler kitabının on altıncı bölümünde düzenlenmiştir. 211. maddenin başlığının cinayet (Mord), 212. maddenin başlığının ise adam öldürme (Totschlag) olması, bu suçların birbirinden bağımsız iki suç mu yoksa aralarında temel hal-nitelikli hal ilişkisi olan aynı suça ilişkin iki madde mi olduğuna dair tartışmalar yaratsa da, Alman doktrinindeki hakim görüş, 212. maddenin suçun temel şeklini oluşturduğu, 211. maddenin ise kasten öldürmenin ağırlaştırıcı nitelikli hallerini düzenlediği yönündedir<sup>7</sup>.

Kasten öldürmenin temel şeklini düzenleyen Alman CK m. 212 metni şu şekildedir:

“(1) *Katil olma niteliğini taşımayacak şekilde, bir insan öldüren kişi, kasten öldüren olarak 5 yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Çok ağır hallerde müebbet hapis cezasına hükümlenir.*”

Türk Ceza Kanunu’nun aksine Alman Ceza Kanunu’nda kasten öldürme suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerine de yer verilmiştir. Bunlar, 216. maddede düzenlenen “kastan öldürmenin hafif halı” ve 216. maddede düzenlenen

<sup>6</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 449. maddesinin 1. fıkrasında anılan bu kişilerle beraber “karı, koca ve kardeş” de sayılmıştır, fakat bu suçun bu kişilere karşı işlenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller arasında düzenlenmiştir. (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 82/1-d.)

<sup>7</sup> Karl Lackner/Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch*, 27. Baskı, München: Beck, 2011, 16. Abs. “Vorbermerkung” k.n. 22, BeckOnline, 16.05.2012; Hans-Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukuku’na Giriş* (Çeviren: Feridun Yenisey), İstanbul: Beta, 2007, sf. 80.

“mağdurun isteğiyle adam öldürme”dir. Bu düzenlemeler aşağıda “nitelikli haller” bahsinde ayrıntılı olarak incelenecektir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 453. maddesinde düzenlenmiş olan “yeni doğan çocuğun öldürülmesi suçu” Alman CK m. 217’de de düzenlenmiş fakat daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır.

## II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kasten öldürme suçuyla korunan hukuki değer yaşama hakkıdır<sup>8</sup>. Diğer tüm hürriyetlerin ön koşulu olan bu hakka yapılan saldırı, kişisel olduğu kadar toplumsal olarak da önem arz ettiğinden bu eylemlere karşı her dönemde ceza yaptırımı öngörülmüştür<sup>9</sup>. Hem Türk hem de Alman Ceza Kanunu, hukuki değerın yaşama hakkı olduğunu kabul ederek, kasten öldürme suçunu hayata karşı suçlar başlığı altında düzenlemiştir. Zira suçların düzenlendiği özel hükümler kısmının sistematiğinde, suçlar kural olarak koruduğu hukuki değere göre yer almaktadır<sup>10</sup>.

Yaşama hakkının esasına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan “*yaşamın kutsallığı*” tezi dini temellere dayanmaktadır ve yaşamın kutsal bir değeri olduğunu ileri sürmüştür<sup>11</sup>. Zira bu teze göre, insan diğer canlılardan üstündür ve bu üstünlüğün sağladığı kutsallık Tanrı tarafından belirtildiğinden, insan yaşamına yapılan öldürme ya da intihar gibi saldırılar, Tanrı’nın emirlerine karşı gelmektir ve bu yüzden yasaklanmıştır<sup>12</sup>. Daha sonraki dönemlerde ise bu görüş, “*yaşamın dokunulmazlığı*” adı altında laik temellere oturtularak savunulmuştur<sup>13</sup>. Bu tez, hukukun kaynağı olarak akli işaret etmektedir ve bu yüzden, intihar edenlerin cezalandı-

<sup>8</sup> Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, İstanbul: Beta, 2001, sf. 10; Faruk Erem/Nezhat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2000, sf. 330; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C:1, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2011, sf. 25; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rifat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 124. Alman Hukuku’nda ise korunan hukuki değerin yaşam olduğu ifade edilmektedir. Lackner/Kühl, “Vorbemerkung”, k.n. 1; Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paeffgen, **Strafgesetzbuch Band 2**, 3. Baskı, Nomos, 2010, “Vorbemerkungen zu § 211 ” k.n. 2, BeckOnline, 17.05.2012; Adolf Schönke/Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28. Baskı, München: Beck, 2010, “Vorbemerkungen zu den § 211 ff.” k.n. 12, BeckOnline, 03.06.2012. Korunan hukuki değerin yaşama hakkı olması ve yaşam olması arasında pratik olarak fark bulunmamağaysa da; teorik olarak aradaki fark, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce, yaşamın sonlandırılmadığı durumlarda dahi, yaşama hakkını tehlikeye sokacak eylemlerin madde kapsamında ihlal olarak görülmesi şeklinde tezahür etmektedir. İlgili kararlar ve ayrıntılı açıklama için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, sf. 124, d.n. 3.

<sup>9</sup> Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 25.

<sup>10</sup> Johannes Wessels/Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 35. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller, 2005, k.n. 105.

<sup>11</sup> Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2011, sf. 251.

<sup>12</sup> Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, İstanbul: Ayrıntı, 1999, sf. 35.

<sup>13</sup> Aysun Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011) 163; Tacir, sf. 252.

rılmasına yönelik normların hukuk düzeninde olamayacağını savunmaktadır<sup>14</sup>. Bu yönüyle yaşamın kutsallığı tezinden ayrılmaktaysa da, insanın başlı başına bir değer olduğundan yola çıkması, onur ve iradesi sebebiyle diğer canlılardan farklı ve üstün olduğunu ve insan yaşamının ve bedeninin korunması zorunluluğunu savunması sebebiyle<sup>15</sup> yaşamın kutsallığı teziyle büyük benzerlik göstermektedir.

Bu görüşlerin karşısında “*yaşamın niteliği*” görüşü yer almaktadır. Bu görüş, kişi özerkliği kavramı üzerinde durarak kişinin kendi yaşamı, bedeni ve ölümü üzerinde karar verme hakkının kısıtlanamayacağını savunmaktadır<sup>16</sup>. Bu görüş iki farklı şekilde savunulmuştur. Bunlardan ilki *yararcı (hasta özerkliğini destekleyen) yaklaşımdır*. Bu yaklaşımın kurucuları Jeremy Bentham ve John Stuart Mill'dir. Bu yazarlara göre, bireyin özerkliği toplumun refahına ya da başkalarına zarar vermediği sürece saygın ve mutlak olduğundan, kişinin sadece kendine etik ya da fiziki açıdan zarar verme ihtimali, bireyin isteğinin göz ardı edilmesine sebep teşkil edemez<sup>17</sup>. Yaşamın niteliği görüşü altında savunulan diğer yaklaşım ise, *yaşamın anlamını değerlendiren yaklaşımdır*. Bu yaklaşıma göre, yaşamın canlı olmayı ifade eden bir *biyolojik* anlamı ve canlı olmaktan öte kişinin karakteri, planları, umutları, inançları, hayal kırıklıkları, sosyal yönü ve değerlerinin toplamını ifade eden *biyografik* anlamı bulunmaktadır ve bu görüşe göre esas olan biyografik yaşam olduğundan, bilinçli bir yaşamın olmaması halinde kişinin gerçek anlamda yaşamadığı savunulmuştur<sup>18</sup>. Bu görüşün sonucunda ise, örneğin acılar içinde yaşayan ve ölümcül bir hastalığa yakalanmış bir kişinin kendi yaşamını sonlandırmak istemesi halinde, yaşama hakkını korumak adına talebinin reddedilmesinin söz konusu olmayacağı savunulabilir<sup>19</sup>.

Gerek Alman gerek Türk hukukunda yaşama hakkı konusunda normatif olarak yaşamın dokunulmazlığı görüşünün tezahür ettiği söylenebilir. Türk hukukunda bu durum, Anayasa'nın 12. 15. ve 17. maddelerinde vücut bulmuştur. Alman Anayasası'nın ise 2. ve 19. maddeleri yaşamın dokunulmazlığı görüşünün benimsendiğine işaret etmektedir. Söz konusu madde metinlerine çalışmanın giriş bölümünde yer verildiği için bu bahiste madde metinleri tekrarlanmayacaktır.

<sup>14</sup> İnceoğlu, “Ölme Hakkı”, sf. 63.

<sup>15</sup> İnceoğlu, “Ölme Hakkı”, sf. 65.

<sup>16</sup> Ronald Dworkin, **Life's Dominion**, Alfred A. Knopf pres: New York, 1993, sf. 238-239'dan aktaran Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:2, 2006, sf. 290.

<sup>17</sup> John Stuart Mill/Jeremy Bentham, **Utilitarianism and Other Essays**, London: Penguin Classics, 1987; Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, London: W. Pickering, 1823' ten aktaran Tacir, sf. 253.

<sup>18</sup> Altunkaş, sf. 167.

<sup>19</sup> Tacir, sf. 259.

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### 1. Maddi Unsurlar

##### a. Fiil (Hareket)

Kasten öldürme suçunun cezalandırılabilmesi için neticenin belirli bir şekilde davranarak meydana getirilmiş olması zorunluluğu yoktur. Neticeyi oluşturmaya yönelik olmak şartıyla her şekilde hareket edilebilir. Başka bir deyişle kasten öldürme suçu bir serbest hareketli suçtur<sup>20</sup>. Suç, ani bir hareketle gerçekleşebileceği gibi, uzun bir süre boyunca işlenen bir hareketle de gerçekleşebilir. Örneğin failin, mağduru belirli bir süre boyunca belli aralık ve dozla zehirleyerek öldürmesinde durum böyledir<sup>21</sup>.

Kasten öldürme suçu, icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan Alman Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu yaptıkları düzenlemeler bakımından farklılık göstermektedir. Alman Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" kısmında kasten öldürmenin ihmali suretiyle işlenmesi ihtimaline mahsus bir düzenleme yapılmamışken, Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesi bu ihtimali özel olarak düzenler. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

*"(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.*

*(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;*

*a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,*

*b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,*

*Gerekir.*

*(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenilebileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir."*

TCK m. 83'e göre bir kişinin ihmali suretiyle kasten öldürme suçunun faili olabilmesi için, kişinin neticeyi önlemeye yönelik ve hukuk düzeninin dayattığı bir

<sup>20</sup> Erem/Toroslu, sf. 337; Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 28; Tezcan/Er-dem/Önok, sf. 130.

<sup>21</sup> Centel/Zafer /Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 29.

garantör yükümlülüğünün olması gerekir<sup>22</sup>. Alman Ceza Kanunu'nun özel hükümler kısmında kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesinin düzenlenmediği yukarıda belirtilmişti. Fakat Alman Ceza Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye genel hükümler kısmında m. 13'te yer verildiğinden, söz konusu suçun ihmal suretiyle işlenmesi halinde de fail cezalandırılacaktır. Alman Ceza Kanunu'nun "filin ihmal suretiyle işlenmesi" başlıklı 13. maddesi şu şekildedir:

*"(1) Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi önlemekte ihmal gösteren kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmeme-i için hukuken sorumlu olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır.*

*(2) Ceza 49. maddenin 1. fıkrası uyarınca indirilebilir."*

Alman Ceza Kanunu sistematığına göre, kişinin bu madde hükmüncü bir suç tipini ihlal ettiğinden söz edebilmek için iki aşamalı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

İlk olarak, failin hukuken neticeyi önleme yükümlülüğü olmasına rağmen bu yükümlülüğünü ihlal etmiş olması ve ihlalin kendisine objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir<sup>23</sup>.

İkinci aşamada ise, ihlalde bulunan garantörün bu ihlal şeklindeki davranışının, söz konusu suçun tipiklik unsurunu bir aktif hareketin sağladığı gibi sağlaması, yani ihmalin tipe uygun davranışı gerçekleştirmeye, bir icrai hareket kadar elverişli olması aranmaktadır<sup>24</sup>.

Türk ve Alman ceza kanunları arasında kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi bakımından öngörülen bu farklılığın değerlendirmesini yapmak gerekirse; Türk Ceza Kanunu'ndaki garantörlük kapsamının Alman Ceza Kanunu'na göre daha sınırlı olduğu söylenebilir. Zira Alman CK m. 13'ün lafzına göre garantörlük hukuk düzeninin herhangi bir normu ya da iradesiyle üstlenilirken, Türk Ceza Kanunu'na göre kanun, sözleşme ya da önceki tehlikeli davranışın söz konusu olduğu hallerde garantörlükten bahsedilebilecektir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi özel hükümlerde düzenlenmişken, Alman Ceza Kanunu'nda fiilin ihmal suretiyle işlenmesi genel hükümlerde düzenlenmiş ve bu suretle hükmün uygulama alanı diğer suç tiplerine de teşmil ettirilmiştir.

Failin suçu gerçekleştirmek için kullandığı araçlar bakımından iki kanunda da bir hususiyet aranmamıştır. Kullanılan aracın neticeyi gerçekleştirmek için elverişli

<sup>22</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 133.

<sup>23</sup> Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden: Nomos, 2005, sf. 284.

<sup>24</sup> Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1**, 2. Baskı München: C.H. Beck, 2011, "StGB § 13 Begehen durch Unterlassen", k.n. 2. BeckOnline, 16.05.2012.

olması yeterli ve gereklidir. Bu nedenle örneğin yaşlı ve kalp hastası bir kadına, gerçek olmadığı halde tek kızına tecavüz edilip öldürüldüğünün söylenmesi üzerine kadının ölmesi durumunda da kullanılan araç manevi bir özelliğe sahip olsa da neticeyi gerçekleştirmeye elverişli bir araçtır<sup>25</sup>. Fakat örneğin büyü yapma gibi nedensellik bağlantısının kurulması hususunda kesin kanaatlere varılamayan durumlarda aracın elverişsiz olduğu ve suçun işlenemeyeceği kabul edilmelidir<sup>26</sup>.

İlacını almadığı takdirde ölecek bir kişinin ilacını almasını engellemek ya da yaralı bir kişinin hastaneye gitmesini engellemek gibi, ölüm neticesine yol açabilecek bir durumda, bu neticenin önlenmesine yönelik hareketleri engelleyen kişi de ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde, kasten öldürme suçunu işlemiş olacaktır<sup>27</sup>. Eğer netice gerçekleşmemişse öldürmeye yönelik kastla bu engellemeyi yapan kişinin hareketi teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

### ***b. Netice, Nedensellik Bağı***

Kasten öldürme suçu bir netice suçudur ve bu nedenle suç ölüm neticesinin meydana gelmesiyle tamamlanır. Netice, failin fiilinin neden olduğu ölümün gerçekleşmesi ile oluşur. Dolayısıyla neticenin gerçekleşmesinden önce mağdurun yaşıyor olması gerekmektedir<sup>28</sup>. Yaşama kavramının değerlendirilmesinde, aşağıda suçun konusu başlığı altında yer verilen açıklamalar dikkate alınmalıdır.

Nedensellik bağının açıklanması anlamında, doktrindeki hakim görüş<sup>29</sup> olan doğal nedensellik (şart) teorisi, eğer bir hareket olmasa idi netice meydana gelmez idi denebiliyorsa, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağına kurmakta ve neticeye giden bu silsiledeki her sebebi eşit önemde görmektedir<sup>30</sup>. Şart teorisinin, nedensellik ilişkisini tek başına açıklama hususunda adaletsiz sonuçlara yol açabileceği öngörüsünden yola çıkarak ortaya konan ve normatif bir değerlendirme olan objektif isnadiyet teorisi ise, şart teorisinin üstüne temellendirilmiş ve bu teorinin kapsamını daraltan bir teoridir. Başka bir deyişle, objektif isnadiyet teorisi, doğal anlamda nedensellik hükmünü normatif bir isnadiyet hükmü ile tamamlar<sup>31</sup> ve bu bakımdan teori, bir nedensellik teorisi değil değerlendirme öğretisidir<sup>32</sup>. Şart teori-

<sup>25</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 132.

<sup>26</sup> Dönmezer, sf. 14.

<sup>27</sup> Dönmezer, sf. 14-15.

<sup>28</sup> Dönmezer, sf. 12.

<sup>29</sup> Hakan Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara: Seçkin, 2006, sf. 24.

<sup>30</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. Zafer, sf. 184.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 167. Nedensellik bağının tespiti hakkında diğer görüşler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", sf. 262 vd.

<sup>31</sup> Veli Özer Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu", **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, (Yayına Hazırlayan: Hakan Pekcanitez), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Ankara, 2004, sf. 440-441.

<sup>32</sup> Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Bielefeld, 1995, § 14, no. 51'den aktaran Özbek, sf. 441.

sine göre, bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olmazsa olmaz her türlü davranışın, ceza hukuku bakımından bir nedensellik teşkil ettiği söylenmişti. Buna göre; bir silah satıcısının bir kişiye silah satması, silahı alan kişinin bu silahı eve getirdikten sonra evde bir yere koyması, daha sonra da evde verilen bir davette bir davetlinin bu silahı bulup başka bir davetliyi öldürmesi örneğinde silsile içerisindeki her unsur, neticenin bir sebebi sayılır. Objektif isnadiyet teorisine göre ise, şart teorisi anlamında bir hareketin sonucunda gerçekleşen netice, ancak hareket hukuk düzeninin onaylamadığı önemli bir tehlike yaratmış ve tipik neticede, üçüncü bir kişi ya da bir rastlantının değil de, failin bir eseri olarak gerçekleşmişse, faille objektif olarak yüklenebilir<sup>33</sup>. Bu yüzden nedensellik bağını açıklayabilmek için şart teorisine göre bir inceleme yaptıktan sonra, objektif isnadiyet teorisi bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir.

Neticenin, failin hareketinden kaynaklandığını kesin olarak söylemenin mümkün olmadığı durumlarda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanık beraat ettirilmelidir, zira nedensellik bakımından ortada bir şüphe mevcuttur<sup>34</sup>.

Alternatif nedensellik ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, yani iki birbirinden bağımsız hareketin her birinin neticeyi gerçekleştirmek için elverişli olduğu ihtimalde, her koşulun netice bakımından nedensellik bağını oluşturduğu kabul edilmelidir<sup>35</sup>. Eğer failer arasında iştirak iradesi yoksa, müşterek faillikten söz edilemez. Dolayısıyla müstakil faillik söz konusudur ve eğer neticeye hangi failin hareketinin sebep olduğu belirlenebiliyorsa neticeden yalnız o kişi sorumlu tutulmalıdır. Fakat hangi failin hareketinin önce yapıldığı belirlenemiyorsa, neticeyi kimin hareketinin meydana getirdiği konusunda bir şüphe vardır ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca iki failin de kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir<sup>36</sup>. Zira iki faili de sorumlu tutmak, aslında çok kısa bir süre de olsa hareketi sonradan yapan ve netice zaten doğmuş olduğu için, kendi hareketi netice doğurmamış bir kişinin, müsebbibi olmadığı bir neticeden sorumlu tutulması ihtimalini doğuracaktır. Öte yandan kümülatif nedenselliğin söz konusu olduğu durumda, yani birbirinden bağımsız ve neticeyi gerçekleştirmeye nispi olarak elverişli olmayan hareketlerin birleşerek elverişli bir hareket oluşturup neticeye sebep olması durumunda iştirak iradesi olmayan iki failin de kasten öldürmeye yönelik olsa da, araçları elverişsiz olduğundan iki failin de kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir<sup>37</sup>. Nedensellik atipik gelişmişse, yani netice, failin hareketiyle

<sup>33</sup> Koca/Üzülmez, sf. 172-173.

<sup>34</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2012, sf. 673.

<sup>35</sup> Wessels/Beulke, k.n. 157.

<sup>36</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Turhan, 2011, sf. 287; Koca/Üzülmez, sf. 169.

<sup>37</sup> Failleri teşebbüsten sorumlu tutan fakat bunun sebebini şüpheden sanık yararlanır ilkesine bağlayan görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 287. Bu ihtimalde nedensellik bağının mevcut olduğunu kabul etmekle birlikte, objektif isnadiyetin veya kastın olmadığını savunan görüş için



bağlantılı olduğu halde, failce düşünülmeyen başka bir sebepten kaynaklanıyorsa<sup>38</sup>, objektif isnadiyet teorisine göre nedensellik gerçekleşmeyecektir.

### *c. Fail*

Kasten öldürme suçunun faili herkes olabilir. Suç, fail bakımından bir özgü suç özelliği göstermez. Fakat TCK m. 83'ün öngördüğü özel hüküm ve Alman CK m. 13'teki genel hüküm uyarınca, kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi sadece garantör yükümlülüğü olan kişi açısından mümkündür<sup>39</sup>.

Kişinin intihar etmesi suç teşkil etmez, çünkü kasten öldürme fiili sadece bir başkasına karşı işlenebilen bir suçtur<sup>40</sup>.

### *d. Mağdur*

Suçun mağduru da yaşayan her insan olabilir. Fakat mağdurun, kişinin kendisi olamayacağı bu bahiste de tekrarlanmalıdır. Yaşama hakkının aynı zamanda yaşamaya son verme, yani ölme hakkını içerip içermediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Böyle bir hakkın olup olmadığına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pretty/Birleşik Krallık<sup>41</sup> davasına değinmek gerekir. Ağır ve acı veren ölümcül hastalığı yüzünden intihar dahi edemeyen bayan Pretty'nin ölümüne, eşinin yardım etmesinin ulusal hukuka göre suç teşkil etmesi hususunda Mahkeme, Devlet'in kişiye ölüm hakkı tanımak gibi bir yükümlülüğünün olmadığını kabul ederek Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Yine aynı karara göre, Mahkeme, bu yönde bir düzenlemenin, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal etmeyeceğini belirtip, bu yönde hukuki düzenlemeler yapma yetkisini Devlet'in takdir yetkisine bırakmıştır. Mahkeme ayrıca, bayan Pretty'nin ölüm yardımı isteminin reddinin, Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı kapsamında bir "insanlık dışı muamele" oluşturmayacağını ve bu istemin, 9. maddede düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görülemeyeceğini içtihat etmiştir. Ölüm yardımı konusunda Alman ve Türk hukuklarındaki görüşlere, çalışmanın hukuka aykırılık bahsinde yer verilmiştir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pretty/Birleşik Krallık davasında vardığı, yaşama hakkının, aynı zamanda ölüm hakkını içerecek şekilde yorumlanamayacağı yönündeki çıkarımına paralel olarak, Alman doktrinindeki hakim görüşe

bkz. Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart, 2005, k.n. 231'den aktaran Koca/Üzülmez, sf. 169.

<sup>38</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 287.

<sup>39</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 133.

<sup>40</sup> Dönmezer, sf. 11.

<sup>41</sup> Pretty/Birleşik Krallık, 29.04.2002, fin. 29.07.2002, Başvuru No: 2346/02, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>, E.T: 17.01.2013.

göre de, kendi yaşamına son vermek bir temel hak olarak değerlendirilemez. Fakat Alman hukukunda kendini öldürmek yasaklanmamıştır ve bir suç teşkil etmez<sup>42</sup>. Türk ceza hukukunda da durum farklı değildir. Kişinin hayatının sona erdirilmesi yönündeki rızasının hukuki geçerliliği olmadığı göz önünde bulundurulursa, kendi yaşamını sonlandırmanın da bir temel hak olamayacağı neticesine *a priori* olarak varılacaktır. Diğer yandan, Türk hukukunda da kendi yaşamına son vermek bir suç oluşturmaz.

Ağır yaralı veya zarar görmüş ya da sakat bir yeni doğanın yaşatmaya değer görülmemesi ve bu bahisle suçun mağduru kapsamında ele alınmaması söz konusu olamaz<sup>43</sup>, zira böyle bir iddianın hukuki ya da insani bir dayanağı yoktur.

Mağdurun kim olabileceği meselesini aşağıda, suçun konusu bahsinde, yaşamın ne zaman başladığı ve bittiğine ilişkin açıklamalarla tamamlamak yerinde olacaktır.

### e. Maddi Konu

Kasten öldürme suçunun maddi konusu, öncelikle doğmuş ve yaşayan bir insandır<sup>44</sup>. Bu nedenle henüz doğmamış çocuk, kasten öldürme suçuna konu olamaz. Bu noktada doğumun başlangıç anının saptanması önem kazanmaktadır. Alman doktrinindeki hakim görüşe göre, itme ve bastırmadan kaynaklı sancılar değil, rahmin açılış anındaki sancılar doğumun başlangıcıdır<sup>45</sup>. Türk doktrininde ise mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ceninin insan niteliğine kavuşarak bu suçun konusu haline gelmesi anı doğumun bitmesi anıdır<sup>46</sup>. Diğer bir görüş, ceninin ana rahminden çıkıp ayrı bir varlık haline gelmesi şartını aramaktadır<sup>47</sup>. Daha isabetli gözükken bir başka görüş ise, Alman doktrinindeki hakim görüşle aynı şekilde doğumun başlangıç anını esas almaktadır<sup>48</sup>. Bu andan önceki durumlarda, anne karnındaki çocuk kasten öldürme suçunun konusunu oluşturmaz. Yargıtay'ın görüşü ise, kimse sıfatının tam ve sağ doğumla kazanılacağı yönündedir<sup>49</sup>. Henüz anne karnındaki çocuğa etki edebilecek ve suç oluşturan fiiller bağlamında ise, TCK m.

<sup>42</sup> Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 9.

<sup>43</sup> Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil II**, München, 2010, §3 k.n. 6'dan aktaran: Tezcan/ Erdem/Önok, sf. 129.

<sup>44</sup> Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 1.

<sup>45</sup> Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 3.

<sup>46</sup> Sahir Erman/Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul, 1994, no: 12 ; Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 19.

<sup>47</sup> Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 27-28.

<sup>48</sup> Dönmezer, k.n.12; Tezcan/Erdem/Önok, sf. 126; Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pinar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 139.

<sup>49</sup> "...kimse sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceğinden bebeğin doğum sırasında ana karnından tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle "kimse" sayılmayacağı, bu nedenle de eylemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmadığı..." Yarg. 9. CD. 24.12.2008-16443/14064 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

99'da düzenlenen "çocuk düşürtme" veya m. 100'deki "çocuk düşürme" suçları ile ana rahmindeki çocuğa bir koruma sağlanmaktadır. Söz konusu suçlar, Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesinde "çocuk düşürtme ve düşürme" adı altında birlikte düzenlenmiştir. Ceninin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "yaşama hakkı" başlıklı 2. maddesi kapsamında korunup korunmayacağı hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vo/Fransa<sup>50</sup> ve Evans/Birleşik Krallık<sup>51</sup> davaları yol gösterici olmuştur<sup>52</sup>. Mahkeme, iki kararda da, Sözleşmeciler Devlet'lerin çoğunun kendi iç hukuklarında hakim bir görüş gelişmediğinden ve Avrupa ülkeleri arasında da, yaşamın ne zaman başladığını belirleyici hukuki ve bilimsel bir tanımda görüş birliğine varılmadığından, yaşamın başlangıcını belirleme konusunda Sözleşmeciler Devlet'lerin geniş bir takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştir.

Suçun konusu aynı zamanda başka bir insandır. Şu halde suçun maddi konusunu "doğmuş ve yaşayan, başka bir insan" oluşturur. Bu çıkarımın doğal bir sonucu olarak da, kişinin bu suçu kendine karşı işlemesi mümkün değildir. Bir kimsenin başkasını, kendini öldürmeye sevk etmesi ise, TCK m. 84'te "intihara yönlendirme" başlığıyla bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda ise böyle bir madde yer almamaktadır. Böyle bir hükmün yokluğunda, Alman Federal Mahkemesi'nin ünlü Sirius kararı<sup>53</sup> uygulamaya ışık tutmuştur. Mahkeme; mağdur, başka bir gezegende yaşayan üstün bir ırkın mensubu olduğuna inandırıp onun güvenini kazandıktan sonra, kendi canını alarak yeni bir bedende hayat bulacağına yönelik telkinlerle intihara sürükleyen, fakat mağdurun son anda vazgeçmesiyle işlemek istediği suç teşebbüs aşamasında kalan failin, kasten öldürme suçunun dolaylı faili olacağına hükmetmiştir.

Yaşamın ne zaman sona ereceği de suçun maddi konusu bakımından önem arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda ölüm anına ilişkin bir düzenleme yoktur ve doktrinde ölüm anının tespitine ilişkin iki görüş arasında tartışmalar sürmektedir. Bu görüşlerden ilki, beyni müteakip tüm organların geri döndürülemez şekilde çalışmasının durmasını arayan biyolojik ölümü savunurken, ikincisi beynin geri döndürülemez şekilde çalışmasının durmasının, yani beyin ölümünün, yasal ölüm anı olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>54</sup>. İkinci görüş daha

<sup>50</sup> Vo/Fransa, 08.07.2004, Başvuru No:53924/00, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>, E.T.: 21.01.2013.

<sup>51</sup> Evans/Birleşik Krallık, 10.04.2007, Başvuru No: 6339/05, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>, E.T.: 21.01.2013.

<sup>52</sup> Kararların inceleme ve değerlendirmesi için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011, sf. 96.

<sup>53</sup> BGH Urteil vom 05.07.1983 (1 StR 168/83), [http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch\\_show\\_neu.php?Alp=1&dok\\_id=2885](http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=2885), E.T: 17.05.2012.

<sup>54</sup> Yener Ünver, "Die rechtliche Situation der Organ- und Gewebetransplantation in der Türkei", **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 118.

isabetli görünmektedir, zira bazı durumlarda beyin ölümü gerçekleştikten sonra, organlar uzun bir süre daha yaşayabilmektedir. Nitekim Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1'de beyin ölümü ölçütü benimsenmiştir<sup>55</sup>. Alman doktrininde de hakim görüş büyük beyin, beyincik ve beyin sapı olmak üzere tüm beynin ölümünün, ölüm anının tespitinde esas alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>56</sup>.

### **f. Nitelikli Haller**

#### *aa. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen nitelikli haller*

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bahsi ile ilgili açıklamalara geçmeden önce önemle belirtmek gerekir ki, TCK m. 83'te düzenlenen “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal değildir. Bu düzenleme sadece kasten öldürme suçunun ihmali davranışla da işlenebileceğini ve ihmali hareketin hangi hallerde icrai harekete eşdeğer olduğunu belirtmekte ve 3. fıkrasında da hakime cezayı indirebilme yönünde bir takdir yetkisi vermektedir. Bununla birlikte, ihmal suretiyle icra hareketlerinin cezalandırılabilirliği ve indirim esasları Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında m. 13'te gösterildiği için TCK m. 83'teki gibi bir özel düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Böylece Alman Ceza Kanunu'na göre tüm suçlar kural olarak hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir. Benzer bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde getirilmesi, Türk ceza hukukundaki ihmal suretiyle icra suçları bakımından oluşabilecek soru işaretlerini önlemek açısından oldukça faydalı olacaktır<sup>57</sup>. Zira şu anki haliyle ihmal suretiyle icra hareketleri, kanunilik ilkesi gereği, bu tür hareketlerin cezalandırılabilirliğinin açıkça öngörüldüğü suçlar dışında –ki bu suçlar kasten öldürme (m. 83), kasten yaralama (m. 89), işkence (m. 94/5) ve Orman Kanunu m. 105/2'nin<sup>58</sup> TCK m. 170'e yaptığı atıf neticesinde ve Orman Kanunu m. 105/2 kapsamında olmak üzere genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarıdır<sup>59</sup>- cezalandırılabilir değildir. Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi bir düzenlemenin yapılması halinde TCK m. 82'de gösterilen nitelikli haller, suçun ihmal suretiyle işlenmesi halinde de uygulama alanı bulacaktır. Fakat mevcut sistematiğe göre TCK m. 82'deki nitelikli haller, TCK m. 83 açısından uygulanamaz<sup>60</sup>.

Kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, Türk Ceza Kanunu'nun “nitelikli haller” başlıklı 82. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun

<sup>55</sup> Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 27.

<sup>56</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, “Vorbemerkungen zu § 211”, k.n. 24.

<sup>57</sup> Aynı fikirde bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sf. 144.

<sup>58</sup> “MADDE 105 – (2) Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170'inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır”

<sup>59</sup> Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, Ankara:Adalet, 2012, sf. 143.

<sup>60</sup> Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, sf.132; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sf. 143.

temel şekli için öngörülen ceza müebbet hapis cezasyken bu hallerden birinin söz konusu olduğu durumlarda faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir.

TCK m. 82/1-a'da öngörülen nitelikli hal, kasten öldürme suçunun *tasarlayarak (taammüden)* işlenmesidir. Öğretide tasarlamamanın tanımı hususunda önem arz eden iki teori savunulmuştur. Bunlar, soğukkanlılık ve plan kurma teorileridir. Soğukkanlılık teorisine göre suç işlemeye karar vermiş failin bu kararı verdikten belirli bir süre sonra ve soğukkanlı şekilde hareket etmesi gerekir<sup>61</sup>. Plan kurma teorisine göre ise, tasarlama suç işlemeye karar veren failin, bu andan suçun işlenmesine kadar geçen zaman içerisinde düşünüp taşınarak genel bir plan kurması ve bu plan dahilinde hareket etmesidir<sup>62</sup>. Plan kurma teorisini kabul edildiğinde, isabetli olarak haksız tahrikin tasarlamayla bir arada bulunabileceği sonucuna ulaşılır<sup>63</sup>. Zira fail, haksız bir tahrikin etkisinde de plan yapabilir. Yargıtay'ın ise, daha çok soğukkanlılık teorisine ekseninde kararlar verse de<sup>64</sup>, bazen plan kurma teorisini bazen de iki teoriyi birlikte kullandığı ve aslında kendi yorumunu geliştirdiği görülmektedir<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 156.

<sup>62</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 535.

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 535; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Yetkin, 2010, sf. 134 Soyaslan, haksız tahrikle tasarlamamanın soğukkanlılık teorisini kabul edildiğinde de bağdaşabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe katılmak zor gözükmemektedir, zira haksız tahrikin motifi olan şiddetli elem veya hiddet, gerçek anlamda soğukkanlı ve dingin bir ruh halinde mevcut olamaz. Başka bir deyişle eğer haksız tahriki oluşturan motif hala mevcutsa kişi gerçek anlamda bir ruhi dinginliğe erişmemiş demektir. Öte yandan, İtalyan Temyiz Mahkemesi'ne göre, her suç bir çaba, heyecan ve telaş gerektirdiğinden, tasarlama, ruhi sükunet ve soğukkanlılık ile özdeş değildir. Tezcan/Erdem/Önok, sf. 159.

<sup>64</sup> "...tasarlama halinin kabulü için zorunlu öğelerden bulunan, eyleme karar verme, kararlılığını sürdürme ve eylemi gerçekleştirmede soğukkanlılık, sebat ve ısrar halinin oluşmadığı..." Yarg.1. CD. 10.08.1993-1118/1530 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

<sup>65</sup> "Uygulamada ise Yargıtay'ın genelde tasarlama soğukkanlılık teorisinden yana olduğu; bununla beraber olayın özelliklerine göre bazı hallerde plân kurma teorisini ( C.G.K. ll.2.1985; 277/75, 25.1.1980 528/29 benimsediği gibi bazı halde karma görüşü ( C.G.K. 12.12.1983, 299/398, 18.12.1978, 426/488 gibi ) benimsenmiş olduğu görülmektedir." Yarg.CGK. 11.11.1985-358/567 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T:17.12.2012); "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.4.1998 gün ve 117-155, 13.11.2001 gün ve 239-247, 10.10.2006 gün ve 30-210, 15.12.2009 gün ve 200-290, 2.2.2010 gün ve 239-14 ile 16.2.2010 gün ve 251-25 Sayılı kararları ile özel dairelerin yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere, tasarlama; ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı ise de, Yargıtay'ın duraksamasız uygulamalarına göre, tasarlama bahsedilebilmesi için:

1-) Failin bir kimsenin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi,

2-) Failin düşünüp planladığı suçu işlemeyen önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla failini icraya başlaması,

3-) Failin gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi gerekmektedir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlemekte, suç işlemeye kararı ile failin icrası arasında sükunetle düşünemeye yetecek kadar bir süre geçmektedir. Fail, bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka sebeple ve bir başka ani kararlar fiili işlemesinde tasarlama söz edilemez. Suç işleme

Fakat yeni tarihli bir kararında Yargıtay'ın plan kurma teorisine öncelik tanıdığından da altını çizmek gerekir<sup>66</sup>.

*Canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürmek* de TCK m. 82'de ilk fıkranın (b) bendinde düzenlenmiştir. Aslında bu bentte iki nitelikli hal bir arada düzenlenmiştir. Şöyle ki, canavarca his, failin iç dünyasına ilişkin ve failin hareketindeki psikolojik motifi betimleyen bir ifadedir<sup>67</sup>. Öte yandan, eziyet çektirme, öldürme fiilinin yarattığı tabii acıdan fazla, zorunlu olmayan, sırf ıstırabı ve acıyı arttırmayı hedefleyen hareketleri ifade eden, fiilin işlenişine ilişkin bir kavramdır<sup>68</sup>. Canavarca hisle işlenen fakat mağdurda eziyet boyutunda bir acı yaratmayan bir öldürme fiili söz konusu olabileceği gibi, aksi şekilde failin canavarca hisler taşımasına rağmen mağdura eziyet çektirdiği bir öldürme fiili de mümkündür. Yargıtay'a göre; "*canavarca bir his sevki ile adam öldürmek, sırf öldürmüş olmak için öldürmek, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek*" anlamına "*ışkence ve tazip ile öldürmek ise, öldürme eyleminden önce öldürülecek olana karşı azap ve ışkence yapmayı hedef tutan, ölümü meydana getirmek bakımından zorunlu olmayan vahşice davranışlarda bulunmak*" anlamına gelmektedir<sup>69</sup>.

İşkence suçunun neticesi olarak ölümün meydana gelmesini düzenleyen TCK m. 95/4 ile m. 82/1-b arasındaki ayırım, failin kastına göre belirlenecektir. Failin kastı işkenceye yönelikse, işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, kast nihai olarak öldürmeye yönelikse kasten öldürmenin eziyet çektirerek işlenmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır<sup>70</sup>.

TCK m. 82/1-c'de öngörülen nitelikli hal, suçun *yangın, su baskını, tahrip,*

*kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükunete ulaşıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır.*" Yarg. CGK. 25.01.2011-1-122/7 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T:17.12.2012).

<sup>66</sup> "...maktuller A. ve E.'nin karı koca, olaydan sonra vefat eden sanık Ü.'in ise maktullerin oğlu olduğu, çiftlikte birlikte yaşadıkları, maktuller ile arasında anlaşmazlık bulunan Ü.'in, bu durumu sanık V.'ye söylediği, birlikte maktulleri öldürmeye karar verdikleri, yaptıkları plan ve iş bölümü doğrultusunda, olay günü fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek... tasarlayarak öldürme suçlarından... hüküm kurulması gerektiği..." Yarg.1.CD. 15.03.2012-8048/1836 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T:17.12.2012).

<sup>67</sup> Ekinci ve Özcan'a göre, kişinin yakılarak ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi halinde de canavarca hisle öldürme söz konusudur, Çünkü yazarlara göre, canavarca hisle öldürmenin arz ettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmiş olmasıdır. Mustafa Ekinci/Şerafettin Özcan, **Kasten Adam Öldürme Suçları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2004, sf. 101. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, canavarca his, failin iç dünyasını ve psikolojik motifini betimlediği için, kişinin yakılarak ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi halinde, failin iç dünyasında bu yönde bir motif bulunmuyorsa, canavarca hisle öldürmeden bahsedilemez. Böyle bir durumda, koşulları mevcutsa eziyet çektirerek öldürmeden bahsedilebilir.

<sup>68</sup> Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem /Önok, sf. 160.

<sup>69</sup> Yarg. 1. CD. 27.09.1994-2431/2977 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 02.06.2012).

<sup>70</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 162.

*batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi* halidir. Böyle bir nitelikli halin öngörülmüş olmasının nedeni, fiilde kullanılan araçların kasten öldürme suçunun konusunu oluşturan kişinin yanında, toplumu genel olarak tehlikeye sokmasıdır<sup>71</sup>. TCK m.170 (Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması), m. 172 (Radyasyon yayma) ve m. 173 (Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme) ile bu nitelikli hal arasında bileşik suç ilişkisinin olmadığı kabul edilmelidir<sup>72</sup>. Zira söz konusu maddelerdeki tipik hareketlerin tamamı m. 82/1-c tarafından kapsanamamaktadır ve 82/1-c'nin tanımı bu suçları tam kapsamlarıyla içermediğinden zikredilen suçlar araç suç olarak görülemez. Fakat bu suçlardan herhangi birinde gösterilen tipik hareketlerin yapılması sonucu ölüm neticesi meydana gelirse, hareket tek olacağından, yapılan eylemi tarif eden suçla, manevi unsurun oluşumuna göre, kasten öldürme veya taksirle öldürme suçu bakımından farklı nevdan fıkri içtima hükümlerine gidilmelidir<sup>73</sup>. Yargıtay görüşü de bu yöndedir<sup>74</sup>.

Kasten öldürme suçunun *üstsoy veya altsoydan birine ya da eşe veya kardeşe karşı işlenmesi* halinde TCK m. 82/1-d uyarınca ceza ağırlaştırılır. Failin mağdurula ilişkisine dayanan bu nitelikli halin öngörülmüş olmasının sebebi, failin ahlaki olarak çok derin bir kötülük içinde olmasıdır. Bu nitelikli hal bakımından, evlatlık ilişkisi ve butlanla sakat evlilikler önem arz eder. Belirtmek gerekir ki bu nitelikli halin uygulama alanı, alt soy ve üst soy açısından sadece kan hısımlığına şamil olduğundan<sup>75</sup> evlatlık bu kapsama dahil değildir. Mutlak butlan ile malul olsa da evlilik, Türk Medeni Kanunu m. 156 uyarınca hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağından, mutlak butlan kararı verinceye kadar olan sürede sakat evlilikteki karı veya kocanın diğerini öldürmesi halinde ağırlaştırıcı nitelikli hal uygulanmalıdır<sup>76</sup>. Zira mutlak butlan sonucunu doğuracak hususun, kanunda açıkça yer almasının yanında, hükme aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağına vurgulanması ya da yasaklayıcı hükmün anlam ve amacından tereddütsüz anlaşılabilmesi gerekir<sup>77</sup>. Oysa kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nda bunu yapmak yerine, tam

<sup>71</sup> Soyaslan, sf. 130-131.

<sup>72</sup> Aksi fikirde bkz. Soyaslan, sf. 131.

<sup>73</sup> Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 46; Ahmet Gökçen/Murat Balcı, **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara: Adalet, 2013, sf. 166.

<sup>74</sup> "Sanığın, müdabil Fatma ile eşi İsmail'in oturdukları evi yakarak zarar vermek ve çıkan yangından dolayı balkondan atlayan İsmail'in ölümüne neden olmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın "151/1, 152/2-a", "170/1-a" ve "82/1-c, 21/2" madde ve fıkralarında yazılı suçları oluşturacağı ve aynı Yasa'nın 44. maddesindeki düzenleme uyarınca en ağır cezayı gerektiren yangın çıkarma suretiyle adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmasının gerektiği gözetilmeden, yazılı biçimde 5237 sayılı TCK'nın 170/1-a ve 81/1, 21/2. maddeleri ile uygulama yapılması,...bozmayı gerektirmiş..." Yarg. 8. CD. 02.05.2007-1323/3405 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

<sup>75</sup> Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 232.

<sup>76</sup> Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, sf. 165; Soyaslan, sf. 129. Aksi fikirde bkz. Dönmezer, sf. 46; Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 47.

<sup>77</sup> Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 13. Bası, İstanbul: Arıkan, 2006, sf. 163.

aksine olarak, bu tür evliliklerin hakim kararına kadar, tüm sonuçlarıyla beraber geçerli bir evlilik gibi muamele göreceğini açıkça vurgulamıştır<sup>78</sup>. Salt dini nikahın yapıldığı haller de bu kapsama dahil olarak kabul edilmelidir<sup>79</sup>. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1930 yılında verdiği bir kararda resmi nikahı şart koşturmuş<sup>80</sup>.

*Suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi* bir diğer ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Çocuğun tanımı TCK m. 6'nın 1. fıkrasının (b) bendinde yapılmıştır. Buna göre, henüz 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Bu nitelikli halin öngörülmesinin sebebi, kendinden daha güçsüz ve kendini savunmaktan aciz mağduru öldüren faili, ahlaki kötülüğünden dolayı daha ağır şekilde cezalandırmaktır<sup>81</sup>. 18 yaşını doldurmamış mağdur, fiziki olarak ne kadar güçlü olursa olsun, hatta failden daha kuvvetli olsa dahi bu hüküm uygulanacaktır. Ayrıca, failin çocuk olması da nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>82</sup>. Mağdurun kadın olması, tek başına, beden bakımından kendini savunamayacak durumda olması sonucunu doğurmaz<sup>83</sup>.

Eğer kasten öldürme suçu, *gebe olduğu bilinen bir kadına karşı* işlenmişse, verilecek ceza arttırılacaktır. Suçun bu nitelikli hali olası kastla işlenemez. Zira aşağıda manevi unsur bahsinde de değinileceği üzere suçun kanuni tanımında “bilerek” ifadesine yer verilmesi, o suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğini gösterir<sup>84</sup>. Gebeliğin bariz olması ya da mağdur tarafından bilinmesi gerekmez, sadece failin bilmesi dahi nitelikli halin uygulanması açısından yeterlidir. Failin gebeliği bilmesi halinde ise m. 30/2 hükmü uyarınca nitelikli halin varlığı konusunda düşülen bir hata söz konusudur ve fail bu hatasından yararlanır.

*Kasten öldürmenin kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi* halinde faile verilecek ceza arttırılır. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun

<sup>78</sup> Akrabalık ilişkilerinin saptanması hususunda, kural olarak, Medeni Kanun hükümleri esas alınır. Gökçen/Balci, sf. 174. TCK m. 82/1-d'deki bu nitelikli halin yorumunda da, Medeni Kanun hükümlerinin dışına çıkmak için geçerli bir gerekçe yoktur.

<sup>79</sup> Soyaslan, sf. 129.

<sup>80</sup> YCGK, 17.02.1930-53/45, Faruk Erem, “Adam Öldürme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, X 1-4, 1953, sf. 45.

<sup>81</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 165.

<sup>82</sup> “...kasten öldürme suçunun TCK'nun 82/1-e bendinde düzenlenmiş olan “çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı” işlenmesine ilişkin nitelikli halinin, onsekiz yaşını doldurmamış olan sanık hakkında da uygulanması zorunlu olduğundan, sanığın kasten öldürme suçundan mahkûmiyetine karar verilen olayda TCK'nun 82/1-e maddesi uyarınca uygulanması yapılmaması gerekmektedir.

*Bu nedenle, yerel mahkemenin sanığın da çocuk olması nedeniyle nitelikli halin uygulanamayacağına ilişkin direnme gerekçesi isabetsizdir...* YCGK, 15.01.2013-1-1285/3, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 09.04.2013).

<sup>83</sup> Gökçen/Balci, sf. 196.

<sup>84</sup> TCK m. 21 gerekçesi, son paragraf.



TCK m. 6/1-c anlamında bir kamu görevlisi olması gerekir. Söz konusu madde hükmüne göre; “*kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Bu hükmün kamu görevlisinin belirlenmesinde esas aldığı ölçüt, kamusal faaliyete katılmadır. Kamusal faaliyet, 6. maddenin gerekçesinde “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yönetilmesi*” olarak açıklanmıştır. Kısaca kamu görevlisi, görevinin ifasında, az ya da çok, kamu otoritesinin sağladığı bir yetki kullanan kişidir<sup>85</sup>. Mağdurun, suçun işlendiği sırada kamu görevlisi olmayıp da, daha önceden icra ettiği kamu görevinin gereklerine uygun hareket ettiği için öldürülmesi halinde de bu bent hükmü uygulanır<sup>86</sup>.

*Suçun bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla işlenmesi*, TCK m. 82/1-h’de kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu nitelikli hal sadece, “*suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak*” şeklindeki özel kastla işlenebilir. Burada belirtilmesi gereken en önemli nokta, amaç suç – araç suç ilişkisinin içtima bakımından sonucudur. Burada bileşik suç hükümleri uygulanmaz. Zira, 82/1-h’de amaç suçun hangi suç olacağı belirtilmemiştir<sup>87</sup>. Amaç suç, herhangi bir suç olabilir ve araç suç olan kasten öldürmenin bu bentte düzenlenen nitelikli halinin unsuru teşkil etmez. Dolayısıyla herhangi bir suçu işlerken kendisini gören bir kişiyi, delilleri ortadan kaldırmak amacıyla öldüren fail, hem TCK m. 82/1-h uyarınca kasten öldürmenin nitelikli halinden, hem de işlediği, işlenmesine iştirak ettiği ya da teşebbüs ettiği diğer suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>88</sup>. Fakat failin, amaç suçun icra hareketlerine başlamış olması gerekir<sup>89</sup>.

Kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir başka nitelikli hali TCK m. 82/1-i’de düzenlenen suçun *bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infiialle işlenmesi* halidir. Bu durumda da amaç suç araç suç ilişkisi vardır, fakat amaç suç işlenememiştir. “İşleyememe” ifadesinden, suçun icra hareketlerine başlayıp tamamlayamama veya icra hareketlerini tamamlayıp da neticenin ortaya çıkmaması halleri anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle işlenmek istenen amaç suç teşebbüs aşamasında

<sup>85</sup> Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 51.

<sup>86</sup> Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 50.

<sup>87</sup> Gökçen/Balcı, sf. 205.

<sup>88</sup> “TCK.nun 450. maddesinin 7, 8, 9. bentlerindeki ağırlatıcı sebeplerde belirli bir suç açık şekilde gösterilmediğinden, birleşik suç durumu yoktur. Fail, diğer suçu hazırlamak, kolaylaştırmak, işlemek veya gizlemek için birini öldürürse, amaç-suç bağımsızlığını korur. Bu halde fail, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır.” Yarg. CGK. 26.09.1988-1-244/315 (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 17.12.2012).

<sup>89</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 168.

kalmış olmalıdır. Yine burada da araç suç olan kasten öldürmenin nitelikli hali ve teşebbüs aşamasındaki amaç suç ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>90</sup>.

TCK m. 82/1-j'de, suçun *kan gütme saikiyle* işlenmesi hali kasten öldürme suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Kan gütme saiki, öldürülen bir kişinin intikamını alma güdüsü ile, öfke ve şiddetli elem duygularının etkisinin altında olmaksızın bir görev bilinci şeklinde tezahür eden, öldürme suçunu işleme motiftir. Yargıtay'a göre önceki suçta öldüren kişinin öldürülmesi halinde kan gütme saiki uygulanmaz<sup>91</sup>. Kan gütme saikinin koşullarından olan öfke ve şiddetli elem duygularından kurtulma ve görev bilincinin, tasarlayarak öldürmeyi *a priori* olarak işaret etmekte olduğu ve bu sebeple kan gütme saikinin, tasarlayarak öldürmenin aynı şekilde cezalandırıldığı TCK m. 82 hükmünde yer almasının gereksiz hale geldiği savunulabilirse de, bu şekilde bir düşünce tasarlanmanın esasını soğukkanlılık teorisine dayandırmak zorunda kalmaktadır, zira öfke ve şiddetli elem duygularından kurtulma soğukkanlılık teorisinin koşullarındandır. Oysa ki, yukarıda tasarlayarak öldürmenin açıklamasında belirtildiği gibi tasarlanmanın esasını plan kurma teorisine dayandıran görüş, daha isabetli görünmektedir. Dolayısıyla haksız tahrikin uygulanabilirliği açısından tasarlama ve kan gütme saikinin, iki ayrı nitelikli hal olarak düzenlenmesi isabetlidir. Çünkü TCK m. 82/1-a'da düzenlenen tasarlayarak öldürme ile haksız tahrik bir arada bulunabilirken, TCK m. 82/1-j'de düzenlenen kan gütme saikiyle öldürme şeklindeki nitelikli halin mevcudiyeti halinde, haksız tahrik indiriminin uygulanması engellenmiş olur. Öte yandan öldürme suçunun hem kan gütme saikiyle hem de tasarlayarak işlenmesi mümkündür. Bu bir çelişki yaratmamaktadır. Kişi kan gütme saiki ile bir plan kurarak kasten öldürme suçunu işleyebilir. Bu halde kan gütme saikinin varlığı nedeniyle, kişinin öfke ve şiddetli elem duygularından arınmış olduğu kabul edileceğinden bu iki halin bir arada varlığı halinde de haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.

*Suçun töre saikiyle işlenmesi*, TCK m. 82/1'in son bendi olan (k) bendinde düzenlenmiştir. Töre saikiyle öldürmede de, haksız tahrikin koşulları mevcut olmamalıdır. Failin; töreleri uyguladığı inancıyla ya da aşiret, aile büyükleri gibi bir grubun töreleri uygulamak adına failin bir kişiyi öldürmesi yönünde verdiği kararı icra etmek amacıyla hareket etmesi gerekir<sup>92</sup>. Töre saikinde tasarlanmanın da *a priori* olarak var olacağı açıktır<sup>93</sup>. Fakat bu sebeple töre saikiyle öldürme şeklindeki bir nitelikli halin düzenlenmesinin gereksiz olduğunu savunmak güçtür. Zira tasarlanmanın esasını açıklayan teorilerden plan kurma teorisi uyarınca tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir. Oysa ki, töre saikinin ayrı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesiyle, haksız tahrik indiriminin uygulanmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Yasa

<sup>90</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 168-169.

<sup>91</sup> Yarg. 1. CD. 17.10.2006-1375/5321, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 04.06.2012).

<sup>92</sup> Centel/Zafer/Çakmut, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar", sf. 58-59.

<sup>93</sup> Aynı yönde Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 253; Tezcan/Erdem/Önok, sf. 173.

koyucunun bu yöndeki amacı maddenin gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten de 82. maddenin gerekçesindeki, “*bu hükmün uygulanabilmesi için haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir*”, şeklindeki ifadeyle töre saiki ile haksız tahrikin bir arada olamayacağı ifade edilmektedir. Aslında bu şekilde gerekçedeki bir ifade yerine, töre saikinin mevcut olduğu hallerde haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağı şeklinde madde metninde bir cümlenin yer alması, daha dolaysız ve uygun bir ifade olurdu.

Öte yandan töre saiki deyimini de doktrinde eleştirilmiştir. Bu lafzı eleştiren görüşe göre, töreler öyle emretmese dahi aile meclisinin kararıyla işlenen cinayetler, yanlış olarak töre cinayeti adı altında ele alınmaktadır. Esas itibarıyla bunlar namus cinayeti olduğundan, daha kapsayıcı bir kavram olan namus saiki deyimini kullanmak daha doğru olurdu<sup>94</sup>.

*bb. Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen nitelikli haller*

Alman Ceza Kanunu’nun sistematiği, kasten öldürme suçu için üç dereceli bir düzenleme öngörmektedir<sup>95</sup>. Gerçi yukarıda da değinildiği gibi temel hal-nitelikli hal ilişkisini reddedip, cinayet ve kasten öldürme diye iki bağımsız suç tipi olduğunu savunan azınlık görüşü olduğu gibi, bazı Alman Federal Mahkemesi kararları da bulunmaktadır<sup>96</sup>. Fakat hakim görüş m. 211 ve 212 arasında temel hal-nitelikli hal ilişkisinin olduğunu kabul etmektedir<sup>97</sup>.

Alman Ceza Kanunu’nun cinayet başlıklı 211. maddesinin 2. fıkrasında kasten öldürme suçunun nitelikli halleri belirtilmektedir. Buna göre 211. maddedeki nitelikli hallerin faili olan “*katil, öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin, mal hırsı ya da sair ilkel saik nedeniyle, haince, canavarca bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla, bir suçu mümkün kılmak ya da gizlemek için bir insanı öldüren kişidir*” (Alman CK m.211/2).

Öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin, mal hırsı ya da sair ilkel saik şeklindeki ifade, hakime, faile ilişkin psikolojik nedenlerin varlığı halinde bir takdir yetkisi tanımaktadır; şöyle ki, kanunda ilkel nedenlere ilişkin sınırlı bir sayıma (*numerus clausus*) gidilmemiş, öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin ve mal hırsı saikleri örnek olarak gösterilmiştir; dolayısıyla hakim bunlara benzer failin ahlaki kötülüğünden kaynaklanan ırkçılık, eşcinsel düşmanlığı gibi psikolojik sebepleri de bu madde kapsamında değerlendirebilecektir<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 173; Aynı yönde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 58-59.

<sup>95</sup> Schönke/Schröder, “Vorbemerkungen zu den § 211 ff.” k.n. 2.

<sup>96</sup> BGHSt 1, 368; 22,375.

<sup>97</sup> Jescheck, sf. 80; Lackner/Kühl, “Vorbemerkungen”, k.n. 22.

<sup>98</sup> Lackner/Kühl, “StGB § 211 Mord”, k.n. 4, 5a.

Öldürme zevki, TCK m. 82/1-b'de gösterilen canavarca his ile aynı olguya işaret etmektedir. Alman CK m. 211'de yer alan "canavarca bir şekilde" (*grausam*) ifadesi ise bununla karıştırılmamalıdır. Zira "canavarca bir şekilde" (*grausam*) ifadesi fiile ilişkin bir olgudur ve aslında yine TCK m. 82/1-b'deki "eziyet çektirerek" ibaresiyle aynı fiil biçimini betimlemektedir. Öldürme zevkiyle hareket eden failde, suçu işleme amacı ve menfaati eksiktir ve fail sadece bir insanın yaşamına son vermiş olmak için suçu işlemektedir<sup>99</sup>.

*Cinsel güdülerini tatmin* amacıyla ise öncelikle şunun ayırımını vurgulamak gerekir: Eğer cinsel davranışa zorlama ya da ırza geçme fiilinin neticesinde ölüm meydana geldiyse Alman Ceza Kanunu'nun 178. maddesi uygulanacaktır, zira bu madde söz konusu fiilin neticesinde ölümün meydana gelmiş olması ihtimalini düzenler. Eğer bu fiilerin mağduru çocuksa ve ölüm meydana gelmişse, Alman Ceza Kanunu'nun "çocuğun cinsel istismarının ölümle sonuçlanması" başlıklı 176b maddesi uygulanır. Yapılacak ayırmada göz önünde bulundurulacak ölçüt, failin kastının hangi suça yöneldiğidir. Eğer fail, cinsel güdülerini tatmin amacıyla icra ettiği hareketlerinin sonunda öldürmeye yönelik bir kast taşıyorsa, o zaman Alman CK m. 211 uygulanacaktır.

Fail, doğrudan doğruya mal varlığını arttırmak saiki ya da başka türlü mevcut olamayacak bir dolaylı malvarlığı artışı beklentisiyle öldürme suçunu işlerse, bu halde *mal hırsıyla* öldürmeden bahsedilir<sup>100</sup>. Alman CK m. 251'deki ölümle sonuçlanan yağma suçu ile bu suç arasındaki fark yine failin kastının yöneldiği neticedir. Yağmanın netice sebebiyle ölüm meydana getirmesi halinde m. 251, öldürerek malvarlığını doğrudan ve malı kabz ederek arttırma kastı söz konusu olduğunda ise m. 211 uygulanacaktır.

*Haince öldürme*, mağdurun saldırının başladığı sırada hayatının tehlike altında olduğunu farketme hususunda saflık (arglosigkeit) içinde olmasından ya da durum itibariyle gelebilecek bir darbeyi savuşturamayacak olmasından (savunmasız=wehrlos) kaynaklanan çaresizliğinden faydalanarak öldürme suçunu işlemek anlamına gelmektedir<sup>101</sup>. Fiilin işleniş biçimine ilişkin bir durum teşkil eden bu ağırlaştırıcı nitelikli halin Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı m. 82/1-e'deki beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi ihtimalidir. Öte yandan, saldırının başladığı sırada hayatının tehlike altında olduğu hususunda saflık içinde olma ve durum itibariyle gelebilecek bir darbeyi hiffetinden ötürü savunamayacak olma ihtimalleri, mağdurun o andaki dalgınlığını da kapsayacağı için Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme daha geniş bir uygulama alanı bulacaktır. Zira Türk Ceza Kanunu'ndaki ruh veya beden bakımından

<sup>99</sup> Lackner/Kühl, "StGB § 211 Mord", k.n. 4.

<sup>100</sup> Schönke/Schröder, "StGB § 211 Mord", k.n.17.

<sup>101</sup> Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3*, München: C.H. Beck, 2011, "StGB § 211 Mord", k.n. 123. BeckOnline, 17.12.2012.

kendisini savunamayacak olma, kısa süreli dalgınlıkları her olayda içerebilecek bir ifade değildir. Örneğin, arkası faile dönük yapılı bir güvenlik görevlisini sessizce yaklaşarak öldürmek Alman Ceza Kanunu kapsamında söz konusu nitelikli hale tereddütsüz girecekken, Türk Ceza Kanunu için aynı şeyi geniş bir yorum yapmaksızın söylemek kolay değildir.

*Canavarca bir şekilde öldürme*, TCK m. 82/1-b'deki eziyet çektirerek öldürmeyle aynı işleniş biçimini ifade etmektedir. Bunun için mağdura bedensel yahut ruhsal anlamda eziyet çektirilmesi, mağdurun da bu eziyetin yarattığı acıyı hissederek ölmesi aranmaktadır<sup>102</sup>. Örneğin, eziyet çektirerek öldürülmesi düşünülen mağdurun, anında bilincini kaybetmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır<sup>103</sup>. Bu konudaki açıklamalar yukarıda TCK m. 82/1-b'deki nitelikli halin anlatıldığı bahiste yapılmıştır.

*Toplum için genel tehlike yaratan araçlarla öldürme* bakımından Alman Ceza Kanunu ile TCK m. 82/1-c arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, iki kanunun da amacı, mağdur dışındaki sayısı belirsiz diğer kişiler ve dolayısıyla toplum adına genel tehlike yaratan faili daha ağır cezalandırmaktır. Fakat Türk Ceza Kanunu'nda bu nitelikli halin oluşması için kullanılabilir araçları tek tek sayılmışken Alman yasa koyucu ceza kanununda böyle bir sayıma gitmemiş ve dolayısıyla teknolojik gelişmelerle daha uyumlu olabilecek, daha geniş uygulama alanı bulan bir norm ihdas etmiştir.

Kasten öldürme suçunun *bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla* işlenmesi de Alman Ceza Kanunu'nun 211. maddesinde düzenlenen ve TCK'da karşılığı olan bir nitelikli haldir. Bu hal TCK m. 82/1-h'de öngörülmüştür. Fakat Alman Ceza Kanunu'nda yakalanmamak şeklindeki özel kasta yer verilmemişken Türk yasa koyucu, bu özel kastı 5377 sayılı kanunun 9. maddesiyle 29.05.2005 tarihinde TCK m. 82/1-h'ye eklemiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun aksine Alman Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri de düzenlenmiştir. Bunlar m. 213'teki kasten öldürmenin hafif hali ve m. 216'daki talep üzerine öldürme halleridir. Alman CK m. 213 hükmü şu şekildedir:

*“Kasten öldüren kişi, öldürülen kişi tarafından kendisine veya bir aile mensubuna yönelik olarak ika edilen bir kötü muamele veya ağır hakaret üzerine, kendi kusuru olmadan öfkeye kapıldığı ve bu öfke nedeniyle orada derhal kendisini bir fiilin içinde bulursa veya sair hafif bir hal varsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”<sup>104</sup>.*

<sup>102</sup> Urt. v. 7. 8. 2001 - 1 StR 174/01 Gerhard Altwater, “Rechtsprechung des BGH zu den “Tötungsdelikten”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Heft 1, 2002, sf. 24.

<sup>103</sup> Urt. v. 7. 8. 2001 - 1 StR 174/01 Altwater, sf. 27.

<sup>104</sup> Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *Strafgesetzbuch (StGB)/Alman Ceza Kanunu*, İstanbul: Beta, 2009, sf. 286.

Alman Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nun aksine, genel hükümlerde haksız tahrik öngörülmemiştir. Alman CK m. 213'te kasten öldürmenin hafif hali olarak düzenlenen ve belirtilen koşulları taşıyan haksız bir tahrik altında işlenen kasten öldürme suçunun, daha hafif şekilde cezalandırılacağını ifade eden bu hüküm, TCK m. 29'da yer alan haksız tahrikin bir tezahürü olarak görülebilse de, aslında farklılıklar arz etmektedir. Zira haksız tahrik ve tasarlama Türk ceza hukukunda bir arada bulunabilir. Fakat Alman Ceza Kanunu'ndaki bu düzenleme, failin derhal hareket etmesini şart koşturur. Halbuki Türk Ceza Kanunu'nda belirli bir zaman aralığı belirtilmemektedir. Failin hiddet ve şiddetli elemine etkisi altında bulunması ve bu duyguların etkisi altında suçu işlemesiyle, diğer koşulları da mevcutsa haksız tahrik hükümleri uygulanır<sup>105</sup>. Alman CK m. 213 hükmünde geçen hakaretin ağır olması koşulu, failin yapısına göre, yani subjektif olarak değil, objektif ölçülere göre değerlendirilecek bir husustur<sup>106</sup>. Her ihtimalde tahriki oluşturan hareket ve failin öldürme fiili arasında bir orantılılık bulunması gerekir; ayrıca haksız tahrikin varlığı hususunda şüpheye düşülüyorsa şüpheden sanığın yararlanacağı unutulmamalıdır<sup>107</sup>.

Alman CK m. 213 kapsamındaki *sair hafif haller*, mağdura yakın başka bir kişinin haksız tahriki, failin kendi kusuru sonucu tahrike kapılmış olması veya 21. maddede gösterilen kusurluluğu azaltan haller gibi diğer hafifletici sebepler, orantılılık koşulunu sağlamak kaydıyla tüm diğer koşullar da hakim tarafından değerlendirilerek dahil olabilmektedir<sup>108</sup>.

Talep üzerine öldürme ise, Alman CK m. 216'da düzenlenmiştir. Bu madde şu şekildedir: “(1) *Bir kimsenin açık ve ciddi talebi üzerine o kişiyi öldürmeye sevk olunan kişiye 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır*”.

Talep üzerine öldürme, ötanaziyi içermekle beraber aynı anlama gelmemektedir; zira ötanazide iyileşmesi imkansız bir hastalığa yakalanan kişi, acılarından kurtulmak amacıyla failden yaşamına son vermesini istemekten, talep üzerine öldürmede kişinin sebebi ne olursa olsun ciddi ve samimi bir şekilde failden yaşamını sonlandırmasını istemesi söz konusudur, yani ötanazi talep üzerine öldürmenin özel bir gerçekleştirilme şeklidir<sup>109</sup>. Alman CK m. 216'da ötanaziyi de içine alan talep üzerine öldürme, bir suç tipi olarak öngörülmüştür. Ötanazi çeşitleri ile bunlardan hangilerine Alman ve Türk ceza hukukunda ceza verilmesi gerektiği ile ilgili açıklamalara “hukuka aykırılık unsuru” bahsinde yer verilmiştir.

<sup>105</sup> Haksız tahrikin koşulları için bkz. Hakeri, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, sf. 366 vd.

<sup>106</sup> Lackner/Kühl, “StGB § 213 Minder schwerer Fall des Totschlags”, k.n. 2.

<sup>107</sup> Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, Band 3, “StGB § 213 Minder schwerer Fall des Totschlags”, k.n. 43. BeckOnline, 03.06.2012.

<sup>108</sup> Lackner/Kühl, “StGB § Minder schwerer Fall des Totschlags”, k.n. 9.

<sup>109</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Caner Yenidünya, “Ötanazi”, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya (drl.), İstanbul: Güven, 2002, sf. 4.

## 2. Manevi Unsur

Öldürme suçları, Alman ve Türk ceza kanunlarına göre hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Suçun taksirli hali TCK'nın 85. maddesinde, Alman Ceza Kanunu'nun ise 222. maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 85 uyarınca “*taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası*” ile cezalandırılırken, Alman CK m. 222 uyarınca “*bir insanın ölümüne taksirle sebebiyet veren kişi, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası*” ile cezalandırılır.

Konumuz kasten öldürme suçu olduğundan manevi unsur bahsinde sadece bu suç bakımından inceleme yapılacaktır. TCK m. 81'de düzenlenen kasten öldürme suçu bakımından manevi unsur kasttır. Bu kast bir ya da birden fazla insanın yaşamını sonlandırmaya yöneliktir<sup>110</sup>. Kastla işlenebilen bir suç kural olarak hem doğrudan kastla hem olası kastla işlenebilir, meğer ki suçun kanuni tanımında “bilererek”, “bildiği halde” gibi ifadelerle suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği vurgulanmış olsun<sup>111</sup>. Aynı şekilde Alman CK m. 212'de yer alan “katil olma niteliğini taşımadan” öldürmek, tipikliğin manevi bir unsuru değildir ve suçun oluşması bakımından olası kast yeterlidir<sup>112</sup>.

Failin belirli bir kişiyi öldürmek istemiş olması gerekmez. Kastın bir insanın yaşamına yönelik olması yeterlidir. Kast belirlenirken, suçta kullanılan suç aletleri, hareketin yöneldiği vücut bölgesi, darbe sayısı ve darbenin niteliği, hareketin icrası sırasında failin tutumu gibi etkenler göz önünde tutulur.

Önemle belirtilmelidir ki, şahısta hata, mağdurunun şahsiyetinin bir nitelikli hal olarak öngörülmediği durumlarda cezai sorumluluğu etkilemez ve kastı kaldırmaz<sup>113</sup>. Örneğin (A) kişisini öldürmek isteyen fail, gece karanlığında yanıldığı için (B)'yi öldürmüştü, bu durumda kasten öldürme suçunu işlemiş olur ve şahısta hataya düşmüş olması sorumluluğunu etkilemez. Zira kasten öldürme suçunun konusunu bir başka insan oluşturmaktadır ve bir insanı öldürmeye yönelik kast, manevi unsuru oluşturmak bakımından yeterli ve gereklidir<sup>114</sup>.

Hedefte sapma halinde ise değişik ihtimallere göre yorum yapılmalıdır. Hareketin failden ya da araçtan kaynaklanan bir sebeple kastedilenden farklı bir neticeyi meydana getirdiği tek neticeli sapma hallerinde, kastedilen suçun teşebbüs aşamasındaki hali ile neticenin taksirli davranış sonucu meydana geldiği suç tipi arasında farklı nev'iden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin (B)'yi öldürmek isterken, attığı kurşun (C)'ye isabet eden ve onu taksirle yaralayan veya öldüren (A)'nın cezası belirlenirken TCK m. 44'teki farklı nev'iden fikri içtima

<sup>110</sup> Centel/Zafer/Çakmut, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, sf. 37.

<sup>111</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 229.

<sup>112</sup> Lackner/Kühl, “StGB § 212 Totschlag”, k.n. 3.

<sup>113</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 555.

<sup>114</sup> Kindhäuser, sf. 208.

hükümleri uygulanacak ve kasten öldürmeye teşebbüs ve taksirle yaralama/öldürme suçlarından daha ağır olan suçun cezası verilecektir. Zira (A)'nın (C)'yi yaralama ya da öldürme kastı yoksa da, kurşunun (C)'ye isabet edebilme neticesini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörememiş yahut öngörüp de neticenin meydana gelmesini istemeyerek taksirli hareket etmiştir. Hareketin hem kastedilen, hem de bundan farklı bir neticeye sebep olduğu çok neticeli sapma hallerinde de tek hareketle birden fazla suç oluştuğundan, farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır<sup>115</sup>.

### 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Alman ceza hukukunda varlığı kabul edilen ve sadece Alman Ceza Kanunu'ndakilerle sınırlı olmayan bir çok hukuka uygunluk sebebinden<sup>116</sup>, sadece bazıları kasten öldürme suçuna uygulanabilir. Buna göre, kasten öldürmede kural olarak hukuka uygunluk sebepleri m. 32'deki meşru savunma halleri, hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışması<sup>117</sup> ve diğer koşulların varlığı halinde kolluğun silah kullanma yetkisi, savaş hali ve silahlı çatışma halleri ile sınırlı olsa da,

<sup>115</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 697. Türk doktrininde TCK m. 44'teki "fiil" kavramının yorumu konusunda, hareketin sayısına önem veren görüş ve netice sayısına önem veren görüş olmak üzere iki farklı bakış açısı mevcuttur. Hareketin sayısına önem veren görüşe göre failin sığıdığı tek kurşun birden çok kişiye isabet ederse, fail tek bir iradi kararla hareket ettiğinden hareket hukuki anlamda tektir ve TCK m. 44 uygulanmalıdır. Netice sayısına önem veren görüşe göre ise, yukarıdaki örnekte netice birden fazla olduğu için fiil tek değildir ve TCK m. 44 uygulanarak en ağır fiile göre ceza verilmesi ile yetinilemez. Centel/Zafer/Çakmut, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", sf. 502, 503. Neticeyi esas alan ve suçların çokluğunu kabul eden görüşün uygulanması halinde, hafif suçun cezasının hiçbir şekilde faile yansıtılmayacağından bahisle TCK m. 44'ün adaletsiz sonuçlar doğuracağı ile ilgili bkz. Zafer, sf. 429. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kastedilen neticenin yerine ya da kastedilen neticenin yanında gerçekleşen netice bakımından olası kast mevcutsa, sapmanın var olmadığı kabul edilmelidir. Zira, sapmanın söz konusu olabilmesi için, yukarıda da açıklandığı üzere, "kastedilenden" başka bir neticenin oluşması gerekir. Böyle olunca, ortaya çıkan diğer neticenin kast olmaksızın ortaya çıkması gerekir, ki bu halde suç tipi değişecek ve taksirle öldürme ya da taksirle yaralama söz konusu olacak ve bu suç ile teşebbüs halinde kalmış ya da tamamlanmış kasten öldürme suç bakımından farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

<sup>116</sup> Wessels/Beulke, Alman ceza hukukundaki hukuka uygunluk sebeplerini sınırlı sayıda olmayacak şekilde şöyle listelemektedir: "1) Hukuki menfaat korumasından vazgeçme: Hukuka uygunluk sebebi olan rıza ve varsayılan rıza, 2) Meşru savunma, 3) İzin verilen ihkak-ı hak (örn. Alman MK m. 229), 4) Medeni hukuktaki ızdırar hali, 5) Genel hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, 6) Hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışması, 7) Haklı menfaatlardan yararlanma (Alman CK m. 193), 8) Tedip hakkı, 9) Yakalama hakkı, 10) Diğer memuriyet yetkileri, hizmet hakları ve memurların özel hukuki görevleri, 11) Siyasi direnme hakkı" Wessels/Beulke, k.n. 282.

<sup>117</sup> Hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışması, bir kişinin en az iki eşit önemde yükümlülük altında olup, bunlardan sadece birini -diğerinin pahasına- yerine getirebileceği durumlarda söz konusudur. Buna örnek olarak bir babanın yanan bir binada bulunan iki çocuğundan sadece birini kurtarabileceği bir durum verilebilir. Kindhäuser, sf. 159; Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin: Springer, 1997, sf. 294; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München: Vahlen, 2002, §18/134; Günther Stratenwerth, **Strafrecht AT, Band 1**, 4. Auflage, Köln: Heymann, 2000, §9/113.



örneğin *perforasyon* (doğumda annenin yaşamını kurtarmak için bebeğin öldürülmesi) gibi çok istisnai hallerde 34. maddede düzenlenen “hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali” de kasten öldürme suçunda bir hukuka uygunluk sebebi olabilmektedir<sup>118</sup>.

Türk hukukunda TCK m. 24, kanun hükmünü yerine getirmeyi ve amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesini bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Buna göre, 2559 s. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu<sup>119</sup>, 211 s. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu<sup>120</sup>, 2803 s. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu<sup>121</sup> ve 1481 s. Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Kanunu’nda<sup>122</sup> gösterilen sınırlar içerisinde ve bu kanunların öngördüğü orantılı kullanım ve son çare olma koşulunu yerine getirmek şartıyla silah kullanma yetkisinin icrası sırasında ölüm meydana gelirse, TCK m. 24 kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır<sup>123</sup>. Ayrıca Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi meşru savunma, Türk Ceza Kanunu’nda da öngörülmüş bir hukuka uygunluk sebebidir (TCK m. 25).

Zorunluluk halinin hukuki niteliği Türk hukukunda tartışmalıdır. Bazı yazarlar zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunurken<sup>124</sup>, bazı yazarlar zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir hal olduğu için hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını savunmaktadır<sup>125</sup>. Diğer bir görüş ise Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye paralel bir şekilde TCK m. 25 düzenlemesinin de, hem hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin, hem de kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin hukuki dayanağını oluşturabileceğini ileri sürmüştür<sup>126</sup>. Zorunluluk hali, CMK m. 223/3-b hükmü ile beraber okunduğunda yasa koyucunun zorunluluk halini kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlediği görülmektedir. Yargıtay da zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi olarak değil, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak yorumlamaktadır<sup>127</sup>. Kanaatimce üçüncü görüş benimserse daha adaletli sonuçlar alınabilir. Zira bir babanın yanan bir binadan iki çocuğundan sadece birini kurtarabildiği örnekte, vazgeçilen hukuki değer ile korunan hukuki değer, önem bakımından bir fark taşımadığından, babayı çaresizliğe sürükleyen bu mücbir sebep, sadece kusurluluğu etkilemektedir. Diğer yandan, dondurucu ve ölümcül bir soğuktan korunmak için üçüncü kişinin ahırının kapısını kırıp içeri giren bir kişinin, sebep olduğu mal varlığı zararı ile kişinin koruduğu hukuki

<sup>118</sup> Lackner/Kühl, “StGB § 34 Rechtfertigender Notstand”, k.n. 9

<sup>119</sup> Kabul Tarihi: 04.07.1934, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 14.07.1934, Resmi Gazete Sayı: 2751.

<sup>120</sup> Kabul Tarihi: 04.01.1961, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 10.01.1961, Resmi Gazete Sayı: 10703.

<sup>121</sup> Kabul Tarihi: 10.03.1983, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 12.03.1983, Resmi Gazete Sayı: 17985.

<sup>122</sup> Kabul Tarihi: 08.09.1971, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 15.09.1971, Resmi Gazete Sayı: 13957.

<sup>123</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 148-149.

<sup>124</sup> Centel/Zafer /Çakmut, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, sf. 313.

<sup>125</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 521.

<sup>126</sup> Zeynel Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin, 2010, sf. 48; Zafer, sf. 277; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2012, sf. 280.

<sup>127</sup> YCGK, 26.02.2008-1281/37, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 01.06.2012).

değer olan yaşama hakkı arasında çok ciddi bir fark vardır ve bu durumda önemli ölçüde ağır basan hukuki değerın korunmasına hukuk düzeninin cevaz vermesi gerektiğinden, bu halde bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmelidir. Bu düşünce tarzı Alman Ceza Kanunu'nda normatif olarak karşılığını bulmuştur. Zira Alman CK m. 49/3'e göre, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğeri bir hukuki menfaate yönelik ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike halinde, korunan hukuki değer, vazgeçilen hukuki değere *önemli ölçüde ağır basıyorsa*, bu halde kendini ya da bir başkasını korumak için suç olarak gösterilen bir fiili işleyen failin, hukuka aykırı hareket etmeyeceği ifade edilmiştir. Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin düzenlendiği Alman CK m. 35'te ise, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlikenin varlığı halinde, kendisini, ailesini ya da bir yakını korumak için suç olarak düzenlenen bir fiili işleyen failin, kusurunun ortadan kalkacağı zikredilmektedir. İki maddenin birlikte okunması sonucunda; korunan hukuki değeri, vazgeçilen hukuki değere önemli ölçüde ağır basması halinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi sayılacağı, korunan hukuki değer ile vazgeçilen hukuki değer arasında önem bakımından ciddi bir fark olmadığına ya da eşitlik olduğunda ise, kusurluluğu etkileyen bir zorunluluk halinin mevcut olacağı anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda zorunluluk halinin hukuki niteliği hususunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, buna sadece CMK m. 223/3-b hükmünde değil, Türk Ceza Kanunu'nda da açıkça yer verilmesi gerekmektedir, zira zorunluluk halinin hukuki niteliği usuli bir mesele değil, maddi hukuka ilişkin bir meseledir. Bunun için de öncelikle hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu etkileyen haller, TCK m. 24 vd.'da olduğu gibi aynı başlık altında değil, ayrı ayrı açıklanmalıdır.

Hukuka aykırılık bahsinde incelenmesi gereken önemli bir mevzu da doktrinde sıklıkla dar anlamda ölüm yardımı olarak nitelendirilen ötanazidir<sup>128</sup>. Ölüm yardımı, bir insanın mümkün olduğunca acısız ve rızası doğrultusunda ölümüne yardım eden uygulamaların tamamını kapsayan bir kavramdır<sup>129</sup>. Bu sebeple kavram birliği açısından, bu çalışmada daha kapsayıcı olan ölüm yardımı terimi kullanılacaktır. Ölüm yardımı, aktif, pasif ve dolaylı ölüm yardımı olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Hastaya uygulanan tedavinin, ilaç ya da araçların hastanın isteğiyle kesilmesi ile hastalığın doğal seyri sonucu ölümün gerçekleştiği durumlarda pasif; hastanın ömrünü kısaltmak pahasına da olsa, acısını hafifleten ve rızasına dayanan tedavi şeklindeki uygulamaya dolaylı; yine hastanın rızası doğrultusunda, acıyı dindirmek için icrai bir davranışla hastanın hayatını sonlandırmaya aktif ölüm yardımı denmektedir<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Lackner/Kühl, "Vorbemerkung", k.n. 6.

<sup>129</sup> Altan Heper, "Sterben und Tod aus Rechtsphilosophischer und Strafrechtlicher Sicht", **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 339.

<sup>130</sup> Bertil Emrah Oder, "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi", **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, (Derleyen: Nur Centel), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, sf. 2; Heper, sf. 341-342.

Aktif ölüm yardımı, Alman Ceza Kanunu'nun "talep üzerine öldürme" başlıklı 216. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Şu halde Alman Ceza Kanunu, aktif ölüm yardımına cevaz vermemekte ve kasten öldürmenin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak cezalandırmaktadır. Pasif ölüm yardımı konusunda ise Alman doktrinindeki hakim görüş, tedavinin hastalığı iyileştirmeyeceği, acıyı dindirmeyeceği, sadece ölümü erteleyebileceği ve hastanın özgür iradesinin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin garantör yükümlülüğü olmasına rağmen suç teşkil etmeyeceği yönündedir<sup>131</sup>. Dolaylı ölüm yardımı konusunda da tıpkı pasif ölüm yardımı gibi, özgür iradeye sahip bir kişinin, kendini öldürmesinin suç olmamasından yola çıkılarak, bu fiile iştirakın cezalandırılmaması gerektiğinden bahisle, ölüme yardım eden sorumlu tutulmamaktadır<sup>132</sup>.

Türk hukukunda da bir hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası, aktif ölüm yardımına şamil değildir. Zira yaşam hakkının, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olmadığı kabul edilmektedir<sup>133</sup>. Aktif ölüm yardımı yapan kişi, kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Pasif ölüm yardımında ise doktrinde bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar ölüm yardımının ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini, ancak mevcut haliyle aktif ve pasif ölüm yardımının kasten öldürme suçu oluşturduğunu savunurken<sup>134</sup>, bazı yazarlar hukukun genel ve evrensel prensiplerinden olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik tanıyarak en azından pasif ölüm yardımının hukuka uygun olduğunu savunmaktadır<sup>135</sup>. Kanaatimce kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına üstünlük tanımak suretiyle pasif ve dolaylı ölüm yardımını hukuka uygun saymak gerektiğini savunan görüş isabetlidir<sup>136</sup>. Fakat hastanın rızasını bilinçli ve serbest iradesiyle vermiş olması aranmalı ve iradenin bu koşulları taşıyıp taşımadığı çok dikkatli bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

#### IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

##### 1. Teşebbüs

Hem Alman hem de Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürme suçuna teşebbüs mümkündür. Alman Ceza Kanunu'nda alt sınırı bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen hukuka aykırı fiiller cünha olarak düzenlenmiştir (Alman CK m. 12/2) ve Alman CK m. 23 uyarınca cünhalara teşebbüsün cezalandırılabilirliği, kanunda bu hususun açıkça belirtilmiş olmasına bağlanmıştır. Bir cünha olan talep üzerine öldürmede de teşebbüsün cezalandırılacağı özel olarak vurgulanmıştır (Al-

<sup>131</sup> Lackner/Kühl, "Vorbemerkung" k.n. 8.

<sup>132</sup> Heper, sf. 340.

<sup>133</sup> Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 50.

<sup>134</sup> Tezcan/Erdem/Önok, sf. 155.

<sup>135</sup> Hakeri, "Kasten Öldürme Suçları", sf. 50.

<sup>136</sup> Dönmezer, sf. 38.

man CK m. 216/2). Fakat gönüllü vazgeçme (Alman CK m. 24) halinde tamam olan kısım için faile, ağır yaralama suçundan (Alman CK m. 226) dolayı değil, Alman CK m. 223'teki "yaralama" suçundan ya da m. 224'teki "tehlikeli yaralama" suçundan ceza verilir<sup>137</sup>.

Türk hukukunda ise cürüm ve cünha ayrımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na alınmadığından ve teşebbüs bahsi genel hükümler kısmında TCK m. 35'te düzenlendiğinden, şartları mevcut olduğunda her suçta teşebbüs mümkündür. 35. madde metni şu şekildedir:

*"(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*

*(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."*

Buna göre, teşebbüsün mevcut olabilmesi için, failin bir suç işleme kastının olması, bu suçu işlemek için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış olması ve icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması ya da icra hareketlerini tamamlamasına rağmen elinde olmayan sebeplerle neticenin meydana gelmemiş olması gerekmektedir. Doktrinde de tartışmalı olan, olası kastın teşebbüse elverişli olup olmadığı hususu<sup>138</sup> konusunda, aksi yönde kararlar vermiş olsa da<sup>139</sup>, Yargıtay'ın görüşü, olası kastın netice üzerinden belirlenebileceği, bu sebeple olası kastın teşebbüse elverişli olmadığı yönündedir<sup>140</sup>.

## 2. İştirak

Karşılaştırmaya konu iki ceza kanununda da kasten öldürme suçunun her şekline iştirak mümkündür. İştirak bakımından bu suçlar bir özellik taşımamaktadır.

<sup>137</sup> Lackner/Kühl, "StGB § 216 Tötung auf Verlangen", k.n. 7.

<sup>138</sup> Görüşler hakkında bkz. Centel/Zafer/Çakmut, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", sf. 442-443; Demirbaş, sf. 430-432, Zafer, sf. 364.

<sup>139</sup> "özel hedef seçme imkanı bulunmayan, ancak canlı hedefe tevcihan çok sayıda silah boşaltan sanıkların gayri muayyen kastla hareket ettiklerinin kabulü zorunlu görülmekle, hukuki sorumluluklarının da eylemlerinin maddi sonuçlarına göre tayini lüzumu belirlendiğinden, neticede sadece Fatma'nın yaralanması olgusu baz alınarak her üç sanığın maddi müstakil faili belli olmayan adam öldürmeye tam derecede teşebbüs suçunun fer'i faili telakkisi ve TCK.nun 52, 448, 62, 463. maddeleri gereğince bir defa tecziyeleri icabı gözetilmeyerek, ağır maddi netice bertaraf edilip, Yalçın ve Ertan'a yönelik maddi verileri olmayan iki kez öldürmeye eksik derecede teşebbüs fiilinden ceza hükmü tesisi...bozmayı gerektirmiş...", Yarg. 1. CD., 02.10.1990-2114/2360, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 09.04.2013).

<sup>140</sup> YCGK, 27.12.2005-1-131/167, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T: 21.01.2012).

Sadece iştiraka ilişkin genel hükümlerin Türk ve Alman ceza kanunlarında arz ettiği farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, Alman CK m. 28/2 uyarınca özel kişisel unsurlar sebebiyle cezayı artırıcı ya da hafifletici nitelikli hallerin suç ortaklarına uygulanması, bu unsurların onlarda da mevcut olmasına bağlıdır. Türk Ceza Kanunu'nda ise m. 40'ta düzenlenen bağlılık prensibi uyarınca iştirak edenler asıl fiil üzerinden cezalandırılır. Yani suç nitelikli hal ile ağırlaşmış ise iştirak edenler kural olarak bundan sorumlu olacaklardır, meğer ki TCK m. 30/2 anlamında kaçınılmaz bir hataya düşmüş olsunlar<sup>141</sup>.

İştirak bahsinde değinilmesi gereken bir diğer önemli husus da azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki çizgide yer alan organize kuvvet aygıtlarının söz konusu olduğu durumlarda cezalandırmanın ne şekilde yapılacağıdır. Suç içeren talimatı veren kişinin, talimatı icra edecek kişiyi tanımamasının dahi gerekmediği, bu talimatının neredeyse otomatik olarak yerine getirildiği, emri icra etmekle görevli çok sayıda kişinin bireysel özelliklerinin suçun işlenmesi bakımından rol oynamadığı, icra eden kişinin icra etmekten vazgeçse dahi bir başkasının onu ikame ettiği ve hukuki zeminden yoksun bir organize kuvvet aygıtında<sup>142</sup> (örneğin, Almanya'da Nazi hakimiyeti sırasında oluşturulan Nazi kuvvet aygıtı böyledir. Zira organizasyonun, devlet aygıtının kendisi haline gelip, kendi hukuk kurallarını ihdas etmesi dahi, hukuk devletinin sağladığı güvencelerin etkisinin olmaması halinde, bu organizasyonu hukuki zeminden yoksun hale getirecektir<sup>143</sup>), organizasyon üzerinde hâkimiyeti olan kişinin sorumluluğu cevap verilmesi gereken bir sorudur. Bu durumdaki organizasyon hakimiyeti, Alman ceza hukukçusu Roxin'e göre başlı başına dolaylı failliğin bağımsız bir görünüş biçimidir<sup>144</sup>. Üstelik Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında vurguladığı üzere; dolaylı failliğin diğer görünüş biçimlerinin aksine, organize kuvvet aygıtı yoluyla üzerinde fiil hakimiyeti sağlanan ve fakat fiili kasten, hukuka aykırı, kusurlu ve dolaysız olarak işleyen kişi de cezalandırılır, zira aksi kanunen mümkün değildir<sup>145</sup>. Diğer yandan, organize kuvvet aygıtları yoluyla fiil hakimiyeti; kasten, hukuka aykırı, kusurlu ve dolaysız hareket eden bir failin varlığı halinde, dolaylı faillğe gidilememesi kuralının bir istisnasıdır<sup>146</sup>. Bu bilgiler ışığında denebilir ki, organize kuvvet aygıtının işleyişini kullanarak bir kişi üzerinde fiil hakimiyeti sağlayarak birini öldürme emrini veren masa başındaki kişi dolaylı fail olarak, emri aldıktan sonra kasten, hukuka aykırı, kusurlu ve dolaysız olarak hareket ederek söz konusu mağduru öldüren kişi de fail olarak aynı anda sorumlu tutulacaktır. Türk

<sup>141</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, sf. 656 vd.

<sup>142</sup> Organize kuvvet aygıtından söz edebilmek için gerekli koşulların ayrıntılı analizi için bkz. Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006, sf. 244 vd. Yazar yukarıda tezahür eden unsurları iki ana kriter altında toplamaktadır. Bunlardan birincisi işlerlik kabiliyeti "*Fungibilität*", diğeri de hukuki zeminden yoksunluk "*Rechtsgelöstheit*".

<sup>143</sup> Roxin, sf. 250.

<sup>144</sup> Roxin, sf. 704.

<sup>145</sup> BGHSt 40, 218 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs040218.html> , E.T. 17.06.2012.

<sup>146</sup> Wessels/Beulke, sf. 198.

Ceza Kanunu'nda da aksini düşündürecek bir hüküm bulunmamaktadır. Zira dolaylı failliği düzenleyen 37. maddenin 2. fıkrası, “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” şeklinde olup, lafzen dolaylı failin olması halinde doğrudan hareketi yapan kişinin cezalandırılmasını engellemektedir. Sonuç olarak yukarıda bahsedilen koşullarda masa başından talimat veren ve talimatı kasten, hukuka aykırı olarak ve kusurla icra eden kişilerin ikisi de faildir<sup>147</sup>. Fakat bu durum bir müşterek faillik durumu değildir, çünkü suç işleme kararı ortak olarak alınmamıştır ve suç birlikte icra edilmemiştir<sup>148</sup>.

### 3. İçtima

Kasten öldürme suçu için, TCK m. 43/3'teki açık hüküm gereği, zincirleme suç (TCK m. 43/1) hükümleri uygulanamaz. Ayrıca aynı nev'iden fikri içtima (TCK m. 43/2) bakımından bir inceleme yapmak gerekirse, yine burada da TCK m. 43/3 gereği kasten öldürme suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye işlenmesi halinde, ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Alman Ceza Kanunu'nda ise öldürme suçlarını aynı nev'iden fikri içtima hükümlerinden ayrı tutan bir madde bulunmamaktadır. Dolayısıyla Alman CK m. 52 vd. hükümleri bu suç için bir özellik arz etmeksizin uygulanacaktır. Tek neticeli ve çok neticeli sapma hallerinde farklı nev'iden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yukarıda manevi unsur bahsinde örnekli şekilde açıklanmıştır.

### SONUÇ

Öldürme suçları tarihin her döneminde ve her yerde cezalandırılan bir suçtur. Bu çalışmada Türk ceza hukukunda oldukça etkili olan Alman ceza hukuku ile hukukumuzun karşılaştırmalı tablosu çizilmeye çalışılmıştır.

Genel tabloya bir kez daha bakılacak olursa, Alman Ceza Kanunu'nda suçun temel hali için öngörülen ceza beş yıldan başlamakta ve m. 212/2 gereğince çok ağır hallerde müebbet hapis cezasına kadar çıkabilmektedir. Oysa Türk Ceza Kanunu'nda suçun temel hali için öngörülen yaptırım müebbet hapis cezasıdır. Suçun nitelikli halleri için öngörülen ceza ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Bu türde bir yaptırım Alman hukukunda mevcut değildir; daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin varlığında müebbet hapis cezasına hükmedilir.

Alman ceza hukukunda daha az cezayı gerektiren nitelikli haller de öngörülmesiyle kasten öldürmenin yaptırımı altı aydan müebbet hapis cezasına kadar değişebilmektedir. Kanunun, hakime nitelikli hallerin uygulanması, temel suçta veri-

<sup>147</sup> Dolaylı failliğin söz konusu olması için, fiili icra eden üzerinde hakimiyet kurulmasının yanında, fiili icra edenin dolaylı fail için hareket ettiği bilmemesini şart koşan görüş için bkz. Hakeri, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, sf. 489.

<sup>148</sup> Claus Roxin, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, sf. 294-295.

lecek ceza aralığı ve gerektiğinde bazı hususları “çok ağır hal” olarak değerlendirme noktasında tanıdığı takdir yetkisi göz önünde tutulduğunda bu sistematik, yargılama makamına güven duyan bir görünüm sunmaktaysa da, bu durum yargılamada sanık olarak yer alan kişilerin hukuk güvencesi bakımından sıkıntılara neden olabilir. Zira farklı yorumlar kişilerin aynı eylemden dolayı birbirinden çok farklı cezalar alabilmesine imkan tanımaktadır. Bu nedenle, Alman Ceza Kanunu’nda öngörülen cezalar arasındaki makas daraltılmalı, belki biraz daha kazuistik bir düzenlemeye gidilmelidir.

TCK’da ise temel suç müebbet, nitelikli haller, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Nitelikli haller çok daha kazuistik ve sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Nitelikli hallerde Türk toplumunda görülen “töre”, “kan gütme” gibi saiklere yer verilmiştir. Bu gibi haller, gelenekler bahane edilerek, insan öldürülmesinin ve kan davalarının önüne geçmek maksadıyla daha ağır cezaya tabi tutulmuştur.

İhmal suretiyle icra suçları Alman Ceza Kanunu’nda genel hükümlerde düzenlenmişken, Türk Ceza Kanunu’nda genel hükümlerde böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bu şekilde hareket eden fail, kanunilik ilkesi gereğince, sadece ihmal suretiyle icranın açıkça mümkün kılındığı suçlar bakımından cezalandırılacaktır. İhmal suretiyle icra suçlarında cezalandırılabilirliğin esaslarına, Türk Ceza Kanunu’nda da genel hükümler kısmında yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

İçtima konusunda ise TCK m. 43/3 uyarınca kasten öldürme suçu aynı nev’iden fikri içtimanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Alman Ceza Kanunu’nda ise bu suça özgü bir düzenleme yoluna gidilmemiştir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar:

- Altunkaş, Aysun. “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Baskı. Ankara: Turhan, 2011.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 10. Auflage. Bielefeld, 1995.
- Bentham, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. London: W. Pickering, 1823.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 9. Baskı. İstanbul: Beta, 2012.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar. C:1**. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2011.

- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**. 6. Bası. İstanbul: Beta, 2010.
- Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 8. Baskı. Ankara: Seçkin, 2012.
- Dönmezer, Sulhi. **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**. 16. Bası. İstanbul: Beta, 2001.
- Dworkin, Ronald. **Life' Dominion**. Alfred A. Knopf pres: New York, 1993.
- Ekinci, Mustafa/Özcan, Şerafettin. **Kasten Adam Öldürme Suçları**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2004.
- Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**. 8. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2000.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin. **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**. İstanbul, 1994.
- Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat. **Kasten Öldürme Suçları**. Ankara: Adalet, 2013.
- Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 14.Baskı, Ankara: Adalet, 2012.
- Hakeri, Hakan. **Kasten Öldürme Suçları**. Ankara: Seçkin, 2006.
- Heinrich, Bernd. **Stafrecht Allgemeiner Teil I**. Stuttgart, 2005.
- İnceoğlu, Sibel. **Ölme Hakkı**. İstanbul: Ayrıntı, 1999.
- Jeschek, Hans-Heinrich. **Alman Ceza Hukuku'na Giriş** (Çeviren: Feridun Yenisey). İstanbul: Beta, 2007.
- JoECKS, Wolfgang/Miebach, Klaus. **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1**. 2. Baskı. München: C.H. Beck, 2011, BeckOnline, 16.05.2012.
- JoECKS, Wolfgang/Miebach, Klaus. **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3**. München: C.H. Beck, 2011, BeckOnline, 03.06.2012.
- Kangal, Zeynel. **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin, 2010.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich. **Strafgesetzbuch Band 2**. 3. Baskı. Nomos, 2010, BeckOnline, 17.05.2012.
- Kindhäuser, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Baden: Nomos, 2005.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Köhler, Michael. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin: Springer, 1997.
- Kühl, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München: Vahlen, 2002.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian. **Strafgesetzbuch**. 27. Baskı. München: Beck, 2011, BeckOnline, 16.05.2012.
- Mill, John Stuart/Bentham, Jeremy. **Utilitarianism and Other Essays**. London: Penguin Classics, 1987.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami. **Medeni Hukuk**, 13. Bası, İstanbul: Arıkan, 2006.



- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2010.
- Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Rengier, Rudolf. **Strafrecht Besonderer Teil II**. München, 2010.
- Roxin, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**, 8. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst. **Strafgesetzbuch Kommentar**. 28. Baskı. München: Beck, 2010, BeckOnline, 03.06.2012.
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**. 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2010.
- Stratenwerth, Günther. **Strafrecht AT, Band 1**, 4. Auflage, Köln: Heymann, 2000.
- Tacir, Hamide. **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2011.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rifat Murat. **İnsan Hakları El Kitabı**. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rifat Murat. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**. 7. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 35. Baskı. Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. **Strafgesetzbuch (StGB)/Alman Ceza Kanunu**. İstanbul: Beta, 2009.
- Zafer, Hamide. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2011.

### **Makaleler:**

- Altwater, Gerhard. “Rechtsprechung des BGH zu den “Tötungsdelikten”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)**, Heft 1, 2002, sf. 20-27.
- Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner. “Ötanazi”. **Ceza Hukuku Makaleleri**. Artuk, Mehmet Emin /Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner (drl.). İstanbul: Güven, 2002, sf. 1-44.
- Erem, Faruk. “Adam Öldürme”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. X 1-4, 1953, sf. 33-91.
- Heper, Altan. “Sterben und Tod aus Rechtsphilosophischer und strafrechtlicher Sicht”. **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu**. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 325-345.
- İnceoğlu, Sibel. “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”. **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C:3, S:2, 2006, sf. 289-306.
- Oder, Bertil Emrah. “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi”. **Hukuk ve Etik Bo-**

- yutuyla Ötanazi.** (Derleyen: Nur Centel), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, sf. 1-26.
- Özbek, Veli Özer. “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu”. **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı.** (Yayına Hazırlayan: Hakan Pekcanitez). Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Ankara, 2004, sf. 417-477.
- Roxin, Claus. “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 7/2006, sf. 293-300.
- Ünver, Yener. “Die rechtliche Situation der Organ- und Gewebetransplantation in der Türkei”. **Türkiye-Ukrayna Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Sempozyumu.** İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15-17.03.2011, sf. 103-135.

## 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE MÜDAFINİN İLETİŞİMİNİN DENETLENMESİ

*(Monitoring of Communication of Defence Lawyer )*

Cem ŞENOL\*

### ÖZET

Müdafinin iletişiminin denetlenmesi, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve savunma hakkı gibi temel hakların keşiştiği bir konudur. Bu çalışmada müdafinin iletişiminin denetlenmesi, konuyu düzenleyen CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrası ile 136. maddesi ve AİHM'nin konuya ilişkin kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Bu kapsamda mevcut düzenlemeler çerçevesinde müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği, denetlenebilecek ise hangi koşullar altında denetlenebileceği incelenmiş, problemli hususlar ele alınmaya çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Müdafî, iletişim, özel hayatın gizliliği, AİHM, CMK

### *Abstract*

Supervision of communication of defence lawyer is an issue where fundamental rights such as freedom of communication, right of privacy and right of defense intersect with each other. In this study, supervision of communication of defence lawyer was discussed within the frame of the second paragraph of article 135 of the Code of Criminal Procedure (CMK) and article 136 of CMK and decision of ECHR about issue. In this scope, it was analyzed whether the communication between defence lawyer and suspected/accused can be supervised or not within the frame of current regulations, and conditions under which they can be supervised; problematic issues were discussed.

**Keywords:** Defence lawyer, communication, right of privacy, ECHR, CMK

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## Giriş

Günümüzde teknoloji alanında yaşanan hızlı değişim, etkisini ceza muhakemesi alanında da göstermektedir. Söz konusu etkinin bir sonucu olarak maddi gerçeğin araştırılması sürecinde gittikçe artan bir biçimde teknolojiden yararlanılmakta ve teknoloji kullanımını gerektiren araştırma yöntemlerine ceza muhakemesinde daha fazla başvurulmaktadır. Bu yöntemlerden birisi de delil elde etmek amacıyla bireyler arası haberleşmeye müdahale edilmesidir. Bu müdahale 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda “İletişimin Denetlenmesi” olarak adlandırılmıştır.

Söz konusu tedbir kişilerin haberleşme hürriyeti ve özel hayatlarına müdahaleyi gerektiren bir tedbirdir. Bu haklar anayasal korumaya sahip temel haklardandır. Anılan haklar, ayrıca, iç hukukumuz bakımından bağlayıcı bir temel insan hakları metni olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS-Sözleşme) 8. maddesinde de koruma altına alınmıştır.

Kanun koyucu, müdahalenin konusunu oluşturan hakların özel hayatın çekirdek alanına ilişkin olması nedeniyle, konuyu düzenlediği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirini katı kurallara bağlamıştır. Bu düzenleme ile kural olarak, şüpheli/sanığın iletişiminin denetlenmesinin tâbi olacağı hukuki rejim düzenlenirken, haberleşmenin iki yönlü bir faaliyet olması nedeniyle şüpheli/sanığın haberleşebileceği bazı kişiler bakımından istisnai nitelikte hükümler sevk edilmiş, denetim yasakları belirlenmiştir. Bu istisnaların başında şüpheli/sanığın müdafii ile haberleşmesi gelmektedir.

Şüpheli/sanık ile müdafii arasındaki iletişiminin denetlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135/2 ve 136. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenlemenin şekli, konuya ilişkin olarak öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Anılan maddeler ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik toplumsal yarar ile haberleşme ve savunma hakkı gibi hem bireysel hem de toplumsal yönü bulunan hakların kesiştiği bir alanın düzenleniyor olması da konuya ilişkin görüş farklılıklarını derinleştirmiş görünmektedir.

Bu sebeplerle, çalışmada Kanun'un müdafinin iletişiminin denetlenmesine ilişkin hükümleri, konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen görüşler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM-Mahkeme) kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Bu amaçla öncelikle, müdafii kavramı ve iletişimin denetlenmesine ilişkin temel kavramlara değinilecek, akabinde konu, “önleme amaçlı” ve “adli amaçlı” iletişimin denetlenmesi olarak ikiye ayrılarak incelenecektir. Adli amaçlı denetlenmenin müdafii ile şüpheli/sanık arasındaki iletişime uygulanabilirliği ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi ve özellikle anılan maddenin 2. fıkrası hükmü ile 136. maddeye göre ayrı ayrı incelenecektir. Bunun ardından da Kanunun bu konudaki düzenlemelerine temel teşkil eden AİHM'nin kararları incelenecektir. Böylelikle Mahkemenin konuya ilişkin yaklaşımı ile Kanunun düzenlemesi karşılaştırılacaktır.

## I. Müdafî Kavramı

Diyalektik bir süreç olarak nitelendirilen ceza muhakemesinin sacayaklarından birisi savunmadır. Savunma hakkı, Anayasal nitelikte bir haktır. 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde savunma hakkı düzenlenmiş, herkesin, meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde savunma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Öğretide Anayasa'nın bu hükmünün sadece şüpheli/sanığın savunma hakkının değil, müdafî kavramının da anayasal temelini oluşturduğu belirtilmektedir<sup>1</sup>.

Müdafî kavramı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>2</sup> (CMK) tanımlar başlıklı 2. maddesinde “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla müdafî ile kastedilen, savunma makamında yer alarak, soruşturma evresinde şüpheliye, kovuşturma evresinde ise sanığa hukuki bilgisi ile yardım eden avukatlık mesleği mensubu olan kişidir<sup>3</sup>. Bu kişinin vekil konumunda olan diğer avukatlardan farkı, hukuki statü olarak savunmasına yardım ettiği kişinin temsilcisi değil, yardımcı konumunda bağımsız bir adalet organı olmasıdır<sup>4</sup>. Bu nedenlerle, müdafinin, diğer avukatlar gibi hukuki temsilci değil, bir “adalet organı ve toplumsal savunma süjesi” olduğu belirtilmektedir<sup>5</sup>.

Müdafî vekil sıfatına sahip avukatlardan ayrı böylesi bir statü öngörülmesinin en önemli nedeni, sınırlı da olsa maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım yükümlülüğü altında olmasıdır. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına bütün toplumun yararı bulunmaktadır. Bir davanın sonunda maddi gerçeğe ulaşılarak doğru karar verilebilmesi ise, ancak iddiayı denetleyen bir savunmanın varlığı ile mümkün olabilecektir<sup>6</sup>. Aksi halde savunma tarafından denetlenmeyen iddia, iddia değil karar niteliğinde olacaktır<sup>7</sup>. Dolayısıyla bir iddiayı kelimenin tam anlamı ile iddia haline getiren ve anlamlı kılan; savunmanın varlığı olduğundan müdafinin iddia ve yargılama makamları ile hukuki yardımcısı olduğu sanıktan bağımsız bir süje olarak kabulü adil yargılanmanın sağlanmasına yönelik bir zorunluluğun sonucudur.

<sup>1</sup> **Nur Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, s.12, 13; **Hamide Zafer**, Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, s.270.

<sup>2</sup> 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>3</sup> **Centel**, Müdafî, s.10; **Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, s.218; **Bahri Öztürk /Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s.347; **Yener Ünver/Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s.230; **Cumhur Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2009, s.188; **Veli Özer Özbek/Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s.216; **S. Sinan Kocaoglu**, Müdafî, Ankara 2012, s.55.

<sup>4</sup> **Zafer**, s. 315 vd.; **Kocaoglu**, s.55.

<sup>5</sup> **Centel**, Müdafî, s.44, 48; **Kocaoglu**, s.78, 56.

<sup>6</sup> **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s. 212, 217; **Faruk Erem**, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1970, s.148.

<sup>7</sup> **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s. 211.

Müdafinin bu hukuksal konumunun sonucu olarak iki görevi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi şüpheliye/sanığa hukuksal yardımda bulunmaktır. Müdafinin görevini şüphelinin/sanığın savunma hakkını etkin bir biçimde kullanması amacıyla ona hukuki yardımda bulunarak gerçekleştirir. Zira hâkim ve savcılar gibi hukuk bilgisine sahip kişiler tarafından yürütülen ceza muhakemesi sürecinde, şüphelinin/sanığın savuma hakkını tam olarak kullanabilmesi, büyük ölçüde hukuk bilgisine sahip bir kişinin yardımı ile mümkün olabilecektir<sup>8</sup>.

İkinci olarak müdafinin, ceza muhakemesinde sadece şüpheliye/sanığa savunma hakkını kullanmasında yardım etmemekte, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında mahkemeye de yardımcı olmaktadır<sup>9</sup>. Bu nedenle de müdafinin görevini icra ederken muhakemenin her ne pahasına olursa olsun şüphelinin/sanığın lehine sonuçlanmaması için çalışmaz<sup>10</sup>. Bu durum müdafinin şüpheliye/sanığa hukuki yardım yükümünün sınırını oluşturur<sup>11</sup>.

Müdafinin savunma hakkına yardım etme görevi, onun, savcı, mahkeme, kolluk, baro, üçüncü kişiler ve medya karşısında; toplumsal savunma sujesi olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi ise, hukuki yardımcısı olduğu sanıktan bağımsız olmasını zorunlu kılmaktadır<sup>12</sup>. Bu zorunluluk hâkim ve savcılar gibi, muhakemenin şahıs değil makam itibarıyla sujesi<sup>13</sup> olan müdafinin, belli hak ve yetkilerin sahibi, yükümlülüklerin ise muhatabı olarak kabul edilmesine neden olmaktadır.

Kanun koyucu da ceza muhakemesindeki vazgeçilmez konumu nedeniyle, müdafilere bazı yasal korunma imkânları tanımıştır. Bunların en önemlileri koruma tedbirlerinin uygulanması açısından getirilen sınırlamalardır.

<sup>8</sup> Bu gerekliliğin gerekçeleri konusunda bkz. **Centel**, Müdafinin, s.7 vd; **Zafer**, s.288; **Kocaoglu**, s.63 vd.

<sup>9</sup> **Nur Centel/Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2011, s.166; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.217.

<sup>10</sup> Ancak belirtmek gerekir ki; müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardım görevi şüphelinin/sanığın yararları ile sınırlıdır. Bu nedenle müdafinin şüphelinin/sanığın yararına olmayacaksa maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme yükümlülüğü yoktur. Ancak buna engel olacak faaliyetlerde de bulunamaz. Bu konuda bkz. **Centel/Zafer**, s.198 vd.

<sup>11</sup> Bu sınırlar konusunda bkz. **Zafer**, s.10 vd.

<sup>12</sup> Müdafinin bağımsızlığı konusunda bkz. **Centel/Zafer**, s.171; **Öztekin Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s.608.

<sup>13</sup> **Centel/Zafer**, s.103; **Erem**, s. 69, 150; **Doğan Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s.150. Tosun müdafinin ile sanık arasındaki ilişkinin sui generis bir niteliğe sahip olduğu kanısındadır. Bkz. **Tosun**, s.623.

## II. Koruma ve Önleme Tedbirlerin Uygulanmasında Müdafiler Açısından Özellik Arz Eden Hususlar

### 1. Koruma ve Önleme Tedbiri Kavramları

Ceza muhakemesi, devletin kamu gücünü kullanarak birey hak ve özgürlüklerine müdahale ettiği bir süreçtir. Bu müdahalenin temelinde, devletin cezalandırma yetkisini doğru bir biçimde kullanmasını sağlayacak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik toplumsal faydanın, kişinin hak ve özgürlüklerinden daha öncelikli olduğu düşüncesi bulunmaktadır. Ceza muhakemesinde bireysel hak ve özgürlüklere yönelik devlet müdahalesinin somutlaştığı alanların başında ise, koruma tedbirleri gelmektedir<sup>14</sup>.

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin iki temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bir mahkûmiyet halinde verilecek hükmün infazı için, belli bir şüphenin varlığı üzerine, şüpheli veya sanığın hazır bulundurulması veya delillerin toplanması, muhafazası veya karartılmasını önlemek amacıyla, suçun işlenmesinden sonra ve hüküm kurulmasından önce başvuru, uygulanan kişinin bazı temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden ve bu nedenle orantılı olarak uygulanması gereken geçici nitelikteki tedbirlerdir<sup>15</sup>.

Koruma tedbirlerinin tâbi olduğu hukuki rejim, CMK'nın "Koruma Tedbirleri" başlıklı dördüncü kısmında düzenlenmiştir. Buna göre koruma tedbirleri; yakalama-gözetim (m. 90-99), tutuklama (m. 100-108), adli kontrol (m. 109-115), arama ve el koyma (m. 116- 134), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (m. 135-138), gizli soruşturmacı görevlendirme teknik araçlarla izleme (m.139-140)'dir. Bunların yanı sıra öğretilerde bazı yazarlar beden muayenesi, fizik kimliğin tespit edilmesi, yer gösterme gibi kanunda muhakeme/soruşturma işlemi olarak düzenlenmiş bazı uygulamaları da koruma tedbiri olarak nitelendirmektedir<sup>16</sup>.

Kanun koyucunun, güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi için, işlenmesinden önce suçu önlemek amacıyla başvurulmasını öngördüğü araştırma yöntemlerine ise "önleme tedbirleri" denmektedir. Koruma tedbirleri gibi kamu gücünün kullanılması yoluyla bir temel hakka müdahale edilmesini gerektiren bu tedbirleri, koruma tedbirlerinden ayıran temel özellik, henüz suç işlenmeden önce işlenmesini önlemek amacıyla başvuru tedbirler olmalarıdır<sup>17</sup>. Bu nedenle de önleyici tedbirler, gerek başvuru usulü ve gerekse de elde edilen sonuçların hukuki sonuçları açısından koruma tedbirlerinden farklıdır.

<sup>14</sup> Öztürk/Erdem, s.527; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.197.

<sup>15</sup> Koca, Yurtdışına Çıkarmama, s.161; Tosun, s.818; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.197; Ünver/Hakeri, s.347.

<sup>16</sup> Öztürk/Erdem, s.614; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Tepe, s.251.

<sup>17</sup> Önleme tedbirleri hakkında bilgi için bkz. Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1993, s.131; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s.247.

## 2. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Müdafı Hakkında Uygulanması

### a. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim ve bunun denetlenmesi şeklinde iki alt unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtası ile gönderilen işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü veriyi ifade eder<sup>18</sup>. İletişimin denetlenmesi kavramı ise, sayılan bu veriler üzerinde uygulanan tedbirleri ifade etmektedir. Bunların neler olduğu kanun koyucu tarafından CMK'nın 135. maddesinde sayılmıştır. Maddeye göre, iletişimin denetlenme şekilleri; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun tespitidir<sup>19</sup>.

Bu kavramlardan iletişimin tespiti, kişiler arasındaki iletişime müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçları ile arasındaki arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri<sup>20</sup>; İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla yapılan konuşmaların ve diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlar ile dinlenilmesi ve kayda alınmasını<sup>21</sup>; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, iletişimin içeriğine müdahale etmeden sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izleri tespit ederek bunlardan sonuçlar çıkarmayı<sup>22</sup>; mobil telefonun yerinin tespit edilmesi ise, kişinin yerinin tespit edilmesi amacıyla cep telefonu sinyal bilgileri vasıtasıyla kişinin telefonunun yerinin belirlenmesini ifade eder<sup>23</sup>.

İletişimin denetlenmesi, adli ve önleme amaçlı denetleme olmak üzere ikiye ayrılmakta, bu denetim türleri de kendi içlerinde amaç ve koşullar bakımından farklılıklar göstermektedir.

Bunlardan iletişimin adli amaçlı olarak denetlenmesi, hukukumuzda ilk olarak mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nda düzenlenmişti<sup>24</sup>. Ancak bundan önce de ülkemizde CMUK'un 91. maddesi dayanak

<sup>18</sup> Bu konuda bkz. 10/11/2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesi; 14.02.2007 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlar ile İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesi.

<sup>19</sup> **Centel/Zafer**, s.406; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.399.

<sup>20</sup> TİB Yönetmeliği madde 3/i.

<sup>21</sup> TİB Yönetmeliği madde 3/h.

<sup>22</sup> İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği madde 4/1.

<sup>23</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.399.

<sup>24</sup> **Nur Centel**, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan



gösterilerek dinleme kararları verilmektedir<sup>25</sup>. Günümüzde ise, CMK'nın 135, 136, 137 ve 138. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre iletişimin adli amaçlı olarak denetlenmesi, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti açısından bütün suçlarda, diğer denetleme şekilleri açısından ise, CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında sayılan suçlarda, suçun işlenmesine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararı ile delil elde etmek amacıyla başvurulmuş koruma tedbiri niteliği taşıyan denetlemeyi ifade eder<sup>26</sup>. Denetlemenin bu türüne bir ceza soruşturmasında sadece delil elde etme, yani maddi gerçeğe ulaşma amacıyla ve yalnız şüpheli/sanık hakkında başvurulur<sup>27</sup>. Ancak denetlenecek iletişim vasıta ya da vasıtalarının şüpheli/sanık adına kayıtlı olması gerekmez, onun tarafından kullanılıyor olması yeterlidir<sup>28</sup>.

Önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesinin hukuki dayanaklarını ise, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun ek 7. maddesi<sup>29</sup>, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesi<sup>30</sup> ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine ek 1. fıkrası oluşturmaktadır<sup>31</sup>. Anılan düzenlemelere göre, önle-

İletişimin Denetlenmesi”, Köksal Bayraktar Armağanı, Cilt 1, İstanbul 2010, s.163; **Hakan Hakeri**, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”, [http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16&Itemid=35](http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35), s.1; **Mustafa Ruhan Erdem**, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc), s.1.

<sup>25</sup> Bu konuda bkz. **Adem Sözüer**, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi” İÜHFİM C LV-S 3 (1997), s.77 vd.

<sup>26</sup> **Cumhur Şahin**, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.1-2, Yıl 2007, s.1097; **Erdem**, s.3; **Şen**, s.81; **Mehmet Saydam**, Ceza Muhakemesi Kanuna Göre İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2011, s.83; **Zeki Vatan**, İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009, s.67; **Seydi Kaymaz**, İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s.55 vd.

<sup>27</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.403.

<sup>28</sup> **Bıçak**, s.576; **İbrahim Şahbaz**, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009, s.116; **Vatan**, s.87.

<sup>29</sup> 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Madde şu şekildedir: “*Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdüğü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.*”

<sup>30</sup> 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>31</sup> 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Madde şu şekildedir: “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde*

me amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, suç işlenmeden önce, bilgi toplayarak CMK'nın 250/1. maddesinde sayılan suçların işlenmesini önlemek amacıyla başvurulabilen bir tedbirdir<sup>32</sup>. Ancak CMK'nın 250. maddesi, 6352 sayılı kanunun 105. maddesi ile ilga edildiğinden, önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, söz konusu kanunun ek 2. maddesinin 7. fıkrası gereğince TMK'nın 10. maddesinde sayılan suçlar açısından uygulama alanı bulabilecektir<sup>33</sup>.

Ayrıca koruma tedbiri niteliğindeki iletişimin denetlenmesinin aksine, bu tedbire başvurulması için gerekli olan şüphenin derecesi konusunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiş, yetki açısından ise, acele hallerde kurum amirlerinin yazılı izni ile de bu tedbire başvurulmasına imkân tanınmıştır<sup>34</sup>. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, içerik ve uygulanma bakımından ise, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile benzerlikler göstermektedir<sup>35</sup>.

## b. Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi

Müdafî, şüpheli/sanığın savunma hakkını kullanmasına teknik hukuk bilgisi ile yardımcı olan avukattır. Müdafî, avukat olması, savunma hakkının kullanımının bir parçası olması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında mahkemeye yardımcı olması nedeniyle muhakeme usulü açısından belli usuli güvenceler tanınmıştır. Bunlardan birisi de, müdafinin iletişiminin denetlenmesine yönelik yasaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; müdafinin iletişimin denetlenmesi bakımından getirilen yasak, sadece adli amaçlı denetim ile sınırlıdır. Zira kanun koyucu

*belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür."*

<sup>32</sup> Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi hakkında bkz. **Faruk Turhan/Muharrem Aksu**, "İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrazi/demokrazi27.pdf>, s.6 vd; **Handan Yokuş Sevük**, "Kolluk Tarafından Suçun İşlenmesini Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", TBB Dergisi Sayı 67, Yıl 2006, s.44 vd; **Ersan Şen**, Telefon Dinleme - Gizli Soruşturmacı - X Muhbir, Ankara 2010, s.64; **Vatan**, s.113; **Mehmet Yardımcı**, Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s.242, 245; Önleme ve adli amaçlı iletişimin denetlenmesinin karşılaştırılması için bkz. **Kaymaz**, s.58.

<sup>33</sup> 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>34</sup> **Kaymaz**, s.58; **Şen**, s.65.

<sup>35</sup> **Centel/Zafer**, s. 418; **Vatan**, s.113 vd.

önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinin kişi bakımından uygulanması için herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle müdafinin önleme amaçlı olarak iletişiminin denetlenmesi mümkündür<sup>36</sup>. Zaten henüz suç işlenmediği için bir şüpheli veya sanığın bulunmadığı bu aşamada, bir müdafinin varlığından da bahsedilemez. Buna karşılık kanun koyucu, müdafinin iletişiminin adli amaçlı olarak denetlenmesini, CMK'nın 136. maddesinde kimi durumlara özgü olarak yasaklamıştır. Müdafinin iletişiminin adli amaçlı olarak denetlenmesinin özel bir düzenleme ile yasaklanmasının, AİHM'nin konuya ilişkin kararları ile de uyumlu olduğunu belirtmek gerekir<sup>37</sup>.

#### **aa. Müdafinin Adli Amaçlı İletişiminin Denetlenmesi Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı**

Müdafie yönelik olarak getirilen iletişimin denetlenmesi yasağının kişi bakımından kapsamına, zorunlu ya da ihtiyari, müdafi sıfatı ile görev yapan bütün avukatlar girmektedir. Bu durum CMK'nın 135/2 ve 136. maddelerinde öngörülen yasakların kişi bakımından uygulanmasına iki açıdan sınırlama getirmektedir. İlk olarak yasak, sadece müdafilerin iletişimine yönelik olduğundan, muhakeme sürecinde müdafi olarak görev yapmayan avukatlar yasağın sağladığı güvencelerden yararlanamamaktadırlar. İkinci olarak, müdafil hakkındaki yasak yürüttüğü görevden dolayı kabul edildiğinden, müdafinin kendisinin bir suçun faili ya da şeriki olarak şüpheli veya sanık olduğu durumlarda 135. madde gereğince iletişimi denetlenebilmektedir<sup>38</sup>. Nitekim 136. maddenin gerekçesinde de avukatın kendisi suç işleme şüphesi altındaysa ve diğer dinleme koşulları varsa müdafilik görevi yapan kişinin iletişiminin denetlenebileceği belirtilmiştir.

#### **bb. Müdafinin Adli Amaçlı İletişiminin Denetlenmesi Yasağının Konu Bakımından Kapsamı**

Müdafinin adli amaçlı iletişiminin denetlenmesi yasağının konu bakımından kapsamını, yasak olan denetim şekilleri ve iletişim araçları oluşturur. Müdafinin iletişiminin denetlenmesine yönelik yasaklar, CMK m. 135/2 ve m. 136'da düzenlenmiştir. Ancak söz konusu maddeler de düzenlenen denetim yasağının uygulama alanı ve kapsamı farklıdır. Bu nedenle anılan maddeler ile getirilen yasakların ayrı ayrı incelenmesi yararlı olacaktır.

<sup>36</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.399; **Vatan**, s.122. Önleme amaçlı denetlemede edinecek bilgilerin delil olarak kullanılması mümkün olmadığından bu durum savunma hakkını ihlal edecek bir nitelik göstermez.

<sup>37</sup> AİHM'nin konuya ilişkin yaklaşımı konusunda bkz. **Yardımcı**, s.114; **Vatan**, s.33; **Hans Heiner Kühne**, "Avukat Telefonlarının Dinlenmesi", Çev. Hakan Hakeri, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (ss.99-109), Ankara 2004, s.99.

<sup>38</sup> **Öztürk/Erdem**, s. 637; **Saydam**, s.139.

### aaa. CMK m. 135/2 Gereğince Müdafinin İletişiminin Kayda Alınması Yasası

CMK'da müdafinin iletişiminin denetlenmesine ilişkin düzenlemelerin ilki, CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Fıkraya göre, “*şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir*”. Madde ile düzenlenen yasağın kapsamına, sadece müdafî değil, ister mesleki ister şahsi ilişkiden kaynaklansın “tanıklıktan çekinme hakkı olan herkes” girmektedir. Müdafî de CMK'nın 46/1-a maddesi gereğince mesleki nedenler ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğundan, fıkranın kişi bakımından kapsamına girmektedir<sup>39</sup>.

Düzenlemeye ilişkin olarak öncelikle söz konusu madde ile getirilen yasağın hangi iletişim araçlarını kapsayacağını üzerinde durulması gerekir. Belirtmek gerekir ki; CMK m. 135/2'de yer alan hükmün konusunu şüphelinin/sanığa ait olan iletişim araçları oluşturur. Bu nedenle şüphelinin/sanığın, müdafîye ait olan gerek sabit gerekse de mobil iletişim araçları ile kurduğu iletişim maddenin kapsamına girmektedir. Zira 136. maddede düzenlenen ve müdafinin belli yerlerde bulunan iletişim araçları hakkında denetleme kararı verilemeyeceğini belirten yasağın, müdafinin maddede belirtilen yerlerdeki iletişim araçları hakkında denetim kararı verilemeyeceğine ilişkindir. Dolayısıyla şüphelinin/sanığın hakkında denetim kararı verilen iletişim araçları ile müdafinin, örneğin bürosundaki telefonu ile yaptığı görüşme 135. maddenin 2. fıkrası hükümlerine tabi olacaktır.

Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak üzerinde durulması gereken diğer husus maddenin hangi denetim şekillerini yasakladığı ve serbest olan denetim şekilleri ile elde edilecek delillerin hukuki durumudur. Bu konuda dikkat çeken en önemli nokta, yasağın kapsamının 136. maddeye göre oldukça sınırlı olarak belirlenmiş olmasıdır. Zira maddeye göre, şüpheli/sanık ile tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler arasındaki iletişimin denetlenmesine yönelik olarak getirilen yasağın, sadece “kayda alma” ile sınırlıdır (CMK m. 135/2). Dolayısıyla madde örneğin müdafî ile şüpheli/sanık arasında yapılan iletişimin dinlenmesini veya tespitini yasaklamamaktadır<sup>40</sup>. Bu nedenle tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler ile şüphelinin/sanığın iletişiminin tespiti mümkün gözükmemektedir. Diğer bir söyleyişle mevcut düzenleme çerçevesinde anılan kişiler arasındaki iletişime ilişkin olarak kayda alma dışındaki denetim şekillerine başvurulmasında yasal bir emel bulunmamaktadır<sup>41</sup>. Kapsamın bu şekilde sınırlı tutulması, özellikle şüpheli/sanık ile müdafî arasında yapılan iletişime

<sup>39</sup> Soyaslan, s. 269.

<sup>40</sup> Öztürk/Erdem, s.634; İhsan Ali Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Denetlenmesi”, TBB Dergisi, Sayı 92, Yıl 2011, s.40.

<sup>41</sup> Aynı yönde, Öztürk/Erdem, s.634; Erdağ, s.40; Aksi görüş, Vatan, s.77.

yönelik olarak hangi denetim şekillerinin uygulanabileceğinin ve bu yolla elde edilecek delillerin hukuki durumunun tespiti açısından önem arz etmektedir.

Maddenin uygulanması açısından incelenmesi gereken denetim şekillerinin ilki, iletişimin dinlenmesidir. Dinlemeden kasıt, telefon, internet ve diğer iletişim araçları ile yapılan konuşmaların, kayda alınmadan, duyu organları vasıtasıyla eş zamanlı olarak takip edilmesidir<sup>42</sup>. Kanunun yasalaşması sürecinde, sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olanlar arasındaki iletişime yönelik olarak, hangi denetim şekillerine başvurulamayacağına ilişkin tartışmalar sırasında üzerinde en çok durulan denetim şekli iletişimin dinlenmesi olmuştur. Bilim komisyonunda yapılan tartışmalar sırasında hükmün amacı gereği, söz konusu kişiler arasındaki iletişiminin dinlenememesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, dinleme sırasında konuşan kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı olup olmadığıın tespitinin fiilen mümkün olmayacağı gerekçesi ile bu yönde bir yasak maddeye konul(a)mamıştır<sup>43</sup>. Dolayısıyla şüpheli/sanığın tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler ile ve bu arada müdafisi ile arasındaki iletişimin dinlenmesi mümkündür.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu şahıslar arasındaki iletişimin dinlenmesinin serbest olması, dinleme yoluyla elde edilecek delillerin muhakeme sürecinde kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Bu noktada iletişimin dinlenmesinin yasaklanmamasına ilişkin teknik gerekçenin, maddenin bu denetim şekline ilişkin uygulanması açısından temel hareket noktasını oluşturması gerektiği kanaatindeyiz. Zira madde kapsamında başvurulması mümkün olan denetim şekillerinin en azından bazılarının yasaklanmamasının temel nedeni, kanun koyucunun bu yolla elde edilecek delillerin kullanılmasını arzu etmesi değil, anılan denetim şekillerinin yasaklanmasının önünde bazı teknik engeller bulunmasıdır. Dolayısıyla konu değerlendirilirken burada serbest bırakılmaktan daha ziyade “yasaklayamamanın” söz konusu olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Yine dinleme tedbirinin uygulanması sonucu gerek doğrudan gerekse de dolaylı olarak elde edilecek delillerin hukuki durumunun tespiti açısından konunun, kanun koyucunun amacını esas alan bir yaklaşımdan hareketle değerlendirilmesi de doğru olacaktır. Zira öğretilerde belirtildiği üzere şüpheli/sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimseler arasındaki iletişimin kimi durumlarda denetlenmesini yasaklayan hüküm tanıklıktan çekinme hakkının uzantısıdır<sup>44</sup>. Bu hakkın temelinde ise, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında<sup>45</sup> da düzenlenmiş olan

<sup>42</sup> Centel, İletişim, s.175; Şahin, İletişim, s.1099.

<sup>43</sup> Ünver/Hakeri, s. 473; Hakeri, s.4; Kaymaz, s.182. En azından çalışma konumuz olan müdafii açısından anılan gerekçenin yeterli olmadığını bu nedenle müdafii açısından ayrı bir düzenleme yapılmasının daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

<sup>44</sup> Soyaslan, s.269; Ünver/Hakeri, s.473.

<sup>45</sup> AY 38/5 şu şekildedir: “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

susma hakkı ve “nemo tenetur se ipsum accusare/hiç kimse kendisini suçlamaya zorlanamaz” ilkesi bulunmaktadır. Bu ilke gereğince hiç kimse kanunda belirtilen yakınları aleyhine yürütülen bir ceza soruşturmasında, kendisini veya yakınlarını suçlamaya yarayacak beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaz<sup>46</sup>. Dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların iletişiminin denetlenmesinin yasaklanmaması, gerek doğrudan gerek dolaylı olarak bu yolla elde edilecek delillerin hukuken geçerli olduğunu ve ispat amacıyla kullanılabilceği anlamına gelmemektedir. Nitekim öğretilerde tanıklıktan çekinme hakkına sahip kimselerin iletişiminin dinlenmesinin “nemo tenetur se ipsum accusare” ilkesi ve susma hakkı nedeniyle hukuka aykırı olduğu, bu nedenle yasal olarak denetim yapılabilirse bile bu yolla elde edilen delillerin yasak ağacın meyveleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir<sup>47</sup>. Yargıtay 1. Ceza Dairesi de bir kararında, şüpheli/sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar arasındaki iletişimin kayda alınması suretiyle elde edilen delilin hukuka aykırı delil olduğunu ve hükme esas alınamayacağını belirtmiştir<sup>48</sup>: “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu hükümlerine göre, iletişimin tespiti sınırlı olarak sayılmış suç tipleri bakımından, sınırlı durumlarda yapılmaktayken, 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 18. maddesi uyarınca 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi ile yeniden düzenlenmiş, düzenleme ile iletişimin tespiti yapılabilecek suçların sayısı artırılmış, bu suçlar arasında 5237 sayılı TCK'nın 81, 82 ve 83. maddelerindeki öldürme suçları da dâhil edilmiş, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise “şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir” hükmüne yer verilmiştir. Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlhan ile 5271 sayılı CMK'nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrerem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kanun dışı elde edilmiş delillerle, T.C. Anayasası'nın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca, ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2006 gün, 2006/5 MD-154 Esas-2007/145 Karar, 14.04.2006 gün, 2007/5 MD-23 Esas-2007/167 Karar ve 22.01.2008 gün, 2007/5 MD-101 Esas-2008/3 Karar numaralı ilamı da dikkate alınarak, mahkûmiyet yönünde hüküm kurulamadığı, ... gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...”.

<sup>46</sup> İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver/Hakeri, s.79; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.66

<sup>47</sup> Ünver/Hakeri, s. 473. Aynı yönde, Soyaslan, s.269.

<sup>48</sup> Yargıtay 1. CD'nin 13.10.2009 tarih ve 5855 sayılı kararı. Karar, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

Sonuç olarak, müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki görüşmelerin dinlenebilmesi CMK m.135/2 çerçevesinde mümkün olsa da, bu görüşmelerden elde edilebilecek bilgiler ya da bu bilgiler kullanılmak suretiyle elde edilen dolaylı (örneğin; elde edilen bilgilerle yapılan bir arama neticesinde) deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olduğundan yargılamada kullanılamazlar<sup>49</sup>.

Maddeye ilişkin olarak incelenmesi gereken diğer denetim şekilleri, iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespitidir. Bunlardan mobil telefon ile yapılan iletişimin tespiti açısından müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin tespitini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca öğretide de belirtildiği gibi sanığın iletişimi tespit edildiği anda otomatik olarak karşı tarafın da iletişimi tespit edilmiş olacağından bu tedbirin yasaklanmasının önünde teknik engeller de bulunmaktadır<sup>50</sup>. Ancak bu durum nedeniyle söz konusu bilgilerin muhakeme sırasında delil olarak kullanılmasının AİHM'in konuya ilişkin içtihatları ve meslek sırrı kavramı ile uyumlu olmayacağını belirtmek gerekir<sup>51</sup>. Bu nedenle kanaatimizce müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki iletişiminin tespiti sonucu elde edilecek delillerin, yargılamada kullanılmaması doğru olacaktır.

Sinyal bilgilerinin denetlenmesi ise, ancak şüphelinin/sanığın mobil iletişim araçları hakkında başvurulabilecek bir tedbirdir. Bu nedenle şüpheliye/sanığa yüklenen bir suç nedeniyle müdafinin mobil iletişim araçları hakkında anılan tedbire başvurulması mümkün değildir.

Şüpheli/sanığın yerinin belirlenmesi için müdafinin mobil telefonunun yerinin tespiti ise mer'î mevzuat açısından mümkün gözükmemektedir. Zira mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin olarak CMK m. 135/4'de yapılan düzenlemenin ilk halinde, tespit yapılacak telefon için aranılan şüpheli/sanık tarafından kullanılıyor olma şartı, kanun koyucu tarafından maddeden çıkarılmıştır<sup>52</sup>. Bu sebeple mevcut düzenleme çerçevesinde şüpheli/sanığın yerinin tespiti için, müdafî dâhil olmak üzere tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin mobil telefonlarının yerinin tespit edilebileceğini söylemek doğru olacaktır<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Aynı yönde **Centel**, İletişim, s.178; **Ünver/Hakeri**, s. 473.

<sup>50</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.404. Bu konuda ayrıca bkz. **Kaymaz**, s. 182.

<sup>51</sup> AİHM, 2 Ağustos 1984 tarihli Malone/Birleşik Krallık kararında "telefon kayıtlarının izlenmesi, doğası gereği, bir gerekçesi olmazsa demokratik bir toplumda gayrimeşru ve arzu edilmeyen bir uygulamaya olan haberleşmenin dinlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Ancak Mahkeme, hangi şartlarda ve amaçla olursa olsun, telefon kayıtlarını izleyerek elde edilen bilgilerin kullanılmasının 8. madde kapsamında sorun yaratmayacağını kabul edemez. Telefon kayıtları, özellikle aranan numaralar gibi, telefonla haberleşmenin önemli bir unsuru olan bilgiler içerir. Bunun sonucu olarak, abonenin rızası olmadan söz konusu bilgilerin polise verilmesi de Mahkeme'nin görüşüne göre 8. madde kapsamında teminat altına alınan hakka yönelik bir müdahaledir". Karar için bkz. **Gilles Dutertre**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2007, s.308. Dolayısıyla AİHM açısından iletişim bilgileri de haberleşme kavramının içerisine girmektedir.

<sup>52</sup> 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılması Dair Kanun'un 17. maddesi.

<sup>53</sup> **Öztürk/Erdem**, s.636, 637; **Saydam**, s.137; **Kaymaz**, s.183, 184.

Hemen belirtmek gerekir ki; öğretilerde bazı yazarlar, CMK'nın 136. maddesindeki düzenleme ve bu düzenlemenin temelini oluşturan savunma hakkı karşısında, müdafinin mobil telefonuna ilişkin olarak bu tedbire başvurulamayacağı kanaatinde-dir<sup>54</sup>. Ancak 136. maddenin mobil telefonlara da uygulanabileceği kanaatinde olmadığımdan bu görüşe katılmıyoruz<sup>55</sup>. Zira CMK m.135/4'de mobil telefonun yerinin tespitine yönelik özel düzenleme yapılmasının amacının, kişi bakımından herhangi bir sınırlama yapılmaksızın mobil telefonun yerinin tespiti suretiyle şüpheli/sanığa ulaşmayı sağlamak olduğu gerçeği, böylesi bir yorumu gerekli kılmaktadır<sup>56</sup>.

Sonuç olarak mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde CMK m.135/2 gereğince müdafii ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını ve eğer fark edilmeden kayda alınmış ise bu kayıtların derhal imha edileceğini belirtmek gerekir<sup>57</sup>. Bunun dışında CMK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen iletişimin denetlenmesi şekillerinden dinleme ve iletişimin tespitinin, 136. maddedeki yasağın kapsamına girmediği sürece müdafii ile yapılan iletişim hakkında da uygulanabileceği, ancak dinleme tedbiri neticesinde elde edilecek gerek doğrudan gerekse de dolaylı delillerin hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu için muhakeme sırasında kullanılamayacağı düşüncesindeyiz. Yine müdafii ile şüpheli/sanık arasındaki iletişim kayıtları da delil olarak kullanılmamalıdır. Şüpheliye/sanığa yüklenen bir suç dolayısıyla müdafinin mobil iletişim araçları hakkında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine ise başvurulamaz. Ancak CMK m.135/4'de düzenlenen şüphelinin/sanığın yerinin tespiti amacıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine, müdafinin mobil iletişim araçları hakkında başvurulabilmesinin önünde mevzuat açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

### **bbb. CMK m.136. Gereğince Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi Yasağı**

Hukukumuzda müdafinin iletişiminin denetlenmesine ilişkin ana düzenlemeyi CMK'nın 136. maddesi oluşturmaktadır. Bu hükme göre: “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.*” Söz konusu madde

<sup>54</sup> Aksi görüşte, **Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s.253; **Şen**, s.164; **Kaymaz**, s. 184.

<sup>55</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki; savunma hakkı sınırsız bir hak değildir. Bir hukuk devletinde savunma hakkının kullanımının da sınırları bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Zafer**, s. 10 vd.

<sup>56</sup> 01.06.2005 tarih 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5353 sayılı Kanun'un değişiklik gerekçesi. Aynı yönde **Şahin**, İletişim, s.1101, 1102; **Kaymaz**, s.183, 184.

<sup>57</sup> Belirtmek gerekir ki; iletişimin dinlenmesi ispat açısından tek başına bir değer ifade etmediğinden uygulamada dinleme delil değeri taşıması kaygısıyla doğrudan kayda alınmaktadır. Bu nedenle uygulama açısından daha çok kayda alınan dinleme kayıtlarının imhası söz konusu olacaktır. Nitekim bu nedenle öğretilerde bazı yazarlar dinleme ve kayda almanın birlikte değerlendirilmesi kanaatinde-dir. Bu konuda bkz. **Öztürk/Erдем**, s.638; **Şahin**, İletişim, s.1099; **Bıçak**, s.575.



ile müdafinin şüpheli/sanık ile arasındaki iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından metinde sayılan üç yerde (müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerinde) bulunan telekomünikasyon araçları hakkında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Oldukça sınırlayıcı olarak kaleme alınmış bu düzenlemede dikkat çeken ilk husus, maddede belirtilen yerlerde bulunan telekomünikasyon araçları hakkında CMK'nın 135. maddesinde öngörülen iletişimin denetlenmesi şekillerinden hiçbirisine başvurulamayacağına hükme bağlanmış olmasıdır<sup>58</sup>. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; kanunda düzenlenmemiş olsaydı bile zaten sabit nitelikte olan bu araçlar hakkında fiilen mobil telefonun yerinin tespiti ya da sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulması mümkün olmazdı.

Maddeye ilişkin olarak dikkat çeken diğer bir husus ise, genel bir hüküm ile müdafii ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin denetlenmesinin yasaklanmasına ilişkin mekân ve araç farkı gözetmeyen bir düzenleme yapılmak yerine, müdafinin iletişiminin denetlenmeyeceği yerlerin isimlerinin tahdidi olarak sayılmış olmasıdır<sup>59</sup>. Bu durum maddeye ilişkin olarak, özellikle müdafinin mobil iletişim vasıtaları (örneğin tablet bilgisayar kullanılarak internet üzerinden yapılan konuşmalar) ile yaptığı iletişimin denetlenip denetlenmeyeceği tartışmasını beraberinde getirmiştir.

Bazı yazarlar, maddede bahsedilmese de, maddenin mobil iletişim vasıtaları ile yapılan iletişimi de kapsadığı kanaatindedir. Bu görüşe göre, hükmün getiriliş amacı, müdafinin şüpheli/sanık ile arasındaki iletişimin denetlenemeyeceğini belirtmektir. Bu nedenle maddede mobil iletişim araçlarından bahsedilmeyerek sadece müdafinin konutu, bürosu ve yerleşim yerindeki iletişim araçlarından bahsedilmiş olsa da, madde mobil araçları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır<sup>60</sup>.

Öğretideki bir diğer görüş ise, maddede hatalı da olsa mobil iletişim vasıtalarından bahsedilmediği için, bu vasıtaların madde kapsamında olmadığı kanaatinde<sup>61</sup>. Dolayısıyla bu görüşe göre, müdafinin mobil iletişim vasıtaları ile yapılan görüşmeleri hakkında CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Kanaatimizce birinci görüş müdafii ile sanık arasındaki ilişkinin niteliği ve olması gereken hukuk açısından tercihe şayan olsa da, mevcut yasal durum karşısında ikinci görüşün kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Zira öncelikle, 136.

<sup>58</sup> Centel, İletişim, s.178.

<sup>59</sup> Kaymaz, s.186. Ancak Centel/Zafer'e göre (s.414), iletişimin denetlenmesi tedbirinin konusu sadece şüpheli/sanığın telekomünikasyon araçları olabileceğinden dolayı 136. madde hükmü sadece şüpheli/sanık ile müdafinin iletişiminin kayda alınamayacağını göstermeye yönelik bir hükümdür.

<sup>60</sup> Centel/Zafer, s. 414; Toroslu/Feyzioglu, s. 253; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.405; Şen, s.164; Yardımcı, s. 214.

<sup>61</sup> Centel, İletişim, s.179; Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 272; Ünver/Hakeri, s.485; Kaymaz, s.186; Erdağ, s.41.

maddenin lafzına bakıldığına maddenin uygulama alanı olarak müdafie ait belli yerleri tahdidi olarak belirlediği görülmektedir. Kanun koyucunun mobil iletişimin denetlenmesini bir unutkanlık eseri olarak kanuna koymadığına ilişkin hazırlık çalışmalarında da bir bulgu olmadığından bu durumda kıyas yapılarak bu boşluğun doldurulması veya düşünülmemeyen bir durumun var olduğundan hareketle amaca göre yorum ile hükmün kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Bu sebeple CMK'nın 136. maddesinde düzenlenen müdafinin iletişiminin denetlenmesine yönelik yasağın, sadece maddede sayılan yerlerde bulunan iletişim araçları hakkında uygulanabileceği kanaatindeyiz<sup>62</sup>.

Bu çerçevede müdafinin iletişiminin denetlenmesi bakımından mer'i mevzuata göre durumun şu şekilde açıklanması mümkündür: Öncelikle kanun koyucunun bu konudaki temel yaklaşımının 136. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, şüpheli veya sanık ile müdafinin haberleşmesinin denetlenmesini engellemek olduğunu belirtmek gerekir. Ancak haberleşmede kullanılan vasıtaların nitelik farklılığı nedeniyle Kanun koyucu sabit telefon hatlarının belirlenmesinde teknolojik kolaylık nedeniyle müdafie ait olduğu bilinen yerlerdeki vasıtalar ile yapılan iletişimin hiçbir suretle denetlenemeyeceğini belirterek, CMK m.135/2'nin aksine bu vasıtalar hakkında kaydetmenin yanında dinleme tedbirinin de uygulanamayacağını kabul etmiş gözükmektedir. Böylelikle de müdafinin iletişiminin herhangi bir şekilde denetlenmesi ihtimali mümkün olduğunca daraltılmaya çalışılmıştır. Kanun koyucunun müdafie ait yerlere ilişkin iletişim yasağına yönelik ayrıca ve açıkça düzenleme yapmasında AİHM'nin Kopp/İsviçre kararının da etkili olduğu düşünülebilir<sup>63</sup>. Zira 136. maddenin lafzı şüpheli/sanık ile müdafinin iletişiminin denetlenmesini yasaklamaktan ziyade, müdafie ait yerlerdeki araçlar ile yapılan iletişimin denetlenmesini yasaklamayı amaçlayan bir hüküm görünümündedir. Bu tutum ise, AİHM'nin aşağıda inceleyeceğimiz Kopp kararında vurguladığı hususlar ile paralellik göstermektedir.

Mobil iletişim araçlarının sahipliğinin her durumda belirlenmesinin mümkün olmaması, farklı kişilere ait mobil iletişim vasıtaları üzerinden yapılan iletişimlerde anlık olarak tarafların belirlenmesinin zor olması gibi nedenler, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan diğer kişiler gibi, müdafie açısından da konunun CMK'nın 135. maddesinin 2. fıkrası kapsamında ele alınmasını gerekli kılmış gözükmektedir. Mobil telefonun yerinin tespiti ise, muhtemelen haberleşme olarak değerlendirilmediğinden kapsam dışında bırakılmıştır. Zira 135. maddenin 4. fıkrasının amir hükmü gereğince bu tedbire ancak şüpheli ve sanığın yakalanması için başvurulmaktadır. Muhtemelen kanun koyucu bir müdafinin kanun mercilerinden kaçan bir şüpheli/sanığa yardım etmesini savunma hakkı ve müdafie için öngördüğü hukuksal konum ile bağdaşmayacağını düşündüğü için, mobil telefonun yerinin tespitini de-

<sup>62</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 272; Ünver/Hakeri, s. 485; Kaymaz, s.186; Saydam, s.137.

<sup>63</sup> 25 Mart 1998 tarihli Kopp/İsviçre kararı, Karar için bkz. Kühne, s.99.

netim yasağının kapsamı dışında bırakmayı tercih etmiştir<sup>64</sup>. Ancak bu yaklaşımın AİHM'nin konuya ilişkin yaklaşımı ile tam olarak örtüştüğünü söylemek mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak mer'î mevzuat açısından müdafinin, maddede belirtilen yerlerdeki sabit iletişim araçları ile gerçekleştirdiği iletişimin denetlenmesi, 136. maddeye göre yasaktır. Mobil iletişim cihazları ile yapılan haberleşme ise, muhtemelen teknik nedenler ile 136. maddede düzenlenmemiştir. Bu nedenle 135. maddenin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi doğru olacaktır. Buna göre de, mevcut mevzuat çerçevesinde şüpheli/sanık ile iletişimi bağlamında müdafinin müdafî ile ilgili olarak iletişimin tespiti, mobil telefonun yerinin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı verilmesi mümkündür.

### III. AİHM'nin Konuya İlişkin Yaklaşımı

#### 1. Genel Olarak

AİHS, 1982 Anayasasınının 90. maddesinin son fıkrası gereğince, iç hukuk normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alan uluslararası bir sözleşmedir. Bu nedenle Sözleşme'nin denetim organı olan AİHM'in kararlarının da iç hukuk organları üzerinde bağlayıcı etkisi bulunmaktadır. Nitekim CMK'da iletişimin denetlenmesine ilişkin yapılan düzenlemelerde AİHS hükümleri ve AİHM kararları esas alınmış olması bu durumun bir sonucudur<sup>65</sup>. Bu nedenle konuya ilişkin olarak AİHM'in yaklaşımının incelenmesi de faydalı olacaktır.

AİHM'nin iletişimin denetlenmesine yönelik içtihatlarının dayanağını Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ve aile yaşamının korunması hakkı ve bu hakkın bir unsuru olan haberleşme hürriyeti oluşturmaktadır. Bu durum Mahkeme'nin, haberleşme kavramını sadece sözlük anlamındaki gibi "yazışma" değil, her çeşit yöntem ve araç ile bu arada telefon, e-posta, teleks gibi araçlarla gerçekleştirilen iletişim şeklinde yorumlamasının doğal bir sonucudur<sup>66</sup>. Ancak özellikle şüpheli/sanık ile müdafinin iletişiminin denetlenmesi söz konusu olduğunda, bireysel haberleşme hürriyetinin yanı sıra, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan şüphelinin/sanığın avukatıyla özgürce ve denetimsiz olarak haberleşme

<sup>64</sup> Aynı yönde bkz. **Kaymaz**, s.186; **Saydam**, s.137.

<sup>65</sup> CMK'nın 135. maddesinin gerekçesinde bu durum "Tasarı, ... Türk usul hukukundaki bu önemli boşluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına uygun olarak doldurmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>66</sup> Bu konuda bkz. Mahkeme'nin 12 Temmuz 1978 tarihli Schenk/İsviçre kararı, prg.43-44 ve 6 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararı, prg. 10-11. Ayrıca **A.Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2007, s.341; **Ursula Kilkelly**, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, s.19; **Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/ R.Murat Önok**, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2009, s.348.

hakkı da konunun hukuki temellerinden birisini oluşturmaktadır<sup>67</sup>. Zira şüpheli/sanık ile müdafî arasında iletişim vasıtaları kanalıyla gerçekleştirilen görüşmeler ile yüz yüze gerçekleştirilen görüşmelerin, savunma hakkı açısından, bir farkı bulunmamaktadır.

AİHM'ye göre iletişimin denetlenmesi amacıyla yapılan bir müdahalenin Sözleşme ile korunan haberleşme hürriyetini ihlal etmemesi için bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir<sup>68</sup>. İlk olarak, haberleşme hürriyetine müdahale teşkil edecek böylesi bir müdahale kendisini meşru kılacak bir sebebe dayanmalıdır<sup>69</sup>. Zira AİHS ile koruma altına alınan bir hakkın sınırlanması, o maddede öngörülen sınırlama sebeplerinden birisinin veya Sözleşme'nin 15. maddesinin kapsamına giren bir durumun varlığı halinde mümkün olmaktadır.

İkinci olarak, Mahkeme'ye göre, kişilerarası haberleşmeye müdahale edilebilmesi için müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması, kanunda öngörülen şekilde ve başvurulmuş amaçla orantılı olarak uygulanması gerekir<sup>70</sup>. Dolayısıyla müdahaleyi meşru kılacak unsurlardan birisi, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli (necessary) olmasıdır. Hemen belirtmek gerekir ki; Mahkeme, gereklilik kavramının içeriğini tanımlamamıştır. Verilen kararlarda gereklilik, acil bir sosyal ihtiyaca cevap verme çabası olarak değerlendirilmiş ve maddede geçen "gerekli/necessary" ifadesinin "kabul edilebilir/admissible", "sıradan/ordinary", "makul/reasonable" ya da "arzu edilebilir/desirable" sıfatlarının taşıdığı esnekliği taşımadığı ve "zorunlu/indispensable" ile de eş anlamlı olmadığı belirtilmiştir<sup>71</sup>. Dolayısıyla so-

<sup>67</sup> AİHM'nin 28 Kasım 1998 tarihli S/İsviçre davasında verdiği karar bu açıdan oldukça önemlidir. Mahkeme anılan kararında gözetimdeki avukatıyla denetimsiz olarak görüşme imkânı bulamayan sanığın durumunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtirken bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Mahkeme, sanığın avukatıyla üçüncü bir kişinin kendilerini dinlemediği bir ortamda iletişim kurma hakkının demokratik bir toplumda adil bir yargılanmanın temel gereklerinden biri ve AİHS'nin 6. maddesinin 3-c bendinin 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." **Dutertre**, s.266. Yine avukat telefonlarının dinlenmesine ilişkin 25 Mart 1998 tarihli Kopp/İsviçre kararında Yargıç Pettiti'nin yazdığı gerekçede de: "Kanaatimce, kararın 72. numaralı paragrafında meslek sırrının ağır ihlaline de işaret edilmeliydi", denerek bu duruma dikkat çekilmiştir. Bkz. **Kühne**, s.104.

<sup>68</sup> **Sözür**, s.74 vd. 17 Temmuz 2003 tarihli Craxi/İtalya kararı, prg.58: "Böyle bir müdahale, aynı maddenin 2. paragrafındaki hukuksal amaçların bir ya da bir kaçını taşımıyor ise, 'yasal bir hükme dayanmıyor ise' veya 'demokratik toplumun gerektirdiği' ile orantılı değil ise 8.madde hükmüne aykırı sayılacaktır." Ayrıca bkz. 23 Eylül 1998 tarihli Petra/Romanya, prg.36.

<sup>69</sup> Müdahaleyi haklı kılacak bu sebepler Sözleşme'nin 8. maddenin 2. fıkrasında ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işleminin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak sayılmıştır.

<sup>70</sup> **Kilkelly**, s.31; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s.276.

<sup>71</sup> Handyside/Birleşik Krallık Kararı, prg.48-49. Mahkeme gereklilik ifadesini 24 Mart 1988 tarihli Olsson/İsveç kararında ise, "gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu ima etmektedir." şeklinde yorum-

mut olayda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğinin değerlendirilmesi ve zorlayıcı sosyal bir ihtiyacın (pressing social need) varlığının belirlenmesi açısından kısmen sınırlayıcı bir yaklaşımın söz konusu olduğu söylenebilir. Buna göre Mahkeme, anılan unsurları değerlendirmeyi ulusal takdir marjı yaklaşımı çerçevesinde devletlerin insiyatifine bırakmakta ve somut olayda takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir<sup>72</sup>. Bu denetim sırasında ise Mahkeme, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli sayılması için, müdahaleyi gerekli kılan zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın varlığını, ihtiyacın varlığını kanıtlayan makul ve inandırıcı gerekçeler ile başvuru tedbirle ihtiyaç arasında ölçü olmasını ayrıca bireysel ve genel yarar arasında denge bulunmasını gibi hususların varlığına bakmaktadır<sup>73</sup>. Mahkeme müdahalenin meşruluğu açısından varlığını gerekli gördüğü unsurlardan “orantılılığı” ise, genel olarak birey hakları ile devletin çıkarlarının denetlenmesi olarak ele kabul etmektedir<sup>74,75</sup>.

Üçüncü olarak, Mahkeme’ye göre, kişilerin iletişimine yönelik yapılacak bir müdahalenin meşru sayılması için “kanuna dayanması” gerekmektedir<sup>76</sup>. Bundan

---

lamıştır. Bu konuda bkz. **Kilkelly**, s.32. Mahkeme, 2 Ağustos 1984 tarihli Malon/Birleşik Krallık kararında ise (prg.81), suç artışı, örgütlü suçların fazlaşmasını, suçluların tecrübelerinde ve hızlarındaki artışı telefon dinlemeyi gerekli kılan sosyal ihtiyaçlar olarak belirtmiş, böylesi bir ihtiyaç üzerine yapılacak dinlemenin demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görülmesi için kötüye kullanmaya karşı güvenceler içermesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. (Karar, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bankasından alınmıştır.) Yine Mahkeme 6 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararında da (prg. 48-50), istihbarat ve terörizm faaliyetlerindeki artışı müdahaleyi gerekli kılan sosyal ihtiyaçlar olarak kabul etmiş ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğunun kabul edilmesi için kötüye kullanmaya karşı gerekli önlemlerin alınmış olması gerektiğini belirtmiştir. (Karar, Sinerji Mevzuat ve İçtihat programından alınmıştır.)

<sup>72</sup> **Sözüer**, s.74; **Kilkelly**, s.32; **Yardımcı**, s.140; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s.277. Mahkeme müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini incelerken, müdahaleyi gerekli kılan zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç, ihtiyacın varlığını kanıtlayan makul ve inandırıcı gerekçe, başvuru tedbir ile ihtiyaç arasında ölçü olmasını ayrıca bireysel ve genel yarar arasında denge bulunmasını aramaktadır.

<sup>73</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.378, 380.

<sup>74</sup> **Kilkelly**, s.33; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 380.

<sup>75</sup> Mahkeme’nin 18 Şubat 2003 tarihli Bugallo/İspanya kararı kararının gerekçesinde yer verdiği İspanyol Yüksek Mahkeme’sinin orantılılığa ilişkin yaptığı; “*Burada uygulanan güvenlik önlemleri ile izlenen amaç arasında bulunan orantılılık ilişkisine dikkat etmek gerekmektedir. (...) Temel hak ve özgürlüklerin teminatı olan hakim; soruşturmanın, dava sürecinin ve gerektiğinde mahkumiyetin objektif meşruiyetinin, kişinin onuru, özel hayatı ve özgürlüğü kadar önemli olan istisnai durumlarda imtiyazın fedakarlığı kadar değerli olup olmadığını araştırırken, her bir ihlali kendi muhtevası içinde incelemesi ve kurala bağlaması gerekmektedir.*” şeklindeki açıklama Mahkeme’nin konuya ilişkin yaklaşımını da ifade etmektedir. (Karar, Sinerji Mevzuat ve İçtihat programından alınmıştır.)

<sup>76</sup> Bu konuda bkz. 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin/Fransa; 20 Nisan 1990 tarihli Huvig/Fransa; 4 Mayıs 2000 tarihli Rotaru/Romanya; 2 Ağustos 1984 tarihli Malone/Birleşik Krallık ve 06 Ağustos 1978 tarihli Klass ve Diğerleri/Almanya kararları. Bu konuda ayrıca bkz. **Feridun Yenisey/Sinan Altunç**, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15125>; **Sözüer**, s.75.

kasıt, bireylerin iletişimine müdahalenin şartlarını düzenleyen yasama organı tarafından kabul edilmiş bir yasanın varlığı ve müdahalenin söz konusu yasal düzenleme çerçevesinde yapılmasıdır<sup>77</sup>. Aksi halde, böylesi bir yasal dayanak olmadan yapılan müdahaleler Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmektedir. Örneğin AİHM, Khan/Birleşik Krallık davasında İngiltere'yi, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmaması, konunun yasal bağlayıcılığı olmayan ve halkın doğrudan ulaşımına açık bulunmayan İçişleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlenmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesini ihlalden mahkûm etmiştir<sup>78</sup>. Dolayısıyla Mahkeme'nin temel bir hakka müdahale teşkil eden haberleşmeye müdahale açısından kanunilik ilkesini benimsediğini ve müdahalenin şartlarının idare tarafından belirlendiği durumları 8. maddenin ihlali olarak kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yine verdiği kararlardan Mahkeme'nin yapılan müdahalenin yasal temeli olmasını, işlemin hukuka uygunluğu açısından da gerekli gördüğü anlaşılmaktadır<sup>79</sup>. Bu husus özellikle elde edilecek delillerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır.

Yine bu konuda, AİHM'nin müdahalenin meşru sayılması açısından şeklen bir kanunun varlığını yeterli görmediğini de belirtmek gerekir. Buna göre, yapılacak müdahalenin ihlale neden olmaması için, dayanak kanun, yetkililerin müdahale yetkilerini kötüye kullanmalarını önleyecek bazı hususları açıkça düzenlemiş olmalıdır<sup>80</sup>. Mahkeme'ye göre, bir yasal düzenlemenin belirlilik ve açıklık koşullarını yerine getirmiş sayılması için, denetlemenin hangi durumlarda veya suçlara ilişkin olarak yapılacağı, müdahale şekilleri, kapsamı, süresi, emri vermeye yetkili merci, izlenecek usul, uygulayacak birimler ve denetimin sonunda elde edilen verilerin akıbetinin ne olacağı gibi hususları hükme bağlamış olması gerekir<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> **Kilkelly**, s.25; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s.348.

<sup>78</sup> 12 Mayıs 2000 tarihli Khan/Birleşik Krallık kararı. Karar için bkz. **Kilkelly**, s.26.

<sup>79</sup> 1 Temmuz 2003 tarihli Y.F./Türkiye kararı, prg.41-42: "*Mahkeme, ilk olarak, müdahalenin "hukuka uygun olup olmadığını" değerlendirir. Burada, öncelikli olarak, yapılan işlemin iç hukukta yasal temellerinin olup olmadığı değerlendirilmelidir*". Bu konuda ayrıca bkz. 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin/Fransa; 20 Nisan 1990 tarihli Huvig/Fransa kararları. Mahkeme denetimin hukuka uygunluğu açısından gereken şartları ise 25 Mart 1998 tarihli Kopp/İsviçre kararında: "*Müdahalenin hukuka uygun olması için, (1) iç hukukta bir dayanağının olması, (2) bu dayanağın erişilebilir olması, (3) müdahalenin hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu olması ve son olarak (4) uygulanan tedbirlerin anlam ve niteliği hususunda hukukun "rahmin edilebilir" (önceden bilinebilir) olması gerekmektedir*." sözleri ile ifade etmiştir. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat programından alınmıştır.

<sup>80</sup> Örneğin; Mahkeme, 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin/Fransa; 20 Nisan 1990 tarihli Huvig/Fransa kararlarında, Fransa'yi konuyu düzenleyen yasal mevzuatın bulunmaması nedeniyle değil, mevzuatın kötüye kullanımları önleyecek yeterli garantileri içermemesi nedeniyle mahkûm etmiştir. Bu konuda bkz. **Yardımcı**, s.133. Ayrıca bkz. 30 Temmuz 1998 tarihli Valenzuela Contreras/İspanya kararı; 18 Şubat 2003 tarihli Bugallo/İspanya kararı; 24 Ağustos 1998 tarihli Lambert/Fransa kararı; 25 Haziran 1997 tarihli Halford/Birleşik Krallık kararı. Bu konuda ayrıca bkz. **Yenisey/Altunç**, s.1302 vd.

<sup>81</sup> Mahkeme 30 Temmuz 1998 tarihli Valenzuela Contreras/İspanya kararında, İspanyol hukukunda bu alanda yetkililerin takdir yetkisini kullanma genişliğinin ve özelliklerinin yazılı veya yazısız

## 2. Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi Bakımından

AİHM'nin avukatın telefonlarının dinlenmesi açısından bilinen tek kararı Kopp/İsviçre kararıdır<sup>82</sup>. Ancak anılan karar da, müdafinin şüpheli/sanık ile iletişiminin denetlenmesine değil casusluk şüphesi ile bir avukatlık bürosunun telefonlarının, üçüncü kişi olarak dinlenilmesine ilişkindir. Söz konusu kararında Mahkeme, 8. maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle İsviçre'yi mahkûm etmiştir.

Söz konusu davada karar tarihinde faaliyette bulunan Komisyon, avukat bürosundan yapılan bütün görüşmelerin mesleki nitelikte olduğunu, bu nedenle dinlenmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>83</sup>. Davayı inceleyen Mahkeme ise, konuyu öncelikle avukat - müvekkil ilişkisi çerçevesinde ele almıştır. Mahkeme'ye göre, avukatlar ile müvekkilleri arasında ayrıcalıklı bir profesyonel mesleki ilişki bulunmaktadır. Uygulamada avukatların sahip olduğu mesleki ayrıcalığın avukat - müvekkil ilişkisi ile sınırlı olduğu belirtilmektedir. Ancak böylesi bir kabul halinde iletişimin denetlenmesine imkân veren kanuni düzenlemede somut olayda bu ayrımın kim tarafından, hangi şartlar altında ve nasıl yapılacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmesi gerekir. Bu nedenle Mahkeme, somut davada İsviçre mevzuatında konuya ilişkin kanunun bir avukatın vekâlet işiyle kesin olarak bağlantılı olan ve olmayan hususlar arasındaki ayrımın hangi şartlar altında, kim tarafından ve nasıl yapılacağını açık bir biçimde düzenlememiş olmasını Sözleşme'nin 8. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Bunun yanı sıra, uygulamada söz konusu görevin yürütme organının bir üyesi olup bağımsız bir hâkimin denetimi altında bulunmayan Posta İdaresi'nin hukuk dairesindeki bir memura havale edilmesi de hayret verici bulunmuştur. Mahkeme, bu sebepler ile başvuru sahibinin, bir avukat olarak, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesinin gerektirdiği asgari bir korumadan mahrum kaldığı sonucuna varmıştır<sup>84</sup>.

olarak yeterli açıklıkla belirtilmediği gerekçesiyle, 8. maddeye aykırılık bulunduğunu belirterek İspanya'yı mahkûm etmiştir. Bunun üzerine İspanya Ceza Usul Kanunu'nun 579. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Ancak AİHM bu seferde 18 Şubat 2003 tarihli Bugallo/İspanya kararında, anılan yasa değişikliğinin, ihlallerin niteliği, önlem süresi, konuşma tutanaklarının saptanmasının mahkeme kalemine bırakılması gibi sebeplerle yetersiz olduğunu belirterek İspanya'yı bir kez daha 8. maddeyi ihlalden mahkûm etmiştir.

<sup>82</sup> 25 Mart 1998 tarihli Kopp/İsviçre kararı. Karar için bkz. **Kühne**, s.99 ve Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı. Ancak Mahkeme'nin telefon dinleme dışında kalan şüpheli/sanık ile avukatının haberleşmesinin denetlenmesinin 6. ve 8. maddenin ihlali anlamına geldiği yönünde başka kararları bulunmaktadır. Örneğin Mahkeme 28 Kasım 1991 tarihli S./İsviçre kararında sanığın avukatıyla üçüncü bir kişinin kendilerini dinlemediği bir ortamda görüşme hakkının ihlalini AİHS'nin 6. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir. Yine Mahkeme Campbell/Birleşik Krallık kararında da başvurucunun avukatı ile yaptığı yazışmaların, hiçbir meşru amaç olmaksızın cezaevi yetkilileri tarafından denetlenmesinin 8. madde kapsamında haberleşme hakkının ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.

<sup>83</sup> **Kühne**, s.106.

<sup>84</sup> 25 Mart 1998 tarihli Kopp/İsviçre kararı, prg. 73-75

Bu çerçeve içerisinde AIHM'nin Kopp/İsviçre kararından ikili bir sonuç çıkmaktadır. İlk olarak her ne kadar o tarihte faaliyette olan Komisyon bir avukatlık bürosundan yapılan tüm görüşmelerin mesleki ilişkiye ilişkin olduğu kabul etse de, Mahkeme bir avukatın telefonunun mesleki ilişki dışında kalan hallerde dinlenebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'nin ulusal takdir marjı yaklaşımı çerçevesinde konunun düzenlenmesini taraf devletlere bıraktığı söylenebilir. Ancak Mahkeme'ye göre iç hukukta böylesi bir dinlemenin yapılabileceği hükme bağlanmış ise, öncelikle mesleki olan - olmayan ayrımının, hangi şartlar altında, kim tarafından ve nasıl yapılacağına ilgili kanunda açık bir biçimde belirlenmesi ve ikinci olarak da, mesleki olan olmayan ayrımının denetimi için, yürütme organı içerisinde yer alan memurların değil, bir hâkim yetkilendirilmesi ve denetim kararını söz konusu hâkimin vermesi gerekmektedir.

Doğrudan mesleki ilişkiye yönelik bir müdahaleye dayanmayan söz konusu kararın, avukat telefonlarının dinlenmesi konusunda sınırlı bir örnek olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim davanın Mahkeme'ce sadece Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında incelenmesi, savunma hakkı özelinde 6. madde açısından incelenmemiş olması da bu durumun bir göstergesidir. Bu nedenle Mahkeme'nin doğrudan şüpheli/sanık ile müdafî arasındaki iletişime müdahaleye ilişkin bir davada konuyu adil yargılanma hakkı bağlamında da değerlendirmesi oldukça kuvvetli bir ihtimal olarak gözükmektedir. Karara onayıcı değişik gerekçe ile iştirak eden Yargıç Petitti'nin, avukatın telefonlarının dinlenmesi durumunda özel yaşama müdahale yanında meslek sırrının ağır ihlalinin de söz konusu olduğu yönündeki gerekçesi, bu durumun bir göstergesi olarak kabul edilebilir<sup>85</sup>.

Kopp/İsviçre kararının, CMK'nın 136. maddesinde müdafîe ait yerlerde bulunan sabit iletişim araçları hakkında ayrıca açık bir yasaklayıcı düzenlemeye yer verilmesinin gerekçesini oluşturduğu anlaşılmaktadır.

## Sonuç

Kanun koyucu oldukça narin nitelikteki temel haklara müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesini sıkı koşullara bağlarken işin içine bir de anayasal nitelikte evrensel bir başka temel hak olan savunma hakkı da girince müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin denetlenmesinin prensip olarak yasak olmasını benimsemiştir. Ancak konu 5271 sayılı CMK'da karmaşık ve biraz da eksik olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle konuyu ayrıntılı olarak incelemek için yaptığımız bu çalışmada müdafinin iletişimin denetlenmesine ilişkin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde vardığımız sonuçları şu şekilde ifade edebiliriz.

Öncelikle CMK m.136 gereğince şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yeri hakkında iletişimin denetlenmesi tedbi-

<sup>85</sup> Kühne, s.104



rine başvurulamayacağına ilişkin bir anlaşmazlık bulunmadığını belirtmek gerekir. Konuya ilişkin tartışma daha çok maddede zikredilmeyen mobil iletişim araçlarının CMK m.136'nın kapsamına girip girmediğine ilişkindir. Bu konuda müdafinin söz konusu araçlar ile yaptığı iletişimde madde kapsamına girdiği yolunda görüşler bulunmaktadır. Ancak ne maddenin lafzından, ne hükmün objektif amacından ne de kanun koyucunun maddeye yönelik subjektif iradesinden böylesi bir sonuca varılmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz. Yine tahdidi nitelikteki maddenin kıyas yoluyla genişletilmesi de mümkün gözükmemektedir. Zira maddenin başlığı da dâhil olmak üzere lafzı, düzenlemenin sadece müdafiyeye ait belli yerlerde bulunan sabit iletişim araçlarına ilişkin tahdidi bir düzenleme olduğunu göstermektedir. Bu nedenle maddenin savunulduğunun aksine müdafinin iletişiminin denetlenmesine yönelik genel bir düzenleme olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Aksi halde kanun koyucu şüpheli sanık ile müdafisi arasındaki haberleşmenin denetlenemeyeceğine ilişkin tek cümlelik bir ifade ile de konuyu düzenleyebilirdi. Oysa maddenin bu hali ile sadece müdafiyeye değil müdafiyeye ile birlikte söz konusu iletişim araçlarını kullanan, eşi, katibi gibi diğer kişilerin de bu araçlar ile yaptığı iletişiminin denetlenmesi engellenmiş olmaktadır. Bu sebeple 136. maddenin müdafinin iletişiminin düzenlenmesine ilişkin genel bir hüküm değil, 135. maddede düzenlenen şüpheli ve sanığın iletişimin denetlenmesinin sınırlarını çizmeye yönelik tamamlayıcı bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Kanun koyucunun böylesi bir hüküm sevk etmesinde ise, AİHM'nin Kopp/İsviçre kararı etkili olmuş gözükmektedir.

Bu çerçevede müdafinin mobil iletişim araçları ile gerçekleştireceği iletişimin 135. maddenin 2. fıkrası kapsamında ele alınmasının daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle anılan araçlar hakkında uygulanabilecek iletişimin denetlenmesi türlerini tek tek ele almak yararlı olacaktır.

Öncelikle CMK m.135/2'de tanıklıktan çekinme hakkı bulunanların ve bu kapsamda müdafinin şüpheli sanık ile arasındaki iletişimin dinlenmesini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu durum kanun koyucunun ilgili tedbirin uygulanmasına cevaz vermesinin bir sonucu olmayıp eş zamanlı bir faaliyet olan dinleme sırasında tanıklıktan çekinme hakkının varlığının tespitinde yaşanacak güçlükten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun dinleme tedbirini serbest bıraktığı değil teknik nedenler ile yasaklayamadığı bir durum söz konusudur. Bu sebeple şüpheli/sanığın konuştuğu kişinin müdafiyeye olduğu biliniyorsa dinleme yapılmamalı, en azından bu dinlemeden elde edilen doğrudan ve dolaylı deliller hukuka aykırı sayılarak yargılamada kullanılmamalıdır. Yargıtay'ın yaklaşımının da bu doğrultuda olduğu söylenebilir.

Müdafiyeye ile şüpheli sanık arasındaki mobil görüşmelerin kaydedilmesi ise yasaktır. Bu nedenle anılan görüşmeler kaydedilemeyecek, eğer hataen kaydedilmişse kayıtlar derhal yok edilecek ve dolayısıyla kayıtlar delil olarak kullanılamayacaktır.

CMK m.135/2'de iletişimin tespiti tedbiri açısından ise herhangi bir yasak öngörülmemiştir. Öğretide bu durum iki tarafı bulunan iletişim faaliyetinin tespitinin şüpheliye/sanığa ait kayıtlar üzerinden de yapılabileceği ile açıklanmaktadır. Ancak anılan tespitin müdafinin iletişim kayıtları üzerinden yapılamayacağı, maddenin buna izin vermediğini belirtmek gerekir. Yine sinyal bilgilerinin denetlenmesi tedbiri de şüpheli ve sanığın sahip olduğu iletişim araçları hakkında uygulanacağından, müdafinin mobil iletişim vasıtalarının sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluna gidilmesi mümkün gözükmemektedir.

Kanun koyucu mobil telefonun yerinin tespiti açısından ise herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Aksine konuyu düzenleyen CMK m.135/4'te yapılan değişiklik anılan tedbire, şüpheli sanığın yakalanması için, suç sınırlaması olmaksızın şüpheli/sanık dışında kalan kişilerin mobil telefonları hakkında da başvurulabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu kapsamda mevzuat açısından şüpheli/sanığın yakalanması için müdafinin veya tanıklıktan çekinme hakkı bulunan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespitine engel bulunmadığı söylenebilir. Muhtemelen kanun koyucu bir müdafinin kanun mercilerinden kaçan bir şüpheli/sanığa yardım etmesini savunma hakkı ve müdafî için öngördüğü hukuksal konum ile bağdaşmayacağını düşündüğü için, mobil telefon yerinin tespitini denetim yasağının kapsamı dışında bırakmayı tercih etmiştir. Ancak bu yaklaşımın AİHM'nin konuya ilişkin yaklaşımı ile tam olarak örtüştüğünü söylemek mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak CMK'nın şüpheli/sanık ile müdafî arasındaki iletişimin denetlenmesi konusundaki düzenlemelerinin bütünlükten uzak olduğu ve uygulamada sorunlara sebep olabileceği için CMK'nın 136. maddesinin yeniden düzenlenerek müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin denetlenemeyeceğine, bu yolla delil elde edilemeyeceğine ilişkin genel bir düzenleme yapılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

**Bıçak, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

**Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984. (Kısaltması:Müdafî)

**Centel, Nur**, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Köksal Bayraktar Armağanı, Cilt 1, İstanbul 2010. (Kısaltması:İletişim)

**Centel, Nur /Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2011.

**Dutertre, Gilles**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2007.

**Erdağ, İhsan Ali**, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Denetlenmesi", TBB Dergisi, Sayı 92, Yıl 2011.

- Erdem, Mustafa Ruhan**, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc) (E.T:08.05.2012).
- Erem, Faruk**, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1970.
- Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2007.
- Hakeri, Hakan**, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması”,[http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16&Itemid=35](http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35) (E.T:08.05.2012).
- Kaymaz, Seydi**, İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009.
- Kilkelly Ursula**, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm> (E.T:18.04.2012).
- Kocaoğlu, S. Sinan**, Müdafî, Ankara 2012.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006.
- Kühne, Hans Heiner**, “Avukat Telefonlarının Dinlenmesi”, Çev. Hakan Hakeri, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (ss.99-109), Ankara 2004.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.
- Saydam, Mehmet**, Ceza Muhakemesi Kanuna Göre İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2011.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Sözüer, Adem**, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi” İÜHFMC LV-S 3 (1997).
- Sevük, Handan Yokuş** “Kolluk Tarafından Suçun İşlenmesini Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, TBB Dergisi Sayı 67, Yıl 2006.
- Şen, Ersan**, Telefon Dinleme - Gizli Soruşturmacı - X Muhbir, Ankara 2010.
- Şahbaz, İbrahim**, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009.
- Şahin, Cumhuri**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2009. (Kısaltması: Ceza Muhakemesi)
- Şahin, Cumhuri**, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.1-2, Yıl 2007. (Kısaltması: İletişim)

- Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat,** İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2009.
- Tosun, Öztekin,** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1984.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.
- Turhan, Faruk/Aksu, Muharrem,** “İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrazi/demokrazi27.pdf> (E.T. 20.04.2012).
- Vatan, Zeki,** İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009.
- Yardımcı, Mehmet,** Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009.
- Yenisey, Feridun,** Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1993.
- YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan,** “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15125>, (E.T:25/04/2012).
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012.
- Zafer, Hamide,** Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

**ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU  
TOPLANTILARI**  
*(The Board of Directors Meetings on The Joint Stock Company)*

**Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL\***

**ÖZET**

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu yönetime ilişkin görev ve yetkilerini, kural olarak, kurul halinde kullanır. Bu hallerde yönetim kurulu, kurul olarak toplanır ve karar alır. İşte alınan bu kararlar doğrultusunda girilecek faaliyetlerle, şirketin ticaret hayatında izleyeceği yol belirlenir. Bu çalışmada da yönetim kurulunun toplanması ve karar alması hususları inceleme konusu yapılmıştır. Ancak kurul olarak faaliyette bulunma her şeyden önce belirli bir organizasyonu gerektirdiğinden yönetim kurulunun yapısına da kısaca değinilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Anonim şirket, yönetim kurulu, görev, karar alma

*Abstract*

Board of management which is managing and representation body of incorporated company use their duty and authority about management as a board, in principle. In such cases, board of management meets in council and makes decisions. The route of company to be pursued in business life is determined in actions to be entered in accordance with these decisions. In this study, meeting of board of management and principles of decision taking were analyzed. However since acting as a board requires a specific organization before anything else, structure of board of management was mentioned briefly.

**Keywords:** incorporated company, board of management, duty, make decision

**GİRİŞ**

Ticaret hayatının en önemli aktörlerinden biri olan anonim şirketler, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirketlerdir. Anonim şirket pay sahiplerinin sorumluluğu ise taahhüt etmiş oldukları sermaye paylarıyla sınırlandırılmıştır (ETK m. 269, TTK m.

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

329)<sup>1</sup>. Anonim şirketlerin kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulmaları mümkündür (ETK m. 271, TTK m. 331)<sup>2</sup>.

ETK'ya göre anonim şirket tedrici veya ani şekilde kurulabilmekteydi. Ani kuruluş, şirket paylarının kurucular tarafından tamamen taahhüt edilmesiyle tedrici kuruluş ise bir kısım payların kurucular tarafından taahhüt olunması ve geri kalan kısmı için de halka müracaat edilmesi suretiyle olmaktadır (ETK m. 276). TTK ise anonim şirketin, kurucuların (veya kurucunun)<sup>3</sup> sermayenin tamamını ödemeyi

<sup>1</sup> Ticaret Kanununun anonim şirketler için verdiği tanım, Moroğlu tarafından eleştirilmektedir. Yazara göre 329. maddede anonim şirketler için yer verilen unsurlar, aynen limited şirketler açısından da geçerlidir. Hâlbuki anonim şirketleri limited şirketlerden ayıran temel özellik, paylarının kıymetli evrak niteliğinde pay senetlerine ve geçici ilmhaberlerine bağlanabilmesi ve Merkezi Kayıt Kuruluşuna kayıt suretiyle de tedavül edebilmesidir. Bu nedenle kanuni tanımda bu unsura mutlaka yer verilmesi gerekmektedir. Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı: Değerlendirme ve Öneriler**, 7.b., On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 125, (Tasarı). Ancak limited şirketler bakımından TTK m. 584'de şirket sözleşmesinde intifa senetlerinin çıkarılmasının öngörülebileceği düzenlenmiş ve TTK m. 593/2'de de esas sermaye pay senetlerinin ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler nedeniyle limited şirketlerle anonim şirketleri birbirinden ayıran temel özelliğin ortadan kalkmış olduğu düşünülebilir. Moroğlu'nun belirttiği gibi bu düzenleme hukuki bir belirsizlik yaratmaktadır ve esasen limited şirket TTK'da adeta anonimleştirilmiştir. Moroğlu, **Tasarı**, s. 125, 357. Ancak yine de anonim şirketlerden farklı olarak, limited şirketlerde pay senedi düzenlenmesinin bir zorunluluk olmadığı unutulmamalıdır. Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9. b., Dora, Bursa, 2013, s. 720.

<sup>2</sup> ETK m. 271'de şirket mevzusunun sınırlarının, anasözleşmede açıkça gösterilmiş olması şartı aranmıştır. Bu hüküm TTK'ya aktarılmamıştır. Çünkü ETK'nın kabul ettiği "Ultra Vires" teorisine (ETK m. 137, 321) TTK'da yer verilmemiştir. Ultra vires teorisine göre tüzel kişinin ehliyeti, statüsünde (tüzel, şirket sözleşmesi) gösterilen amaçla sınırlıdır. Kural olarak, bu amaç içinde yapılan işlemler tüzel kişiyi bağlar. Ancak amaç dışında yapılan, yani amacı aşan işlemler ultra vires sayılır ve tüzel kişiyi bağlamaz. Ultra vires teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Teoman Akunal, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2.b., Beta, İstanbul, 1995; Burçak Yıldız, "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki 'Ultra Vires' Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", **AÜHF**, Cilt:55, Sayı:1, (2005).

Ultra vires teorisine TTK'da yer verilmediğine göre işletme konusu, artık şirketlerin hak ehliyetlerinin sınırlarını çizemeyecektir. Bu nedenle şirketi temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlayacaktır. Ancak üçüncü kişinin, işlemin şirketin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilebilirse, bu işlem şirketi bağlamayacaktır. Şirket anasözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir (TTK m. 371/1, 2). Bu hükmün eleştirisi için bkz.; Moroğlu, **Tasarı**, s. 169.

<sup>3</sup> ETK bir anonim şirketin kurulması için, şirkette pay sahibi en az beş kurucunun bulunması şartını aramaktaydı (ETK m. 277). TTK'ya göre ise bir anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığını şarttır (TTK m. 338/1). 338. maddenin gerekçesine göre günümüzdeki modern öğretisi, şirket kavramını birden fazla ortak olarak tanımlamamakta, bu husustaki ayırt edici unsur; ticari işletmeyi merkez alan ticari, sınıai veya hizmete dönük organizasyon olmaktır. Bu ortaklık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ünal Tekinalp, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, 2. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012; Feyzan Hayal Şehirli-Çelik: "Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler", **Batider**, Cilt: 24, Sayı:1, s. 161-216; Ünal Tekinalp, "Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Cilt:1,

şartsız taahhüt ettikleri ve imzalarının noterce onaylandığı anasözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulacağını bildirmektedir (TTK m. 335/1)<sup>4</sup> Bunun yanı sıra TTK m. 346'da "Hakla arz edilecek paylar" başlığı altında halka açık kuruluş şeklinde adlandırılabilir yeni bir kuruluş türüne de yer verilmiştir<sup>5</sup>. Bir anonim şirketin tüzel kişilik kazanması, ticaret siciline tescille mümkün olmaktadır (ETK m. 301/1, TTK m. 355/1)<sup>6</sup>. Tüzel kişilik kazanan bir anonim şirketin, kendi adına haklar edinmesi ve borçlar üstlenmesi, yani ticari alanda faaliyette bulunabilmesi için kanunen sahip olması zorunlu olan organları oluşturması gerekir. ETK'ya göre, bir anonim şirkette bulunması gereken zorunlu organlar genel kurul, yönetim kurulu ve denetçi/denetçilerdir. TTK ise şirket faaliyetlerinin denetimini, şirket içi denetçi/denetçiler tarafından değil, 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketleri tarafından yapılması esasını benimsemiştir (TTK m. 400). Bu nedenle TTK'nın genel kurul ve yönetim kurulu olmak üzere iki adet zorunlu organ belirlediğini söylemek müm-

Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 579-610; Fatih Aydoğan, **Tek Kişi Ortaklığı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Moroğlu, Yeni Kanunun tek kişilik anonim şirketi benimsemesini yapay kurucular bulma çabasını sona erdirecek olması nedeniyle doğru bulsa da, bu hususta yeterli düzenlemenin yapılmamış olduğunu ileri sürmektedir. Örneğin; tek ortak aynı zamanda yönetim kurulu üyesi veya yönetici ise karar ve icra organları arasındaki ilişkinin nasıl olacağına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Moroğlu, **Tasarı**, s. 136-138.

- <sup>4</sup> Görüldüğü gibi TTK, kurucunun veya kurucuların, sermayenin tamamı için ödeme taahhüdünde bulunmalarını aramaktadır. Buradan tedrici kuruluş sisteminin kaldırıldığı sonucunu çıkarılamazız mümkündür. Tedrici kuruluş sisteminin kaldırıldığı, 337. maddenin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Aşırı zahmetli ve masraflı bir yol olan tedrici kuruluşa uygulamada hemen hemen hiç rastlanmıyor olması nedeniyle TTK'da bu usulün kaldırılması yerinde bir değişiklik olmuştur. Bilgili/Demirkapı, s. 221
- <sup>5</sup> Böylece yeni düzenlemede halka açık anonim şirket kurabilme imkanı verilerek suretiyle tedrici kuruluşun karşılamadığı halka açık kurulma ihtiyacına cevap verilmiştir. Bilgili/Demirkapı, s. 221.
- <sup>6</sup> TTK m. 335'in gerekçesinde, bu hükme göre kurulmuş, ancak henüz tescil edilerek tüzel kişilik kazanamamış olan bir organizasyon "ön-anonim şirket" olarak adlandırılmıştır. Yine gerekçede, ön-anonim şirketin bir adi şirket veya dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturduğu ve ortaklarının (kurucular) tacir sıfatını taşımadığı belirtilmiştir. Tek kişi anonim şirketindeyse ön-şirketin, kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşıdığı ifade edilmektedir. Şirketin tesciliyle beraber ön şirket tasfiyesiz sona erecektir. Madde gerekçesinde yer alan bu ifadelerin Borçlar Kanuna aykırı olduğu, hatta hem elbirliği mülkiyeti şirketi olarak tanımlanıp adi ortaklık olmadığının söylenmesi çelişkili açıktır. Zira Borçlar Kanuna göre bir şirket, ticaret kanununda tarif edilen şirketlerin mümayyiz vasıflarını haiz değilse adi şirket sayılır (BK m. 520/2, TBK m. 625/2). Nitekim Tekinalp'te bu şirketin bir adi şirket olduğunu ve BK m. 620 vd.'nin uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. Ön şirket konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız; Tekinalp, **Esaslar**, s.87, 88; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s.115, 116. Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 140-144; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 144-145.

kündür<sup>7</sup>. Kanunun genel gerekçesinde de (129) denetçilerin anonim şirketin organı olmaktan çıkarıldığı belirtilmiştir. Ancak 530. maddenin gerekçesinde, denetçinin organ olup olmadığı sorununun öğreti ve mahkeme kararlarına bırakıldığı bildirilmiştir. Gerekçede yaratılan bu çelişkinin nedenini anlamak güçtür.

Bir anonim şirketin kanunen zorunlu organlara sahip olması o kadar önemlidir ki; bunlardan birisi kuruluşta mevcut değilse şirketin tüzel kişilik kazanması mümkün olmayacaktır. Şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra herhangi bir nedenle bu organlardan biri varlığını kaybederse veya genel kurul toplanamazsa, mahkeme kararıyla şirketin feshine karar verilecektir (ETK m. 435, TTK m. 530).

Genel kurul, anonim şirketin karar organıdır. Pay sahipleri diğer organları seçmek, anonim şirket hesaplarını onaylamak ve kârın dağıtılması gibi şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar (ETK m. 360/1, TTK m. 407/1). Genel kurul yılda en az bir kez olağan ve gerektiğinde olağanüstü toplanır (ETK m. 364, TTK m. 409).

Yönetim kurulu, anonim şirketin yönetim ve temsil organıdır (ETK m. 317, TTK m. 365). Yönetim kurulu, şirket adına iş ve işlemlerde bulunarak şirketi hak ve borç sahibi yapar<sup>8</sup>. Yönetim kurulunun tüm görev ve yetkilerinin kaynağı kanun ve anasözleşmedir<sup>9</sup>. ETK'ya göre bu kurulun, anasözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş en az üç kişiden oluşması gerekirken (TTK m. 312/1)<sup>10</sup>, TTK'ya göre ise anonim şirket yönetim kurulunun bir veya daha fazla sayıda üyeden oluşabilecektir (TTK m. 359/1). Bu noktada tek kişinin yer aldığı bir organizasyonun, nasıl olup da “kurul” olarak nitelendirilebileceği sorusu gündeme gelebilir<sup>11</sup>. TTK'nın ilgili maddesinin gerekçesinde bu durumun bir çelişki yaratmadığı, çünkü buradaki “kurul” kelimesinin birden ziyade kişiden çok, bir “organ”ı işaret

<sup>7</sup> Aytaç Köksal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 İla 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu”, **Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan**; 1. Cilt, Yasin Ulusoy, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 73; Korkut Özkorkut, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 179; Necla Akdağ Güney, **Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 25.

<sup>8</sup> Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/ÜnalTekinalp), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12.b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 273; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 7.b., Beta, İstanbul, 2012, s. 165.

<sup>9</sup> Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 167; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 263.

<sup>10</sup> 5441 sayılı Bankacılık Kanununa göre yalnızca anonim şirket şekline kurulmasına izin verilen bankaların yönetim kurulları, genel müdür dâhil beş kişiden az olamaz (m. 23/1). Aynı Kanunda Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan yurt dışında kurulu bankaların Türkiye'deki yönetim merkezlerinde, yönetim kurulu yetki ve sorumluluklarını taşıyan, merkez şube müdürünün de dâhil olduğu en az üç kişilik bir müdürler kurulu oluşturma zorunluluğu getirilmiştir. Bu Kanunun uygulanması bakımından müdürler kurulu yönetim kurulu hükmünde sayılmaktadır (m. 23/2).

<sup>11</sup> Moroğlu, **Tasarı**, s. 159; Levent Uysal, “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu - I”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:80, (2009), s. 323.



ettiği belirtilmektedir. Ayrıca modern şirketler hukuku anlayışında kurulun, birden çok kişi anlamını gün geçtikçe yitirdiği de ifade edilmektedir.

Yönetim kurulu yönetime ilişkin görev ve yetkilerini, kural olarak, kurul halinde kullanır<sup>12</sup>. Bu hallerde yönetim kurulu, kurul olarak toplanır ve karar alır. İşte alınan bu kararlar doğrultusunda girilecek faaliyetlerle, şirketin ticaret hayatında izleyeceği yol belirlenir. Bu çalışmanın konusu da yönetim kurulunun toplanması ve karar almasıdır. Ancak kurul olarak faaliyette bulunma her şeyden önce belirli bir organizasyonu gerektirdiğinden bu konuya geçmeden önce yönetim kurulunun yapısını kısaca incelemek faydalı olacaktır.

## 1. YÖNETİM KURULUNUN ORGANİZASYONU

### 1.1. Yönetim Kurulu Başkanı

Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere bir başkan vekili seçer (ETK m. 318/1; TTK m. 366/1). Her ne kadar Kanunda bu seçimin her yıl yapılması öngörülse de, öğretilerde bu süreye uyulmasının zorunlu olmadığı ileri sürülmektedir<sup>13</sup>.

TTK'da “en az bir” başkan vekilinin seçilebileceği belirtilerek, birden fazla başkan vekilinin seçilmesine bir engel bulunmadığı açıkça vurgulanmıştır<sup>14</sup>. Ayrıca TTK anasözleşmeye konulacak bir hükümlerle başkanın ve vekilinin veya bunlardan birinin genel kurul tarafından seçilebilmesine de olanak sağlamıştır (TTK m. 366/1). İlgili hükmün gerekçesinde başkanın ve/veya vekilinin genel kurul tarafından seçilebilmesine olanak sağlamakla, bunlara güç kazandırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir.

Öğretilerde yönetim kurulunun başkan seçimine ilişkin kararını her zaman değiştirmeye yetkili olduğu savunulmaktadır<sup>15</sup>. Gerçekten başkanın veya vekilinin yaptığı görev vekâlet görevi olduğundan bunların görevden azli her zaman için

<sup>12</sup> Ömer Teoman, “Toplantıya Katılmayan Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Kazanç Payı Alabilip Alamayacağı Sorunu”, **Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-**, Cilt: II 1982-2001, Beta, İstanbul, 2001, s. 250; Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3.b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 76-77; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku: Temel Esaslar**, 10.b., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 309; Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler**, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978, s. 397; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 4. b., Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 205; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 267.

<sup>13</sup> Gönen Eriş, **Anonim Şirketler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 224; Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması: TTK. Şerhi II**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 506, (Şerh); İmregün, **Anonim Ortaklıklar** s. 209; Pulaşlı, a.g.e., s. 309.

<sup>14</sup> 366. maddenin gerekçesine göre: “Madde, 6762 sayılı Kanunun 318’inci maddesinin bazı değişikliklerle tekrarıdır. İlk değişiklik birinci fıkrada birden fazla başkan vekili seçilmesine olanak sağlanarak yapılmıştır. Eski metin bazı sicil müdürlerince sadece bir başkan vekilinin seçilebileceği şeklinde yorumlanıyordu”.

<sup>15</sup> Domaniç, **Şerh**, s. 506; Pulaşlı, a.g.e., s. 310; Eriş, a.g.e., s. 224.

mümkündür (BK m. 396, TBK m. 512)<sup>16</sup>.

Yönetim kurulu başkanı yönetim kurulu toplantılarının hazırlanması ve yürütülmesi bakımından aşağıda ayrıntısıyla inceleyeceğimiz pek çok önemli görevi yerine getirmektedir.

## 1.2. Komite ve Komisyonlar

Eski Kanun, yönetim kuruluna işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla yönetim kurulu üyelerinden oluşan komite ve komisyonlar kurabilme imkânı da tanımıştı (ETK m. 318/2). ETK'nın 318. maddesinin hükmünden anlaşılabilirliği gibi yönetim kuruluna başkan seçmek zorunluysen, kurula yardımcı komite ve komisyonları oluşturmak ihtiyariydi<sup>17</sup>. Ayrıca 2. fıkrada zikredilen dört konudan başka konular içinde komite ve komisyonlar kurulabilir. Yani 2. fıkradaki sayım tahdidi değildir<sup>18</sup>.

TTK'da ise yönetim kuruluna bu imkân tanındığı gibi, kurulacak komite ve komisyonların yönetim kurulu üyeleri arasından seçilme zorunluluğu bulunmadığı da açıkça ifade edilmiştir (TTK m. 366/2).

TTK m. 359'un gerekçesinde özellikle tek üyeli bir yönetim kurulunun birden çok komite ve komisyonla birlikte çalışıp bir yönetim örgütü oluşturabileceği belirtilmiştir.

Yine yönetim kurulu tarafından oluşturulan komite ve komisyonlar yönetim kurulu kararıyla kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir veya yenileri kurulabilir<sup>19</sup>.

Burada son olarak TTK m. 378'e de değinmek istiyoruz. Hükme göre, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi burada bir komite kurma zorunluluğu öngörülmüştür<sup>20</sup>. Hükmün devamında diğer şirketlerde bu komitenin denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhal kurulacağı ve ilk raporunu kurulmasını izle-

<sup>16</sup> Domaniç, **Şerh**, s. 506; Eriş, a.g.e., s. 224.

<sup>17</sup> Domaniç, **Şerh**, s. 507.

Ancak Bankacılık Kanununa göre bankaların, yönetim kurullarınca yönetim kurulunun denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere en az iki üyeden oluşan denetim komitesi oluşturma zorunlulukları vardır (m. 24/1).

<sup>18</sup> Domaniç, **Şerh**, s. 507.

<sup>19</sup> Domaniç, **Şerh**, s. 507.

<sup>20</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s. 126.

yen bir ayın sonunda vereceği düzenlenmiştir. Bu komite yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yolları.

## 2. YÖNETİM KURULU KARARLARI

### 2.1. Genel Olarak

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu, görev ve yetkisine giren bazı iş ve işlemleri bu hususta bir toplantı yapıp karar almaya gerek olmaksızın yerine getirir. Şirket defterlerin tutulması, çalışanların tayini ve görevden alınmaları, gerekli tescil ve ilan işlemlerinin yaptırılması, bilanço ve yıllık raporların düzenlenmesi bu tür işlere örnek olarak gösterilmektedir<sup>21</sup>. Bu tür işlerin dışında kalan yönetime ilişkin görev ve yetkiler, ancak kurulun alacağı kararlara dayanarak kullanılabilir. Bu kararlar, kural olarak, yönetim kurulunun kanunda öngörülen yetersayıya uyarak yaptığı toplantılarda, yine kanunda öngörülen yetersayıdaki olumlu oyla alınabilir<sup>22</sup>.

Yönetim hakkı kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da üçüncü kişilere bırakılabilir. Böyle bir durum söz konusu değilse yönetim yetkisine tüm yönetim kurulu üyeleri sahiptir (ETK m. 319, TTK m. 367). Yönetim görevinin kurul halinde yerine getirileceği hallerde üyeler, toplantıya katılma, görüşlerini bildirme ve oy kullanma hakkını haizdirler. Bu hususlar üyeler bakımından bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün mazeretsiz olarak yerine getirilmemesi üyenin sorumluluğuna yol açabilir<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Korkut Özkorkut, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 41, 1996, s. 43-44 (**İptal**); Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 167; Çamoğlu, a.g.e., s. 77; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 266.

<sup>22</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**; s. 208; Pulaşlı, a.g.e., s. 309; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 267.

<sup>23</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 52; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 167.

Schucany, toplantıya katılmayan bir yönetim kurulu üyesinin bu yüzden sorumlu tutulabilmesi için şu dört koşulun gerçekleşmesini aranmaktadır:

a) Verilen karar şirket malvarlığını riske atmalı ve üyenin toplantıya katılmaması özen yükümlülüğüyle bağdaşmamalıdır.

b) Toplantıda sorumluluğa neden olabilecek bir kararın alınabileceği bilinmesine rağmen, geçerli mazereti olmaksızın toplantıya gelinmemelidir.

c) Üyenin yokluğu ve karar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Yani üyenin toplantıya katılmasına ve olumsuz oy kullanmasına rağmen, karar yine de alınacaksa üyenin bu nedenle sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

d) Toplantıya katılmayan üye kararın alınmasını önlemek adına hiçbir girişimde bulunmamalıdır. Schucany, E. Verantwortlichkeit Wegen Absenz und Sitmenthaltung im Verwaltungsrat, SJZ 60'dan naklen aktaran Çamoğlu, a.g.e., s. 78.

Çamoğlu, bu koşulların yanı sıra üyenin sorumlu olabilmesi için toplantı gündeminin kendisine iletilmiş olması gerektiğini de ileri sürmektedir. Yazara göre, bu halde gündemde yer almayan bir hususa ilişkin görüşme yapıp, bir karar alınmışsa bu toplantıda bulunmayan üyeyi sırf bu nedenle

Bunun yanı sıra Yeni Kanun yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılmasına da müsaade ederek, üyelerin fiziki bir ortamda yüz yüze toplanma zorunluluğunu da ortadan kaldırmıştır. Hatta bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması da mümkündür (TTK m. 1527/1).

Yönetim kurulu fiili veya elektronik ortam üzerinden yapılan toplantılarla kararlar alsa da, kanunda öngörülen bazı şartlar altında toplantı yapmaksızın karar alabilir.

ETK m. 330 her ne kadar "İdare meclisi toplantıları" başlığını taşıyor olsa da, bu hükmün birinci fıkrasında yönetim kurulunun fiilen toplantı yaparak karar alması, ikinci fıkrasında ise kurulun toplantı yapmaksızın karar alması düzenlenmektedir. TTK m. 390'ın başlığı ise "IV- Yönetim kurulu toplantıları, 1. Kararlar" şeklindedir. Görüldüğü gibi TTK'daki başlık çok daha isabetlidir. Bu çalışmada da öncelikle yönetim kurulunun toplantı yaparak karar alması ve ardından da toplantı yapmaksızın karar alması incelenecektir.

## 2.2. Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmak Suretiyle Aldığı Kararlar

### 2.2.1. Yönetim Kurulunun Fiili Toplantıları

Genel kurul toplantılarının yeri ve zamanı (ETK m. 364, 371; TTK m. 409), bu toplantılara çağrının şekli (ETK m. 368, TTK m. 414) ve kimlerin toplantı çağrısında bulunabileceği (ETK m. 365-367, TTK m. 410-412), genel kurul toplantılarının gündemi (ETK m. 369, TTK m. 413) gerek ETK'da gerek TTK'da ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak ne ETK'da ne TTK'da yönetim kurulu toplantılarına ilişkin olarak bu hususların hiçbirine değinilmemiştir.

ETK döneminde şirket anasözleşmesinde bu konulara ilişkin düzenlemeler yapmak mümkündür<sup>24</sup>. Ancak aynı şeyi TTK bakımından da söyleyebilmek mümkün değil gibi gözükmektedir. Zira TTK m. 340'da emredici hükümler ilkesi kabul edilmiş ve anasözleşmenin, Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği; diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı anasözleşme hükümlerinin ise yalnızca o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurabileceği düzenlenmiştir (TTK m. 340)<sup>25</sup>. Ancak

sorumlu tutmak mümkün olmamalıdır. Ancak elbette üye sonradan bu kararın uygulanmasına engel olmak için gerekli girişimlerde bulunmuş olmalıdır.

<sup>24</sup> Bahtiyar, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta, İstanbul, 2001, s. 53; Özkorkut, **İptal**, s. 46; Pulaşlı, a.g.e., s. 310; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 269; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 398; Gönen Eriş, a.g.e., s. 262.

<sup>25</sup> Görüldüğü gibi bu hükümde anonim şirketlere ilişkin TTK hükümlerinin kural olarak emredici bir nitelik taşıdığı kabul edildiğinden, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine emredici hükümler ilkesi kabul edilmiştir. TTK'nın anonim şirketler dışındaki hükümleriyle anonim şirketlere ilişkin olmakla beraber diğer kanunlarda yer alan hükümler ise 340. maddenin kapsamı

bu hükme rağmen öğretide anonim şirket esas sözleşmesinde bu yönde düzenlemeler yapılabileceği savunulmaktadır<sup>26</sup>. Ancak her bir yönetim kurulu, kendi toplantı düzenini belirleyen bir iç yönetmelik (yönerge)<sup>27</sup> düzenleyebilir veya bu hususa ilişkin bir karar alabilir<sup>28</sup>.

### 2.2.1.1. Toplantı Çağrısı

Yukarıda da değindiğimiz gibi kimlerin yönetim kurulunu toplantıya çağrabileceğine ilişkin Eski Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yönetim kurulu toplantılarını başkan yöneteceğine göre, toplantı çağrısı da başkanın veya o bulunmadığı zamanlarda vekilinin yapılabileceğini söylenmekteydi<sup>29</sup>. Ayrıca Eski Kanunun 331. maddesinin 2. fıkrasında her yönetim kurulu üyesinin, başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebileceği düzenlenmişti (TTK m. 392/7). Bu hüküm de, dolaylı bir şekilde, yönetim kurulu başkanının veya vekilinin kurul üyelerine toplantı çağrısı yapmakla yükümlü olduğunu göstermektedir. Ancak Eski Kanun döneminde öğretide anasözleşmeye konacak bir hükümlerle, her bir yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisine sahip olabileceği ileri sürülmekteydi<sup>30</sup>. Hatta anasözleşmede

dışındadır. Emredici hükümler ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; Rauf Karasu, **Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümlerin Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 43 vd.

<sup>26</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s. 146-147. Yine 340. maddenin gerekçesine göre bu hüküm normatif sistemin kabulünün zorunlu bir sonucu olup, birçok açıdan eleştirilebilecek olsa bile bireysel pay sahipliği ve azınlık hakları öğretisinin sözleşme serbestisini sınırlaması nedeniyle tercih edilmiştir.

<sup>27</sup> İç yönetmelik, bir şirket organın kendi görev alanına giren konulara ilişkin olarak karar şeklinde çıkardığı, hiyerarşik olarak anasözleşmenin altında yer alan ve onu tamamlayıp, somutlaştıran düzenlemelerdir. Benzeri tanımlar için bkz.; Karasu, a.g.e., s. 186; Bahtiyar, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, s. 51.

ETK iç yönetmeliğe ilişkin hiçbir hüküm içermemesine rağmen öğretide, şirket organlarının kendi görev alanlarına giren konularda iç yönetmelikler düzenleyebilecekleri kabul edilmişti. Bahtiyar, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, s. 53.

Yeni Kanun ise 367 ve 419. maddeleriyle, yönetim kuruluna belli konularda iç yönetmelik hazırlama yetki ve görevi vermiştir. Ancak "iç yönetmelik" kavramı Yeni Kanunda "iç yönerge" olarak kullanılmıştır. Aslında Yeni Kanun Tasarı halindeyken iç yönetmelik kavramını kullanmasına rağmen, TBMM Genel Kurul görüşmelerinde, Anayasanın 124. maddesine göre sadece Başbakanlığın, bakanlıkların ve diğer kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabilecekleri belirtilmiş ve bu nedenle bir karışıklığa yol açmamak için "iç yönetmelik" terimi "iç yönerge" olarak değiştirilmiştir.

<sup>28</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 46; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 269,

<sup>29</sup> Eriş, a.g.e., s. 318; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Özkorkut, **İptal**, s. 45; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 210; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 267; Pulaşlı, a.g.e., s. 311; Sami Karahan, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları", **Doç. Dr. Mehmet SOMER'e Armağan**, Beta, İstanbul, 2006, s. 175; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 398.

<sup>30</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 210; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 398-399.

Domaniç'e göre bu imkânın yanı sıra yine anasözleşmeye hüküm koymak şartıyla her bir yönetim kurulu üyesine öncelikle yönetim kurulu başkanına veya vekiline müracaat etmek, ancak bundan bir sonuç alamazsa yönetim kurulunu bizzat toplantıya davet etmek gibi alternatifli farklı imkânlar da yaratılabilir.

böyle bir düzenleme bulunmaması halinde kurul üyelerinin ETK m. 367'ye kıyasen, mahkmeden, yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisinin kendilerine verilmesini talep edebilecekleri de savunulmaktaydı (TTK m. 412)<sup>31</sup>. Bu görüş, uzun bir prosedür gerektirmesi ve bu nedenle şirket işlerini aksamaya uğratabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>32</sup>. Yine anasözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi başkanın ve vekilinin (aynı anda veya birbirlerini takiben) görevlerinden veya yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut bunların üyeliklerinin kendiliğinden sona ermesi hallerinde (TBK m. 315/2, TTK m. 363/2) yeni başkan ve vekilini seçmek ve gerektiğinde boşalan üyelikleri doldurmak amacıyla herhangi bir üyenin yönetim kurulunu toplantıya davet edebileceği de savunulmaktaydı<sup>33</sup>.

Yeni Kanun ise 392. maddesinin 7. fıkrasında konuyu dolaylı olarak düzenlemiştir. Buna göre yönetim kurulunu toplantıya başkan, yokluğunda ise vekili çağırır. Üyelerden herhangi biri de başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak talep edebilir<sup>34</sup>. Bir yönetim kurulu üyesi, toplantı yapılmasını talep ediyorsa bu talebin gerekçesini ve toplantının gündemini de başkana bildirmelidir<sup>35</sup>. Ancak öğretilerde gündemi bildirmek şartıyla gerekçe gösterilmese dahi toplantı talebinin geri çevrilemeyeceği de ileri sürülmektedir<sup>36</sup>.

Bir üye, geçerli bir şekilde başkandan toplantı talep ettiğinde başkanın bu talebe uymak zorunda olup olmadığına ilişkin kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretilerdeki bir görüşe göre geçerli bir toplantı talebiyle karşılaşan başkan, yönetim kurulunu toplantıya çağırma zorundadır. Aksi takdirde talebine uygun davranılmayan üye, yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisini bizzat kazanır<sup>37</sup>.

Hem eski hem de yeni kanunda toplantının çağrı şekline ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır Eski Kanun dönemi bakımından şirket anasözleşmesine de bu hususa ilişkin bir hüküm konulmamışsa, tüm üyelere herhangi bir şekilde yapılan çağırının yeterli olduğunu söylemek mümkündür. İmza karşılığı elden veya iadeli taahhütlü mektupla, telgrafla, e-maile ve hatta acele hallerde telefonla yapılan bir çağrı da yeterliydi<sup>38</sup>. Ancak öğretilerde toplantı çağırısının Eski Kanunun

<sup>31</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 210.

<sup>32</sup> Pulaşlı, a.g.e., s. 311, dn. 319.

<sup>33</sup> Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 398-399.

<sup>34</sup> Tekinalp'e göre bu kural emredici niteliktedir. Tekinalp, **Esaslar**, s.147.

<sup>35</sup> Sami Karahan, a.g.m., s. 175; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 267; Pulaşlı, a.g.e., s. 311; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 398.

<sup>36</sup> Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 267; Sami Karahan, a.g.m., s. 175.

Bahtiyar'a göre başkandan toplantı talep eden üye toplantının gündemini de belirtmelidir. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168.

<sup>37</sup> Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler: Anonim Şirketin İdaresi ve Tahviller**, Cilt: II-III, 2.b., İstanbul 1960, s. 117; Pulaşlı, a.g.e., s. 311. Tekinalp'e göre toplantıya çağırma ve buna bağlı olarak gündemi belirleme yetkisi sadece başkana aittir. Tekinalp, **Esaslar**, s.147.

<sup>38</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 47; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 267; Sami Karahan, a.g.m., s. 175; Uysal, a.g.m., s. 323-324; Pulaşlı, a.g.e., s. 311.

368. maddesine kıyasen iadeli taahhütlü mektupla yapılması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktaydı<sup>39</sup>. TTK, çağrıya ilişkin şekil kuralları ile toplantı yapılmasını güçleştirmek istemediğinden kanuni bir çağrı usulü öngörmemiş, esas sözleşmede düzenleme yapılmasına imkân tanımıştır. Bu sebeple çağrı usulüne ilişkin olarak eski kanun dönemindeki uygulamaların yeni kanun döneminde de geçerli olduğu söylenebilir.

Toplantı çağrısı ile toplantı günü arasında tüm üyelerin toplantıda hazır bulunabileceği ve toplantı için hazırlık çalışmalarını yapabileceği kadar bir süre bulunmalıdır. Ancak ticaret hayatının gerekleri bazı durumlarda toplantının derhal yapılmasını gerektirebilir. Bu gibi hallerde çağrının ne kadar önce yapılması gerektiği konusunda belirleyici ölçüt, dürüstlük kuralı olacaktır (TMK m. 2)<sup>40</sup>.

Eski Kanuna göre görüş bildirmemek ve oylamalara katılmamak koşuluyla denetçi/denetçiler de yönetim kurulu toplantısına katılabilecekler ve uygun gördükleri bazı konuları toplantı gündemine aldırabileceklerdir. Bu halde toplantı çağrısının denetçilere de yapılması gerektiği söylenebilir (ETK m. 357). Yeni Kanunda bu hükmün karşılığı bulunmamaktadır.

### 2.2.1.2. Toplantının Yeri ve Zamanı

ETK'da şirket anasözleşmesinde yönetim kurulu toplantılarının yapılacağı yere ve zamana ilişkin bir düzenleme yoksa ve yönetim kurulunun da bu hususa ilişkin bir iç yönergesi veya prensip kararı bulunmuyorsa, her bir toplantının yeri ve zamanı, toplantı çağrısında bulunan başkan veya vekili tarafından belirlenmekteydi. Bu durumda tüm üyelerin kolay bir biçimde toplantıya katılımlarının mümkün olduğu bir yer ve zamanın belirlenmesi, dürüstlük kuralına uygun bir biçimde hareket edilmesi gerektiği belirtilmekteydi<sup>41</sup>.

Buna göre yönetim kurulunu toplantıya çağırın başkan veya vekili, toplantının yerini ve zamanını yapacağı çağrıda üyelere bildirmelidir. Ancak Eski Kanunda toplantıların yeri ve zamanı, anasözleşmeyle veya kurulun düzenlediği bir iç yönergeyle ya da kurul tarafından alınan bir prensip kararıyla belirlenmişse, artık her toplantıdan önce üyelere bir çağrı yapılmasına gerek olmadığı ileri sürülmekteydi. Bu görüşteki yazarlara göre yapılacak toplantının zamanında veya yerinde bir değişiklik varsa, üyelere yalnızca bu değişiklik bildirilmelidir<sup>42</sup>.

Kanaatimizce çağrı yapılmasına gerek olmadığına ilişkin bu görüş hiç çağrı yapılamaması şeklinde değil, yapılacak çağrıda toplantının yeri ve zamanına ilişkin

<sup>39</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 210.

Yazara göre imza karşılığı elden çağrı yapılmasında da bir sakınca bulunmamaktadır.

<sup>40</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 46; Sami Karahan, a.g.m., s. 175; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 267-268; Uysal, a.g.m., s. 324; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168.

<sup>41</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 210; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 269.

<sup>42</sup> Pulaşlı, a.g.e., s. 312.

ayrıca bir bildirimde bulunulmasına gerek olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü aşağıda inceleneceği üzere, yapılacak çağrıda toplantının gündemi de üyelere bildirilmelidir. Her bir toplantının gündemi de önceden sabit bir biçimde belirlenemeyeceğine göre, en azından bu konuya ilişkin olarak bir çağrı yapılması gerekecektir. Ancak gündemi bildirmek için yapılan bu çağrıda, toplantının yeri ve zamanında herhangi bir değişiklik olmadığını bildirmek de uygun olacaktır. Yeni Kanun döneminde bu konuda doğrudan bir düzenleme yapılmadığı için, eski kanun dönemine ilişkin yaptığımız bu açıklamaların geçerliliğini koruduğu söylenebilir.

Yine eski Kanun döneminde yönetim kurulunun “tele toplantı” yöntemiyle karar alabileceği de ileri sürülmekteydi<sup>43</sup>. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz üzere Yeni Ticaret Kanunu yönetim kurulu toplantılarının daha güncel ve pratik olan yol olan, internet üzerinden yapılabilmesine imkân vermiştir.

### 2.2.1.3. Toplantının Gündemi

Yönetim kurulu üyelerinin toplantıya hazır bir şekilde gelmeleri, kurulun verimli çalışabilmesi için bir gerekliliktir. Bu nedenle toplantıya katılacak üyeler toplantıdan belli bir süre önce gündemden haberdar edilmelidirler. Yönetim kurulunu toplantıya çağıran başkan veya vekili gündemi belirlemeli<sup>44</sup> ve toplantı çağrısında üyelere bildirmelidir<sup>45</sup>. Ancak toplantının gündemi ne olursa olsun, yönetim kurulu üyeleri toplantıya katılmakla yükümlü oldukları için, gündem maddelerinin bildirmesi zorunluluğunun bulunmadığı da savunulmaktadır<sup>46</sup>.

Üyelerin toplantıya hazırlıklı gelmeleri ve toplantının verimli bir biçimde yürütülebilmesi için gündemin önceden belirlenmesi gerekirse de<sup>47</sup>, genel kurul toplantılarında geçerli olan gündeme bağlılık ilkesi, yönetim kurulu toplantıları açısından geçerli değildir. Bu nedenle toplantıya katılan üyeler istedikleri konuların gündeme alınmasını başkandan talep edebilirler<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Eriş, a.g.e., s. 264. Eriş'e göre şirket anasözleşmesinde böyle bir hüküm bulunmasa dahi yönetim kurulu üyeleri aralarında alacakları bir kararla bu şekilde toplantı yapıp karar alabilirler. Ancak bu kararlar daha sonra mutlaka imzalanmalı ve karar defterine geçirilmelidir.

<sup>44</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 47; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 210-211; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 269; Pulaşlı, a.g.e., s. 310.

<sup>45</sup> Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 269.

Başkandan toplantı talep eden yönetim kurulu üyesi bu talebin gerekçesini ve toplantının gündemini başkana bildirmek zorundadır. Bakınız; dn. 30.

<sup>46</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 211.

<sup>47</sup> Elbette gündemin bildirilmesine ilişkin bir zorunluluk yoktur. Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 400.

<sup>48</sup> Fahiman Tekil, **Anonim Şirketler Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1993, s. 131; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Özkorkut, **İptal**, s. 47; Pulaşlı, a.g.e., s. 310-311; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 269; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 211; Uysal, a.g.m., s. 323; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 400.

Çevik'e göre, üyelerin gündem dışı görüşülmesini istedikleri konular, ancak oybirliğinin sağlanması halinde aynı toplantıda gündeme alınabilir ve görüşülebilir. Oybirliğinin sağlanamaması halinde



### 2.2.1.4. Toplantı ve Karar Yetersayıları

Yönetim kurulu toplantılarında alınan kararların geçerli olabilmesi için, bu kararlar Kanunda öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına uygun olarak alınmalıdır.

#### 2.2.1.4.1. Toplantı Yetersayısı

Eski Kanunun 330. maddesine göre anasözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça, yönetim kurulunun bir karar alabilmesi için toplantıda en azından üyelerin yarısından bir fazlasının hazır bulunması gerekmektedir. Bu hükümde kullanılan “üyelerin en az yarısından bir fazla” ifadesi, öğretilerde bir takım tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre bu ifade, kanunun ruhuna uygun bir biçimde “üye tamsayısının çoğunluğu” şeklinde yorumlanmalıdır<sup>49</sup>. Ancak bir diğer görüşe göre “üye tamsayısının çoğunluğu” ile “üyelerin en az yarısından bir fazla” ifadeleri birbirinden tamamen farklıdır<sup>50</sup> ve 330. maddenin lafzından ayrılmamak gerekir<sup>51</sup>. Yargıtay da kararlarında bu hükmün lafzına bağlı kalma eğilimini göstermiştir<sup>52</sup>. Hüküm lafzıyla yorumlayanlara göre üç üyeli bir yönetim kurulu, ancak üç üyeye toplanabilir. Çünkü üçün yarısı bir buçuktur, yarım kişi düşünülemezine göre bu sayı ikiye yuvarlanmalıdır. Bunun bir fazlası ise üçtür. Yine bu görüşe göre beş üyeli bir yönetim kurulu dört üyeye, yedi üyeli bir yönetim kurulu ise beş üyeye toplanabilmektedir.

Bu son görüşün doğruluğu kabul edilebilirse üç üyeli bir yönetim kurulunda

---

bu gündem ancak bir sonraki toplantıya alınabilir. Orhan Nuri Çevik, **Anonim Şirketler**, 3.b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1988, s. 503.

Domanıç ise yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar alabilme imkânından esinlenerek, gündem bildirmeden de toplantı yapılabileceğini ve toplantıda başkan veya üyeler tarafından gelecek tekliflerin gündeme alınarak karara bağlanabileceğini savunmaktadır. Domanıç, **Anonim Şirketler**, s. 399.

<sup>49</sup> Yedigâr İzmirli, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları**, Nobel, Ankara 2001, s. 49-50; Sami Karahan, a.g.m., s. 178-181, 183; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 268.

<sup>50</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 211.

<sup>51</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 50; Pulaşlı, a.g.e., s. 312; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 211; Orhan Nuri Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, 3. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 413; Eriş, a.g.e., s. 262-263; Tekil, a.g.e., s. 132.

<sup>52</sup> “...anonim şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısı asgari olan 3 kişi olarak belirlenmişse, bunun aksine ana sözleşme de yapılamayacağından, toplantı yeter sayısının da yarısından bir fazlası kuralı uyarınca 3 olacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla, dava konusu olayda, üç kişilik yönetim kurulunda kararların TTK'nın 98'inci madde yollaması ile aynı yasanın 330'ncü maddesi gereğince, Yönetim Kurulu'nun üyelerinin yarısından bir fazlasının yani; üç kişinin hazır olması ile toplanması gerektiği, bunun aksine eksik nisapla yapılan toplanma ile alınan kararın yok hükmünde olduğu...” Yargıtay 11. HD, 19.01.2004 tarih ve E. 2003-5611, K. 2004-313 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı). Benzer Yargıtay kararları için bakınız; Şükrü Yıldız, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları”, **XVIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2001.

üyelerden biri geçerli bir şekilde yapılan toplantı çağrısına rağmen, hiçbir geçerli mazereti olmadığı halde, sırf yönetim kurulunu toplanamaz hale getirmek için toplantılara katılmaktan kaçınabilir. Öğretide ve Yargıtay kararlarında bu gibi davranışlar Türk Medeni Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir<sup>53</sup>.

Yeni Kanun ise anasözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulunun üye tamsayısının çoğunluğuyla toplanabileceğini açıkça hükme bağlamıştır (TTK m. 390/1). Dolayısıyla Yeni Kanunun, Eski Kanunda yer alan hatalı ifadeyi tekrarlamak yerine, onu düzelterek toplanma ve karar almada kolaylık sağlamayı amaçlamıştır<sup>54</sup>. Bu durumda artık üç üyeli bir yönetim kurulunun iki üyeye, beş üyeli bir yönetim kurulunun üç üyeye, altı üyeli bir yönetim kurulunun ise dört üyeye toplanabilecektir.

Eski Kanunumuza göre kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsiline ilişkin 275. madde hükmü<sup>55</sup> saklı kalmak üzere, bir üyelik herhangi bir sebeple boşalırsa, yönetim kurulu kanuni şartları taşıyan birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip, ilk genel kurulun onayına sunabilir<sup>56</sup>. Bu yolla seçilen bir üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar (TTK m. 315/1). Yeni Kanunda buna benzer bir hükme yer verilmiş, ayrıca 363/2'de belirtilen hallerde üyeliğin başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ereceği ve bu yolla seçilen bir üyenin genel kurul tarafından onaylanması halinde, selefinin görev süresini tamamlayacağı da açıkça belirtilmiştir (TTK m. 363/1)<sup>57</sup>. Ancak bu hükümde

<sup>53</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 212; Özkorkut, **İptal**, s. 52.

Yargıtay 11. HD, 15.10.1993 tarih ve E. 1993-4858, K. 1993-6526 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

<sup>54</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s.147.

<sup>55</sup> Yeni Kanunun 334. maddesi bu hükmü karşılamaktadır:

“Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinden birine, anasözleşmede öngörülecek bir hükümle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı tanınabilir.

Birinci fıkrada yazılı şirketlerde pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, ancak bunlar tarafından görevden alınabilir.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haizdir. Kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Tüzel kişinin rücu hakkı saklıdır.”

<sup>56</sup> Yönetim kurulu üyeliğini kazanmanın dört farklı yolu bulunmaktadır. Bunlar genel kurul tarafından seçilme (ETK m. 360/1, TTK m. 408/2-b), anasözleşmeyle atanma (TTK m. 339/3), kamu tüzel kişisi tarafından atanma (ETK m. 275, TTK m. 334) ve yönetim kurulu tarafından seçilmedir. Genel kurul tarafından seçilme kural, diğer üç yol ise istisnaidir. İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 191-193.

<sup>57</sup> Kendigelen, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 255; Genel kurul seçilenin üyeliğini onaylamazsa, bu karar ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Yani üye yönetim kurulunca seçildiği tarihten itibaren genel kurulun bu seçime onay vermediği tarihe kadar yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz sayılır. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 280.

yönetim kurulunun tek kişiden oluşması halinde bu üyelik herhangi bir şekilde boşalır ne olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Öğretide de haklı olarak savunulduğu gibi Kanunda, tek kişilik yönetim kurulları bakımından üyenin görevinin sona ermesinden itibaren genel kurulun toplanmasına kadar geçecek sürede görev yapmak üzere yedek üye seçimi yapılması zorunlu tutulmalıydı<sup>58</sup>.

Eski ve Yeni Kanunda her ne kadar “bir üyeliğin” boşalması halinde yönetim kurulunun bunun yerine seçim yapabileceği öngörülse de, öğretide, toplantı yeter sayısını sağlıyor olabilmek şartıyla birden fazla üyeliğin boşalması halinde de yönetim kurulunun bu boş yerleri doldurabileceği ileri sürülmektedir<sup>59</sup>. Anasözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmuyorsa yönetim kurulu üye tamsayısının çoğunluğuyla toplanıp, kararlarını toplantıda hazır bulunanların çoğunluğuyla alabileceğine göre (TTK m. 390/1) beş üyeli bir yönetim kurulunda iki üyelik boşalır geri kalan üç üye bu boşlukları doldurmak için toplanıp seçim yapabilecektir.

Üç üyeli bir yönetim kurulunun ancak üç üyeyle toplanabileceğini içtihat eden Yargıtay, Eski Kanun döneminde üç kişilik yönetim kurulunda, bir üyeliğin boşalması halinde kalan iki üyenin Kanunun 315. maddesinin 1. fıkrası uyarınca toplanıp, boşalan üyelik için seçim yapabileceğine karar vermiştir<sup>60</sup>.

#### 2.2.1.4.2. Karar Yetersayısı

Anasözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde yönetim kurulu kararları toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğuyla alınır (ETK m. 330/1, TTK m. 390/1). Bu durumda üç üyenin hazır bulunduğu bir yönetim kurulunda karar yetersayısı ikidir. Beş üyede çoğunluk üç, altı üyede ise, dördür. Bu nisap esas sözleşme ile ağırlaştırılabilir, ancak hafifletilemez<sup>61</sup>.

Yönetim kurulu toplantılarında her üyenin bir oy hakkı bulunmaktadır<sup>62</sup>. Yönetim kurulunda oylama, kural olarak, açık olarak yapılır; ancak gerekliyse oylamanın gizli yapılmasına da karar verilebilir<sup>63</sup>.

Öğretide, kanuni bir yasak söz konusu olmadığı için çekimser oy kullanılabilir, ancak bu oyların karar nisabı açısından olumsuz sayılması gerektiği ileri

<sup>58</sup> Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:61, (2005), s. 74.

<sup>59</sup> İzmirli, a.g.e., s. 46-47; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 280; Pulaşlı, a.g.e., s. 302.

<sup>60</sup> Yargıtay 11. HD, 08.02.1990 tarih ve E. 1989-5478, K. 1990-708 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı).

<sup>61</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s.148.

<sup>62</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 51; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Uysal, a.g.m., s. 327; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270.

<sup>63</sup> Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270.

sürülmektedir<sup>64</sup>. Buna karşılık öğretide ancak kabul veya ret şeklindeki oyların kesinlikle belirlenebileceği bu nedenle çekimsiz oy kullanılmasının yerinde olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>65</sup>.

Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar (ETK m.330/1, TTK m. 390/2). Bu nedenle öğretide geçerli bir mazeret nedeniyle toplantıya katılmayan üyenin, gündemdeki maddelere ilişkin görüşlerini ve oyunu yazılı olarak bildirmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir<sup>66</sup>. Bu durumda gönderilen görüşler ve oy tutanağa geçirilmeli ve karar yetersayısının tespitinde nazara alınmalıdır. Ancak toplantıya bizzat katılma şartı olduğundan, üyelerin oylarını yazılı olarak gönderemeyecekleri de savunulmaktadır<sup>67</sup>.

Oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır (ETK m. 330/1, TTK m. 390/1). Görüldüğü gibi Kanunumuzda oyların eşit olması durumunda başkanın görüşüne üstünlük tanınmamaktadır. Hâlbuki İsviçre Borçlar Kanununa göre aksi anasözleşmede öngörülmemişse, yönetim kurulu başkanının oyu üstündür (m. 713/3). Eski Kanun döneminde öğretide, yönetim kurulu başkanının oyuna üstünlük tanımak amacıyla anasözleşmeye hüküm koyulabileceği ileri sürülmekteydi<sup>68</sup>. Bu görüştekiler, yönetim kurulu başkanını yönetim kurulu üyeleri seçtiğine göre, kurulun daha aktif bir biçimde çalışabilmesine olanak sağlamak amacıyla, başkana üstün oy hakkı tanımının yerinde olduğunu savunmaktaydılar<sup>69</sup>. Ancak anasözleşmeye bu yönde bir hüküm koymanın mümkün olmadığını, Eski Kanunun 330. maddesindeki ifadelerin buna engel olduğunu; yani hiçbir şekilde başkanın görüşüne üstünlük tanınamayacağını ileri süren görüşler de mevcuttu<sup>70</sup>. Yeni Ticaret

<sup>64</sup> Uysal, a.g.m., s. 327; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168.

<sup>65</sup> Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 504.

Ancak Çevik başka bir eserinde çekimsiz oyların ret etkisi yaratacağını ileri sürmüştür. Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, s. 416.

<sup>66</sup> Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270; Uysal, a.g.m., s. 327.

Çevik'e göre bu imkân ancak anasözleşmede böyle bir düzenleme olması şartıyla kullanılabilir. Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, s. 416.

<sup>67</sup> Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, 1.Cilt, Beta, İstanbul, 2001, s. 283, (Makale).

<sup>68</sup> Yaşar Karayalçın, "Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu", **BATİDER**, Cilt:5, Sayı:3 (1970), s. 526 vd.; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 212; Tekil, a.g.e., s. 133; Pulaşlı, a.g.e., s. 316; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 271; Sami Karahan, a.g.m., s.184; Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, s. 415; Uysal, a.g.m., s. 328.

<sup>69</sup> Pulaşlı, a.g.e., s. 316.

<sup>70</sup> Çevik, **Anonim Şirketler**, s. 506; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 402-404; Hüseyin Ülgen, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Başkanının Üstün Oyu", **BATİDER**, Cilt:6, Sayı:4, (1972), s. 667 vd.

Kanununda ise emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340), 390. maddedeki ifade ile anasözleşme yoluyla başkanın oyuna üstünlük tanımayı tamamen engellemektedir<sup>71</sup>

Buna karşın Yeni Kanunda, limited şirketlerdeki müdürler kurulunda kararların çoğunlukla alınabileceği, eşitlik halinde başkanın oyunun üstün sayılacağı düzenlenmiştir (TTK m. 624/3). Aynı düzenlemeye anonim şirketlerin yönetim kurulu bakımından yer verilmemesinin nedenini anlayamamaktadır.

### 2.2.1.4.3. Toplantı ve Karar Yetersayısının Anasözleşmeyle Değiştirilmesi

Eski Ticaret Kanunu döneminde şirket anasözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde toplantı ve karar yetersayıları açısından 330. madde hükmü uygulama alanı bulmaktaydı. Öğretide ise, toplantı ve karar yetersayıları bakımından, anasözleşme hükümlerinin yalnızca ağırlaştırıcı bir nitelik taşıyabileceği, kanunda gösterilen yetersayıların asgari sınır bakımından emredici nitelikte olduğu savunulmaktaydı<sup>72</sup>. Bu görüşün kabulü kanunda gösterilen yetersayıları azaltan anasözleşme hükümlerinin geçersiz sayılmasını gerektirmekteydi. Ancak bu görüşün aksi de savunulmaktaydı<sup>73</sup>. Söz konusu görüşe göre 330. maddede “aksine hüküm olmadıkça” sözcükleri kullanılmadığı ve başka herhangi bir unsur veya sınırlamaya yer verilmediğinden, Kanunda belirtilen asgari sayının altına düşmemek koşuluyla anasözleşmede toplantı yetersayısını hafifleten bir düzenlemeye yer vermek de mümkün olmalıydı<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s.148; Karasu, a.g.e., s. 150. Ayrıca Limited şirketler açısından krş. TTK m.624.

<sup>72</sup> Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 268-269; Pulaşlı, a.g.e., s. 313.

<sup>73</sup> Eriş, a.g.e., s. 263.

<sup>74</sup> Eriş, a.g.e., s. 263; Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 401.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bu konuyla ilgili olarak bir karar vermiştir. Karara göre: “TTK.nın 330/1. maddesi hükmünün emredicilik vasfı ile yine bu maddede yer alan “Esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça” ibaresinin bu nitelikteki hükümle nasıl bağdaştırılacağına irdelenip, yorumlanmasını gerektirmektedir. Ne var ki, bu inceleme ve yorum yapılırken bu madde sadece tek başına değil, anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısını belirleyen aynı Yasanın 312. maddesi hükmü ile birlikte ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur. Zira bu kurulun oluşumunu düzenleyen anılan maddenin ilk fıkrasında, yönetim kurulunun en az, 3 kişiden oluşacağı belirtilerek bu husus açık ve emredici bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinde, TTK. 330/1. maddesindeki emredicilik vasfının 3 kişilik yönetim kurulu bakımından öngörüldüğünün kabulü gerekmektedir. Diğer bir deyişle, anonim şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısı asgari olan 3 kişi olarak belirlenmişse, bunun aksine ana sözleşme de yapılamayacağından, toplantı yeter sayısının da yarıdan bir fazlası kuralı uyarınca 3 olacağı kuşkusuzdur. Böyle değil de, dava konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi ana sözleşme ile yönetim kurulu üye sayısı 5, 7 ve 9... kişi olarak belirlenerek TTK.nın 312. maddesinde belirlenen asgari sayının üzerine çıkıldığında, TTK.nın 330/1. maddesinde öngörülen aksinin ana sözleşme ile kararlaştırılabileceği hükmünden yararlanılarak, toplantı yeter sayısının “yarıdan bir fazlası” ilkesine aykırı olarak çoğunluk, yani “yarıdan fazla” ilkesinin benimsenebileceğinin ve bu benimsemenin emredici hükme aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabulü şirketler uygulamasında şirketin çalışabilirliği bakımından menfaatler dengesine uygun düşeceği gibi, yine şirketler hukukundaki ana prensip olan “çoğunluk kararı ile yönetilme” ilkesine de ters düşmeyecektir. Zira bir ana sözleşme

Yeni Ticaret Kanunu ise belirlediği toplantı ve karar yetersayılarının, anasözleşmede “ağırlaştırıcı” bir hüküm bulunmadığı sürece geçerli olduğunu düzenlemiştir (TTK m. 390/1). Dolayısıyla Yeni Kanun yukarıda zikredilen tartışmayı birinci görüş lehine çözümlenerek anasözleşme yoluyla toplantı ve/veya karar yetersayılarının yalnızca artırılmasına imkân tanımış; azaltılmasını ise yasaklamıştır. Zira Kanunda yer alan hüküm, toplantı ve karar yetersayılarının aşağı haddini göstermek bakımından emredici bir nitelik taşımaktadır<sup>75</sup>. Yine ilgili hükmün gerekçesine göre yönetim kurulunun azınlığı oluşturan sayıda üyenin varlığıyla toplanabilmesi bir yandan kurul kavramına aykırı düşmektedir, diğer yandan da azınlıkta kalan üyelerle toplanabilen bir yönetim kurulunun içerideki üyelerinin çoğunluğuyla karar verebilmesi, genel kurulun seçimiyle oluşan organ kavramıyla bağdaşmamaktadır. Dokuz üyeden oluşan bir yönetim kurulunun üç üyeye toplanıp, iki üyenin olumlu oyuyla karar alabilmesi bu nedenle kabul edilemez bir durumdur. Ayrıca bir teklifin imzalanması yoluyla (TTK m. 390/5) ve elektronik ortamda (TTK m. 1527/1) yönetim kurulunun karar almasına olanak sağlandığından, azınlıkta kalan üyelerle yönetim kurulunun toplanmasına imkân vermek tutarlı bir çözüm olarak da değerlendirilemez.

### 2.2.1.5. Yönetim Kurulu Üyelerinin Yönetim Kurulu Toplantılarında Kendilerini Temsil Ettirip Ettiremeyeceği Sorunu

Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar (ETK m.330/1, TTK m. 390/2). Öğretide de ifade edildiği gibi bu hüküm yönetim kurulu üyeliğinin üyenin şahsına sıkı sıklıya bağlı bir görev olmasının sonucudur<sup>76</sup>. Ancak bu hükmün geçerli bir mazereti olup da toplantıya katılamayan üyenin durumunu ağırlaştırdığı da ortadadır. Yeni Kanun bu zorluğu ortadan kaldırmak için anasözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, yönetim kurulu toplantıları tamamen elektronik ortamda yapılabileceğini, bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir (TTK m. 1527/1).

---

ile değiştirilemeyecek olan emredici husus, şirketin çoğunlukla yönetilmesine ilişkin ana kuraldır. Davanın dayanağı olan ana sözleşmede ise bu emrediciliğe aykırı bir hüküm bulunmamaktadır.” Yargıtay 11. HD, 05.04.2001 tarih ve E. 2001-2366, K. 2001-3127 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Benzer kararlar için bakınız; Yargıtay 11. HD, 19.04.2001 tarih ve E. 2001-2780, K. 2001-3343 sayılı kararı.

İmregün'e göre ise, anasözleşmeyle toplantı yetersayısı hem artırılabilir hem de azaltılarak “mutlak çoğunluk” esası kabul edilebilir. Hatta bu yetersayısının “mutlak çoğunluğun” altına indirilebilmesi de mümkündür. Ancak yönetim kuruluna özgü olanlar ve şirketle pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenlemeye yönelik kararlarda, ancak mutlak çoğunluk esasının kabulü mümkündür. İmregün, Makale, s. 286.

<sup>75</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s.148.

<sup>76</sup> Çamoğlu, a.g.e., s. 79.

Elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması ise şarttır (TTK m. 1527/3). Dolayısıyla Kanun mazereti bulunan yönetim kurulu üyelerinin de mazeretlerine rağmen toplantıya katılmalarına imkân sağlayacak düzenlemelere yer vermiştir.

Anasözleşmede yönetim kurulu toplantısının elektronik ortamda yapılabileceği öngörülmemişse veya öngörülmesine rağmen henüz teknik alt yapı oluşturulamamışsa yahut üyenin geçerli mazereti, elektronik ortam üzerinden yapılan toplantıya katılmasına engelse, gündem maddelerine ilişkin görüşlerini ve oyunu yazılı olarak yönetim kuruluna bildirmesi ise mümkündür. Ancak bu bildirim toplantıdan önce yapılmalı ve tutanağa geçirilmelidir.

Öğretide vekâleten kullanılan oyların hukuken geçersiz sayılacağı ileri sürülmektedir<sup>77</sup>.

### 2.2.1.6. Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantıya Katılma Yasağı

Yönetim kurulu üyesi, kendisinin veya 349. maddede sayılan yakınlarının menfaatlerini ilgilendiren konuların yönetim kurulundaki görüşmelerine katılmaz. Görüşmelere katılmama, öncelikle o husustaki toplantılara katılmamayı ve oy kullanmamayı da kapsar<sup>78</sup>. Eski Kanunun 349. maddesinde sayılan yakınlar; üyenin alt soy veya üst soyu, eşi ve 3. dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve kayın hısımlarıdır. Böyle bir durum müzakere konusu olunca ilgili üye durumu kurula bildirmeye ve durumu o toplantının tutanağına yazdırmaya mecburdu (ETK m. 332/1). 332. maddenin son fıkrasına göre bu yasağa aykırı davranış sonucunda şirketin zarar görmesi halinde, ilgili üye bu zararı tazmin etmek mecburiyetindeydi (ETK m. 332/3)<sup>79</sup>.

Öğretide ise, bu yasağın tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin, temsilcisi buldukları tüzel kişilikle anonim şirket arasında yapılacak iş ve işlemlere ilişkin görüşmeleri de kapsadığı savunulmaktaydı<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Kendigelen, age, s. 277, 278; Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, s. 413.

<sup>78</sup> Çamoğlu, a.g.e., s. 89.

<sup>79</sup> Öğretide, bu hükümde düzenlenen sorumluluk haline ilişkin olarak iki fikrin savunulabileceği, bunlardan birincisinin, burada özel bir sorumluluk halinin öngörülmüş olduğu; ikincisinin ise aslında bu hükümle Eski Kanunun 336. maddesinin 5. bendi anlamında yönetim kurulu üyelerinin üzerine bir görevin yüklenmiş olduğudur. Çamoğlu, a.g.e., s. 90-92.

<sup>80</sup> Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayın No:51, Ankara 1965, s.136-137; Haluk Tandoğan, "Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili", **BATİDER**, Cilt:1, Sayı, 1, (1961),

Ayrıca hakkında yönetim kurulu toplantısına katılma yasağı bulunan üyenin toplantı ve karar yetersayılarının belirlenmesinde nazara alınmayacağı da ileri sürülmektedir<sup>81</sup>.

Yeni Kanunun konuyu düzenleyen 393. maddesine göre ise, yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Görüldüğü gibi Yeni Kanunda şirketle üye veya üye yakınının menfaat çatışmasının, “*kişisel*” ve “*şirket dışı*” olması gerektiği vurgulanmıştır. İlgili maddenin gerekçesinde “*kişisel*” sözcüğüyle bizzat üyeye veya yakınına yönelik, onları konu alan ve onlarla ilgili bulunan bir menfaatin kastedildiği, yoksa bir topluluğa ait olup da kişinin de yararlanabileceği bir kazanç, bir avantaj veya bir zararın önlenmesi gibi hallerin kişisel sayılmayacağı belirtilmiştir. Yine gerekçeye göre menfaat “*şirket dışı*” olmalıdır, yoksa bir üye kendisinin, eşinin alt veya üst soyundan birinin bir şirket görevine seçimi, atanması, görevden alınması, yolluk belirlenmesi gibi “*şirketi ilgilendiren*” bir işle ilgili müzakerelere katılabilir<sup>82</sup>.

Yeni Kanun bu yasağın yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanacağını düzenlemiştir. Örneğin bir ortağın boşandığı eşinin veya nişanlısının kişisel ve şirket dışı menfaatiyle, şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaması, dürüstlük kuralları gereği ileri sürülebilir. Kanuna göre yasağın uygulama alanına ilişkin olarak tereddüt uyanan hâllerde, kararı yönetim kurulu verir; bu oylamaya ilgili üye katılamaz (TTK m. 393/1). İlgili maddenin gerekçesinde, anonim şirket organları arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmadığından, yönetim kurulunun

s. 30-31; Mehmet HELVACI, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. b., Beta, İstanbul 2001, s. 56; Eriş, a.g.e., s. 277.

Eski Ticaret Kanununun 312. maddesinin 2. fıkrasına göre şirkette pay sahibi olan bir tüzel kişi, yönetim kurulu üyesi olarak seçilemiyor; ancak tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişiler yönetim kuruluna üye seçilebiliyordu. Yeni Ticaret Kanununun 359. maddesinin 2. fıkrasına göre ise bir tüzel kişinin yönetim kuruluna üye seçilebilmesi mümkündür. Bu durumda tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de ticaret siciline tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir. Bu hüküm sayesinde tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olarak seçilebilmelerinin önü açılmıştır. Böylelikle tüzel kişilerin gerçek kişi temsilcilerinin arkasına saklanarak yönetim kurulu üyeliğine ilişkin sorumluluklardan kaçması engellenebilecektir. Yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilir (TTK m. 364/1). Bu değişiklik ticaret siciline tescil edilmeli ve şirketin sitesinde derhal açıklanmalıdır.

<sup>81</sup> Sami Karahan, a.g.m., s. 185; Eriş, a.g.e., s. 276.

İmregün'e göre ise, yasaklı üye toplantı yetersayısının belirlenmesinde nazara alınmalı, yalnızca karar yetersayısının belirlenmesi açısından nazara alınmamalıdır. İmregün, **Makale**, s. 287; Domanıç, **Anonim Şirketler**, s. 401.

<sup>82</sup> Kendigelen, age, s.281.



bu hususa ilişkin olarak verdiği kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Bu halde bu uyuşmazlığın genel kurula götürülmesi mümkün değildir. Ancak gerekçede yönetim kurulunun bu husustaki kararına karşı mahkemede dava açılıp açılmayacağı sorununun mahkeme içtihatları yoluyla ve öğreti yardımıyla çözülmesi gerektiği de bildirilmiştir.

Menfaat uyuşmazlığı yönetim kurulu tarafından bilinmiyor olsa bile, ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak zorundadır (TTK m. 393/1).

Müzakereye katılmamanın sebebi ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılmalıdır (TTK m. 393/3).

Yasağa aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi ve menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin toplantıya katılmasına itiraz etmeyen üyeler ve söz konusu üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri, bu sebeple şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdürler (TTK m. 393/2)<sup>83</sup>. İlgili maddenin gerekçesinde bu sorumluluğun kusur esasına dayandığı ve bir kurul kararı veya eylemi söz konusu olmadığından müteselsil olmadığı da belirtilmiştir.

Öğretide, bu yasağa rağmen üyenin toplantıya katılması halinde alınan kararın geçersizliği için genel hükümlerden de yararlanılabileceği ileri sürülmektedir<sup>84</sup>. Bu halde yasaklı üye toplantı esnasında aldatıcı fiil ve beyanlarda bulunmuşsa Borçlar Kanununda düzenlenen hileye (aldatma) ilişkin hükme başvurulabilir (BK m. 28, TBK m. 36). Yasaklı üye toplantı esnasında kurula karşı maddi veya manevi baskı uygulamışsa ikraha (korkutma) ilişkin hükümlere başvurmak mümkündür (BK m. 29 vd., TBK m. 37 vd.).

Yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar aldığı hallerde (ETK m. 330/2, TTK m. 390/4) ise ilgili üye, durumunu karar önerisini bildiren kâğıda yazarak belirtmek zorundadır<sup>85</sup>.

### 2.2.1.7. Yönetim Kurulu Toplantı Tutanaqları

Eski Kanunun 330. maddesine göre yönetim kurulundaki müzakereler, üyeler arasından veya dışarıdan seçilecek bir kâtip aracılığıyla düzenli bir şekilde kayıt altına alınır; yani tutanağa bağlanır. Öğretide yönetim kurulunun belirli bir toplantının veya tüm toplantıların bir banda kaydedilmesine ve daha sonra bu bantların

<sup>83</sup> Eski Kanunda böyle bir hüküm yer almamasına rağmen, Domaniç, yasağa uymayan üyeyle beraber yasağı bilen veya öğrenebilir de ilgili üyeyi uyarmayan ve hatta toplantıya katılmaktan men etmeyen diğer üyelerinde müteselsilen sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Domaniç, **Şerh**, s. 616.

<sup>84</sup> Çamoğlu, a.g.e., s. 92; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 295.

<sup>85</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 53.

tutanağa dönüştürülmesine karar verebileceği de ileri sürülmektedir<sup>86</sup>. Yine kararların aynen geçirilmesi şartıyla tutanağın, özet olarak da tutulabileceği savunulmaktadır<sup>87</sup>.

Eski Kanuna göre tutanaklar, toplantının sonunda hazır bulunan üyeler tarafından imzalanmalıdır (ETK m. 330). Öğretide toplantıya katılan bir üyenin tutanağı imzalamaktan kaçınması halinde, bu durumun tutanağı imzalayan diğer üyeler tarafından tutanağa yazılıp imzalanmasının, kararın geçerliliğini sağlamak bakımından yeterli olduğu ileri sürülmektedir<sup>88</sup>.

Toplantıda alınan karara muhalif kalan üyeler varsa bunların muhalefet sebepleri de tutanağa yazılmalıdır (ETK m. 330). Karar muhalif kalan üyelerin muhalefet sebeplerini tutanağa kaydettirip imzalamaları, kendilerini sorumluluktan kurtarabilmek açısından önem taşır. Gerçekten bir üyenin yalnızca olumsuz oy vermiş olması kendisini sorumluluktan kurtaramaz<sup>89</sup>. Öğretide olumlu oy vermiş olsa dahi, her üyenin o karara ilişkin yapmış olduğu konuşmanın veya savunduğu görüşün tutanağa geçirilmesini talep edebileceği belirtilmektedir<sup>90</sup>.

Yeni Kanun ise yönetim kurulu toplantı tutanaklarına ilişkin böyle bir hükme yer vermemiş ve 390. maddesinin gerekçesinde bu durumun nedenini, “doğal olanı düzenlemeye ihtiyaç olmadığı” şeklinde ifade etmiştir.

Yönetim kurulu kararlarının geçerliliği, yazılıp imza edilmelerine bağlıdır (ETK m. 330/3, TTK m. 390/5). İmzalar, karar için yeter sayıda olumlu oy kullanan üyeler tarafından atmalıdır. Alınan kararlar, toplantıda hazır bulunan üyelerin adları, toplantı günü, verilen oylar ve diğer açıklayıcı bilgilerle beraber yönetim kurulu karar defterine geçirilmeli ve şirket temsilcileri tarafından imzalanmalıdır (ETK m. 78.) Bu hükmün Yeni Kanunda karşılığı ise bulunmamaktadır.

<sup>86</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 269; Uysal, a.g.m., s. 326.

<sup>87</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 213.

<sup>88</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 215; Özkorkut, **İptal**, s. 93.

İmregün'e göre bu halde durum tutanağı imzalamaktan kaçınan üyeye yazılı olarak bildirilmelidir. İmregün, s. **Anonim Ortaklıklar**, 215.

Özkorkut ise bu bildirim kararın geçerliliğini sağlamak bakımından gerekli olmadığını savunmaktadır. Özkorkut, **İptal**, s. 93, dn. 20.

İmregün bir başka eserinde, yönetim kurulu üyesinin toplantı tutanağını imzalamaktan kaçınması halinde, durumun saptanması için toplantıya bir noterin çağrılmasının isabetli olacağını belirtmiştir. İmregün, Makale, s. 287.

<sup>89</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 52; Uysal, a.g.m., s. 326; Bahtiyar **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168-169; Çevik, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, s. 416.

Hatta toplantıya çağrıldığı halde geçerli bir mazereti olmaksızın toplantıya katılmayan üye dahi, bazı şartlar altında bu toplantıda alınan kararlardan sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu hususta bakınız; dn. 21.

<sup>90</sup> Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 168-169; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 269.

### 1.1.2. Yönetim Kurulunun Elektronik Ortamdaki Toplantıları

Anasözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, anonim şirket yönetim kurulu toplantıları tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi (sanal –virtüel-toplantı)<sup>91</sup>, bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması da (online katılımlı toplantı)<sup>92</sup> mümkündür. Bu hâllerde Kanunda veya anasözleşmede öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin hükümler aynen uygulanır (TTK m. 1527/1, 390/1)<sup>93</sup>.

Elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şarttır (TTK m. 1527/3). Kimliklerin saklanmasına ilişkin bu koşulun yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira daha önce belirttiğimiz gibi bazı durumlarda oylamanın gizli yapılmasına karar verilebilmektedir. Bu halde gizliliği sağlamak mümkün olmayacaktır.

Anasözleşme gereği, yönetim kurulu bu yolla oy kullanmanın bütün şartlarını gerçekleştirmek ve ortağa gerekli bütün araçları sağlamak zorundadır (TTK m. 1527/4).

Elektronik ortam üzerinden yönetim kurulu toplantısının yapılması ve karar alınmasının yanı sıra, genel kurula da elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme mümkündür (TTK m. 1527/5). Dolayısıyla yeni kanun döneminde yönetim kurulu toplantılarında güvenli e-imza ve e-posta ile karar alınması mümkündür (TBK md.14, TTK md.18/3)<sup>94</sup>.

Elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri elektronik posta adreslerini şirkete bildirmekle yükümlüdürler (TTK m. 1528).

Elektronik ortamda verilen oyun gerçek sahibi tarafından kullanılmasına ve

<sup>91</sup> Bu nitelendirme için bakınız; Fatih Bilgili, “İnternet ve Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 574; Şaban Kayıhan, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 621; Mehmet Emin Bilge, “Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılım”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 1 Ticaret Hukuku, Beta, İstanbul, s. 224.

Bu tür toplantılarda her şey internet üzerinden gerçekleştirilmekte ve katılımcılar fiziki bir mekânda fiili olarak hazır bulunma zorunluluğundan kurtulmaktadır.

<sup>92</sup> Bu nitelendirme için bakınız; Bilgili, a.g.m., s. 574-575; Kayıhan, a.g.m., s. 621.

Bilge ise bu tür toplantıyı “İnternet Destekli Toplantı” olarak adlandırmaktadır. Bilge, a.g.m., s. 225.

<sup>93</sup> Kendigelen, age, s.277.

<sup>94</sup> Tekinalp, **Esaslar**, s.149.

uygulamaya ilişkin kurallar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tebliğle düzenlenecektir (TTK m. 1527/6)<sup>95</sup>.

Bilişim teknolojisinde yaşanan gelişmelerin, Yeni Kanunla ticaret hukuku alanına aktarılması gerçekten önemli bir değişimdir. Yönetim kurulu toplantılarının online katılımlı veya sanal bir biçimde yapılabilmesi hem bu toplantılara katılımı artıracak hem de para ve zaman kaybının önüne geçmiş olacaktır<sup>96</sup>. Ancak yaşana-bilecek teknik arızalar toplantılar açısından pek çok sorunu da beraberinde getire-bilecek nitelikte olduğundan<sup>97</sup>, gerekli teknik alt yapının sağlanabilmesi en önemli husus olacaktır<sup>98</sup>.

### 2.3. Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması

Eski Kanun döneminde yönetim kurulunun kararlarını kural olarak toplantı yapmak suretiyle alırdı<sup>99</sup>. Ancak üyelerden hiç biri toplantı talebinde bulunmadıkça yönetim kurulu kararları, içlerinden birinin belirli bir hususa dair yaptığı teklife diğerlerinin yazılı onaylarını alma yoluyla da alınabilirdi (ETK m. 330/2).

Yeni Kanun ise, m. 390/4'de bu hususu şu şekilde düzenlemiştir:

*“Üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır...”*

Dolayısıyla kanuna göre “elden dolaştırma”<sup>100</sup> yoluyla karar alınabilmesi için, üyelerden hiç birinin teklife ilişkin müzakere yapılması talebinde bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca teklif, tüm yönetim kurulu üyelerinin bilgisine sunulmuş da olmalıdır. Bu nedenle öğretide elden dolaştırma yoluyla alınacak kararlarda toplantı yetersayısının oybirliği olduğu ileri sürülmektedir<sup>101</sup>. Bazı yazarlar ise burada bir

<sup>95</sup> Hükümün 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde konunun yönetmelik ile düzenleneceği belirtilmekteydi.

<sup>96</sup> Bu tür toplantıların diğer faydaları için ayrıca bakınız; Bilgili, s. 575, 583-584; Kayıhan, s. 616-620.

<sup>97</sup> Kayıhan, a.g.m. s. 628; Bilgili, a.g.m., s. 581-582.

<sup>98</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/08/20120829-10.htm>.

<sup>99</sup> İmregün'e göre, bazı durumlarda yönetim kurulunun toplantı yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Eski Kanunun “Son yıllık bilançodan esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, idare meclisi derhal *toplana*arak durumu umumi heyete bildirir.” diyen hükmü, bu zorunluluğu göstermektedir (ETK m. 324/1). İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 209.

<sup>100</sup> Kavram için bakınız; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270; Tekinalp, **Esaslar**, s.148. Teoman, burada önceden hazırlanmış bir kararın imzalanmak üzere üyeler arasında dolaştırılması kaçınılmaz olmadığı için bu nitelermeyi benimsemediğini ifade etmektedir. Yazara göre “yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar alması” ya da “önerinin yazılı olarak kabulü suretiyle karar alınması” deyimleri bu kurumu çok daha iyi ifade etmektedir. Ömer Teoman, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f.2)”, **Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-**, Cilt: II 1982-2001, Beta, İstanbul, 2001, s. 489.

<sup>101</sup> Çamoğlu, a.g.e., s. 79; Uysal, a.g.m., s. 332; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270.

toplantı söz konusu olmadığından, toplantı yetersayısından bahsedilemeyeceğini, yalnızca önerinin tüm kurulun üyelerine yöneltilmesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>102</sup>. Yine öğretilerde karar şeklinde yazılmış önerinin tüm yönetim kurulu üyelerinin bilgisine sunulmuş olduğunun karar metninden anlaşılabilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Yani karar metninde her üyenin önerinin kendisine ulaştığını gösteren imzasının bulunması şarttır. Karar şeklinde yazılan öneri üyenin bilgisine sunulduğu halde, bir üye imza atmamakta ısrar ederse, bu durumun tutanağa bağlanmasının imza yerini tutacağı da ileri sürülmektedir<sup>103</sup>.

Yeni Kanun elden dolaştırma yoluyla alınan kararların, üye tam sayısının çoğunluğunun onayını gerektirdiğini açıkça düzenlemiştir. Eski Kanunun bu hususta açık bir düzenleme içermemesi öğretilerde bu hususa ilişkin tartışmaların doğmasına neden olmuştu. Bir görüş<sup>104</sup>, karar yetersayısının üye tam sayısının yarısının bir fazlası (veya üye tamsayısının çoğunluğu) olduğunu savunurken; bir diğer görüş<sup>105</sup>, oybirliğinin gerekli olduğunu savunmaktaydı. Yeni Ticaret Kanunu bu tartışmaya birinci görüş lehine son vermiştir<sup>106</sup>.

Yine Yeni Kanuna göre, onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştirılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi, kararın geçerliliği için gereklidir (TTK m. 390/4).

Öğretilerde yönetim kurulunun bu yolla karar almasının istisnai bir nitelik taşıdığı savunulmaktadır. Bu hükme ancak yönetim kurulunun toplanmasının imkânsız olduğu hallerde başvurulmalıdır<sup>107</sup>.

Yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karara aldığı hallerde, bir üye Eski Kanunun 332. maddesine (TTK m. 393) göre toplantıya katılmaktan yasaklıysa, durumunu, karara teklifini bildiren kâğıtta belirtmek zorundadır.

#### 2.4. Yönetim Kurulu Kararlarının Etkisi ve Uygulanması

Yönetim kurulunun aldığı kararlar, şirket adına yapılacak hukuki iş ve işlemlerin dayanağını oluşturmaktadır<sup>108</sup>. Kararların üçüncü kişiler açısından hüküm ifade

<sup>102</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 51; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 169; Teoman, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f.2)”, s. 496; Sami Karahan, a.g.m., s. 183.

<sup>103</sup> Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270; Uysal, a.g.m., s. 332.

<sup>104</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 51; Teoman, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f.2)”, s. 496-497; Eriş, a.g.e., s. 264; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 270.

<sup>105</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 208.

<sup>106</sup> Kendigelen, age, s.278.

<sup>107</sup> Teoman, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f.2)”, s. 489-491; Tekil, s. a.g.e., 133.

<sup>108</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 53; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 214.

edebilmesi bunların uygulanmalarıyla, eğer gerekliyse ilgili 3. kişilere tebliğleriyle veya bazı hallerde ticaret siciline tescil ve ilan edilmeleriyle<sup>109</sup> mümkün olur. Bu nedenle yönetim kurulu tarafından alınan bir karar, uygulamaya konmadığı, ilgisine tebliğ edilmediği veya tescil ve ilan edilmediği sürece yalnızca şirket içi bir işlem niteliğindedir<sup>110</sup>.

Bunun yanı sıra yönetim kurulu başkanının veya vekilinin seçimi gibi bazı kararlar ayrıca uygulama gereksizdir kurucu etkiye sahiptirler<sup>111</sup>.

Öğretide yönetim kurulunun üçüncü kişileri veya şirket pay sahiplerini ilgilendiren kararlarının, henüz ilgililerine tebliğ edilmeden, yeni bir kararla değiştirilmesinin veya ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Ancak kararın tebliğ edilmiş olması halinde bunun yeni bir kararla değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması, ilgilinin bu yeniliğe itiraz etmemesi halinde mümkün olabilmektedir<sup>112</sup>. Elbette üçüncü şahısları veya pay sahiplerini ilgilendirmeyen kararlar uygulamaya koyulmadığı sürece her zaman değiştirilebilir.

Şirketi yönettiği gibi aynı zamanda (eğer devretmemişse)<sup>113</sup> temsil yetkisine de sahip olan yönetim kurulu, aldığı kararlara dayanarak üçüncü kişilerle iş ve işlem yapar. Bu halde kural olarak aldığı kararların uygulayıcısı yine yönetim kurulu-  
dur<sup>114</sup>.

## 2.5. Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği

Bir hukuki işlem olan yönetim kurulu kararlarının geçerliliği genel hükümlere tabidir. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan yönetim kurulu kararları kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27/1). Yeni Ticaret Kanununa göre, özellikle;

<sup>109</sup> Bazı yönetim kurulu kararlarının tescil ve ilanı zorunludur. Örneğin Eski Kanunun 323. maddesine göre yönetim kurulu şirketi temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösteren kararının noter tarafından onaylanmış suretini, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline vermelidir. Buna benzer bir hüküm Yeni Kanunun 373. maddesinde bulunmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasında temsil yetkisinin ticaret siciline tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlığın, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispatlanması şartıyla ileri sürülebileceği düzenlenmiştir.

<sup>110</sup> Çevik, *Anonim Şirketler*, s. 510; Domaniç, *Anonim Şirketler*, s. 407.

<sup>111</sup> Çevik, *Anonim Şirketler*, s. 510.

<sup>112</sup> Domaniç, *Anonim Şirketler*, s. 407; Çevik, *Uygulamada Şirketler Hukuku*, s. 418; Eriş, a.g.e., s. 265.

<sup>113</sup> TTK'ya göre esas sözleşmede aksi öngörülmemişse veya yönetin kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. Temsil yetkisi, bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişiye devredilebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK m. 370, ETK m. 319/2).

<sup>114</sup> Domaniç, *Anonim Şirketler*, s. 408.

a) Eşit işlem ilkesine aykırı olan<sup>115</sup>,

b) Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,

c) Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren,

d) Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar batıldır (TTK m. 391). Bu hükümde bazı önemli geçersizlik halleri vurgulanmak istenmiştir.

Ayrıca hem eski hem de yeni kanuna göre yönetim kurulu kararlarının geçerliliği, yazılıp imza edilmelerine bağlıdır (ETK m. 330/3, TTK m. 390/5). İmzalar, karar için yeter sayıda olumlu oy kullanan üyeler tarafından atılmalıdır. Herhangi bir üye imza atmaktan imtina ederse bu durumun tutanağı imzalayan diğer üyeler tarafından tutanağa yazılması ve altının imzalanması kararın geçerliliğini sağlamak açısından yeterlidir<sup>116</sup>.

Yönetim kurulu kararının hukuken doğabilmesi için gerekli toplantı ve karar yetersayılarına uyulmuş olması gerekir. Bu halde yetersayılara uyulmaksızın alınan kararlar yokluk yaptırımına tabidir<sup>117</sup>. Yine toplantı çağrısının tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmamış olması da bu toplantıda alınan kararlar açısından bir yokluk nedenidir. Bir üye dahi toplantıya çağrılmamışsa, bu toplantıda alınan kararlar hiçbir hüküm ifade edemezler<sup>118</sup>.

Öğretide yönetim kurulunun yetkisine giren işlerde başka bir organ tarafından karar alınması halinde, bu kararın da yokluk yaptırımına tabi olacağı ileri sü-

<sup>115</sup> Yeni Kanunun (Eski Kanunda karşılığı bulunmayan) 357. maddesine göre pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur. 357 ve 391. maddelerin hükümleriyle şirketin kaderini belirleme gücünü elinde tutan yönetim kurulunun ve çoğunluğun keyfi karar ve uygulamalarına bir sınırlama getirilmek istenmektedir.

Eşit işlem ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız; Şükrü Yıldız, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004; s. 32 vd; Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal İlkeleri (Corporate Governance)**, 2.b., Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 190 vd.; Karasu, a.g.e., s. 36-37.

<sup>116</sup> Bakınız; dn. 80.

<sup>117</sup> Ömer Teoman, "Yönetim Kurulu", Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt:1 Hukuki Mütalaalar Kitap 8: 1997; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 52; Pulaşlı, a.g.e., s. 316-317; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 213; Uysal, a.g.m., s. 328; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 271; Özkorkut, **İptal**, s. 92; Sami Karahan, a.g.m., s. 184.

"Yönetim Kurulu'nun üyelerinin yarısından bir fazlasının yani; üç kişinin hazır olması ile toplanması gerektiği, bunun aksine eksik nispla yapılan toplanma ile alınan kararın yok hükmünde olduğu..." Yargıtay 11. HD, 19.01.2004 tarih ve E. 2003-5611, K. 2004-313 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Benzer Yargıtay Kararları için bakınız; Yargıtay 11. HD, 25.06.2011 tarih ve E. 2001-3660, K. 2001-5777 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>118</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 92; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 214; Pulaşlı, a.g.e., s. 316;

rülmektedir<sup>119</sup>. Ayrıca geçerli bir şekilde oluşturulmamış yönetim kurulunun aldığı kararlar bakımından da sonuç yoklukla malullüktür<sup>120</sup>.

Yoklukla veya kesin hükümsüzlükle sakat olan yönetim kurulu kararı aleyhine tespit davası açabilir veya bu hususlar defi yoluyla ileri sürülebilir<sup>121</sup>. Bu davayı her ilgilinin açabileceği savunulmaktadır<sup>122</sup>.

Yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılıp açılmayacağı hususunda Eski Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun<sup>123</sup> 16. ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 12. maddesinde bazı yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi düzenlenmiştir. Yine 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 20, 92, 93. maddelerinde iptal davası açmaya imkân tanınmıştır.

Yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılıp açılmayacağı öğretiler tartışma konusudur<sup>124</sup>. Bir görüşe göre kurul kararları aleyhine iptal davasının açılmaz, ancak kararlardan ve bu kararların uygulanmasından dolayı yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilir<sup>125</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, kanunlarımız Sermaye Piyasası Kanunundaki istisna dışında iptal davası açılabilmesine imkân tanımamaktadır, ancak olması gereken hukuk bakımından ortaklara Eski

<sup>119</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 93.

<sup>120</sup> Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 5. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 59 (Hükümsüzlük); İmregün, Makale, s. 289; Özkorkut, **İptal**, s. 93.

<sup>121</sup> Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 174; Çamoğlu, a.g.e., s. 83; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 215; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 182; Tekil, a.g.e., s. 134; İmregün, Makale, s. 290; Pulaşlı, a.g.e., s. 317; Eriş, a.g.e., s. 266.

<sup>122</sup> İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 215, 216; Çamoğlu, a.g.e., s. 83; İmregün, Makale, s. 290; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 174; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), a.g.e., s. 271.

<sup>123</sup> Bu hükme göre:

“Kooperatif ortaklığından çıkarılmayı gerektiren sebepler anasözleşmede açıkça gösterilir. Ortaklar anasözleşmede açıkça gösterilmeyen sebeplerle ortaklıktan çıkarılamazlar.

Ortaklıktan çıkarılmaya yönetim kurulunun teklifi ile genel kurulca karar verilir. Anasözleşme, çıkarılanın genel kurula başvurma hakkı saklı kalmak üzere, bu hususta yönetim kurulunu da yetkili kılabilir.

Çıkarılma kararı gerekçeli olarak tutanağa geçirileceği gibi, ortaklar defterine de yazılır. Kararın onaylı örneği, çıkarılan ortağa tebliğ edilmek üzere, on gün içinde notere tevdi edilir. Bu ortak tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz davası açabilir. Tebliğ edilen karar, yönetim kurulunca verilmiş ise ortak, üç aylık süre içinde genel kurula da itiraz edebilir. Bu itiraz, ilk toplanacak genel kurula sunulmak üzere, yönetim kuruluna noter aracılığı ile tebliğ ettirilecek bir yazı ile yapılır. Genel kurula itiraz edildiği takdirde, yönetim kurulunun çıkarma kararı aleyhine itiraz davası açılmaz. İtiraz üzerine genel kurulca verilecek karara karşı itiraz davası hakkı saklıdır.

Üç aylık süre içinde, genel kurula veya mahkemeye başvurmak suretiyle itiraz edilmeyen çıkarılma kararları kesinleşir.

Haklarındaki çıkarma kararı kesinleşmeyen ortakların yerine yeni ortak alınmaz. Bu kişilerin ortaklık hak ve yükümlülükleri, çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam eder.”

<sup>124</sup> Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 180-181; Çamoğlu, a.g.e., s. 82-83.

<sup>125</sup> Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, s. 315; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 217. Domaniç, **Anonim Şirketler**, s. 416-420.



Kanunun 381. maddesine kıyasen, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açma hakkı tanınmalıdır<sup>126</sup>. Bu son görüşteki yazarlara göre aslında iptali gereken bir karar nedeniyle menfaati zedelenen pay sahipleri ve şirket alacaklıları ancak bu yolla tam olarak korunabileceklerdir. Yoksa yalnızca yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gitmek yeterli değildir.

Yargıtay ise yönetim kurulu kararları aleyhine kural olarak iptal davası açılmayacağını kabul etmekle beraber şirket pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal eden kararlar aleyhine dava açılacağına hükmetmektedir<sup>127</sup>. Kooperatifler ve Sermaye Piyasası Kanunlarının ilgili maddelerinde yalnızca pay sahiplerinin kişisel hak ve çıkarlarını zedeleyen yönetim kurulu kararlarının iptal edilmesine müsaade edildiğini, bunun dışında kanunlarda yönetim kurulu kararlarının iptal edilebilmesine imkân tanıyan genel bir düzenleme bulunmadığını belirten Moroğlu, Yargıtayın bu kararlarının isabetli olduğu düşüncesindedir<sup>128</sup>.

Yeni Kanunda ise 391. maddenin gerekçesinde, yönetim kurulu kararları iptal edilemez denilmiştir. Ayrıca burada Sermaye Piyasası Kanununun 12. maddesine benzeyen bir hükme yer verilmiş ve istisnai olarak burada belirtilen yönetim kurulu kararı aleyhine iptal davası açma olanağı tanımıştır (TTK m. 460)<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Özkorkut, **İptal**, s. 95; Çamoğlu, a.g.e., s. 82-83; Kendigelen TK 357. madde gerekçesine dayanarak eşit işlem ilkesine aykırılığın yaptırımının iptal edilebilirlik olduğunu, mehz İsviçre Borçlar Kanunu 714, 706b maddelerinin de bu yönde olduğunu belirtmektedir. Kendigelen, a.g.e., s.279.

Moroğlu'na göre, Eski Kanunun 381'inci maddesine kıyasen, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılacağı kabul etmek, bir icra organı olan yönetim kurulunun, olağan ticari faaliyetlerini yürütebilmesini engelleyecektir. Ayrıca yazara göre, bu durum hâkimin şirketin ticari kararlarına ve politikasına sürekli karışmasına ve bu nedenle şirketin varlığının ve geleceğinin tehlikeye düşmesine neden olabilecektir. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 183.

<sup>127</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararına göre: “..dava konusu olayda yapılan işlem davacının şahsi hukukunu ilgilendirdiğinden, bu tür Yönetim Kurulu kararının iptalini mahkemeden isteyebilir.” Yargıtay 11. HD. 28.01.1999 tarih ve E. 1998-8236, K. 1999-201 sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

Aynı Dairenin başka bir kararına göre: “Yönetim kurulunun aldığı bir kararla, yönetim kurulu başkan yardımcılığı görevine son verilen kimse, bu yönetim kurulu kararı aleyhine iptal davası açamaz. Ancak bu karar için genel kurula itiraz edebilir.” Yargıtay 11. HD. 20.05.1993 tarih ve E. 1993-3666, K. 1993-3729 sayılı kararı.

Oyçokluğuyla alınan bu son karara karşı oy veren Yargıtay üyesi Gönen Eriştir. Eriş'e göre, yönetim kurulunun bu kararı davacıyı doğrudan doğruya ilgilendiren ve onun haklarını elinden alan bir karardır. Bu nedenle genel kurula itiraz etmeden doğrudan doğruya iptal davasına konu edilebilir. Bu karar ve karşı oy yazısı için bakınız; Eriş, a.g.e., s. 270-270, dn., 23.

<sup>128</sup> Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s.183-184. Aynı yöndeki görüş; Eriş, a.g.e., s. 266.

<sup>129</sup> Hükme göre:

“(1) Halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile, esas sözleşme de belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanındığı takdirde, bu kurul, sermaye artırımını, bu Kanundaki hükümler çerçevesinde ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir. Bu yetki en çok beş yıl için tanınabilir.

(2) Sermayenin artırılabilmesi için, yönetim kurulu, esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümleri-

## SONUÇ

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu, aldığı kararlarla şirketin ticaret hayatına yön veren organı olması nedeniyle önem taşımaktadır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu kararlarını kural olarak toplantı yapmak suretiyle alır. Ancak üyelere hiç biri toplantı yapılması talebinde bulunmadıkça yönetim kurulu kararları, içlerinden birinin belirli bir hususa dair yaptığı teklife diğerlerinin yazılı onaylarını alma yoluyla da alınabilir.

Yönetim kurulu toplantılarının yeri ve zamanı, bu toplantılara çağrının şekli ve zamanı, kimlerin toplantı çağrısında bulunabileceği ve bu toplantıların gündemine ilişkin olarak gerek Eski gerek Yeni Ticaret Kanununda hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla şirketler bu hususlara ilişkin düzenlemeleri kendileri yapmalıdır. Yönetim kurulu kendi toplantı düzenini belirleyen bir iç yönetmelik (yönerge) düzenleyebilir veya prensip kararları alabilir.

Yönetim kurulu kararlarının geçerli olabilmesi için bu kararlar kanunda öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına uygun olarak alınmalıdır. Eski Kanun toplantı yetersayısını, “*azaların en az yarısından bir fazla*” olarak belirlemişken, Yeni Kanuna göre yönetim kurulu, “*üye tamsayısının çoğunluğuyla*” toplanabilir. Yeni Kanunda kullanılan ifade çok daha yerinde olup, üye sayının tek sayılardan oluşması halinde yapılacak hesaplamayı kolaylaştıracak niteliktedir.

Karar yetersayısı ise her iki Kanuna göre de toplantıya katılan üyelerin çoğunluğudur.

nin, 333 üncü madde uyarınca gerekli olması hâlinde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığında izni alınmış şekillerini, sermayenin artırılmasına ilişkin kararını, imtiyazlı paylara ve rüçhan haklarına ilişkin sınırlamaları, prime dair kayıtları ve bunun uygulanması hakkındaki kuralları, esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan eder ve internet sitesinde yayımlar. Yönetim kurulu, bu kararında; artırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak yeni payların itibari değerlerini, sayılarını, cinslerini, primli ve imtiyazlı olup olmadıklarını, rüçhan hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını, kullanılma şartları ile süresini belirtir ve bu hususlarla kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca gerekli olan diğer konularda bilgi verir.

(3) Çıkarılacak yeni payların taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdi tutar, aynı sermaye konulması ve diğer konular hakkında 459 uncu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

(4) Yönetim kurulunun, imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırabilmesi için esas sözleşmeyle yetkilendirilmiş olması şarttır.

(5) Yönetim Kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır.

(6) Sermaye artırımının yukarıdaki hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekli, yönetim kurulunca tescil ettirilir.

(7) Sermaye Piyasası Kanununun halka açık anonim şirketlere ilişkin hükümleri saklıdır.

Eski Kanuna göre toplantı ve karar yetersayıları anasözleşmeye hüküm konulmak şartıyla değiştirilebilir. Yeni Ticaret Kanununa göre de toplantı ve karar yetersayıları anasözleşmeyle değiştirilebilir, ancak bu değişiklik yalnızca söz konusu yetersayılarının ağırlaştırılması yönünde yapılabilir.

Yeni Kanun anasözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, anonim şirket yönetim kurulu toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılmasına (sanal toplantı) veya bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılmasına (online katılımlı toplantı) ve elektronik olarak oy verebilmesine imkân tanımıştır. Kanunun bilişim teknolojisinde yaşanan gelişmeleri, ticaret hukuku alanına aktarması gerçekten önemli bir değişimdir. Yönetim kurulu toplantılarının online katılımlı veya sanal bir biçimde yapılabilmesi hem katılımı artıracak hem de masraf ve zaman kaybının önüne geçmiş olacaktır. Ancak yaşanabilecek teknik arızalar toplantılar açısından pek çok sorunu da beraberinde getirebilecek nitelikte olduğundan, en önemli husus gerekli alt yapının sağlanabilmesi olacaktır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Akdağ Güney, Necla **Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Akünel, Teoman, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2.Baskı, Beta, İstanbul, 1995.
- Arslanlı, Halil, **Anonim Şirketler: Anonim Şirketin İdaresi ve Tahviller**, Cilt: II-III, 2. Baskı, İstanbul, 1960.
- Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı**, Beta, İstanbul, 1996.
- Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta, İstanbul, 2001.
- Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.
- Barlas, Nami, Adi **Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. b., Dora, Bursa, 2013.
- Çamoglu, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Çamoglu, Ersin, (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Çevik, Orhan Nuri, **Anonim Şirketler**, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1988.
- Çevik, Orhan Nuri, **Uygulamada Şirketler Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

- Domaniç, Hayri, **Anonim Şirketler**, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978.
- Domaniç, Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması: TTK. Şerhi II**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, (Şerh).
- Helvacı, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2001.
- İmregün, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.
- İzmirli, Yedigâr, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları**, Nobel, Ankara, 2001.
- Karasu, Rauf, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümlerin Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
- Kendigelen, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Moroğlu, Erdoğan, **Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı: Değerlendirme ve Öneriler**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, (Tasarı).
- Moroğlu, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, (Hükümsüzlük).
- Özkorkut, Korkut, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 41, 1996, (İptal).
- Özkorkut, Korkut, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007. (Üyeler).
- Paşlı, Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal İlkeleri (Corporate Governance)**, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları.
- Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku: Temel Esaslar**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Şener, Oruç Hami, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Tekil, Fahiman, **Anonim Şirketler Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1993.
- Tekinalp, Ünal, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayın No:51, Ankara, 1965. (Temsil).
- Tekinalp, Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. (Esaslar).
- Ulusoy, Yasin, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Yıldız, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

**Makaleler**

- Bahtiyar, Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dille İlgili Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:61, (2005), ss. 47-106.
- Bilge, Mehmet Emin, “Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılım”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt1 Ticaret Hukuku, Beta, İstanbul, ss. 219-235.
- Bilgili, Fatih, “İnternet ve Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, ss. 565-588.
- İmregün, Oğuz, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, 1.Cilt, Beta, İstanbul, 2001, ss.173-185.
- Karahan, Sami, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları”, **Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan**, Beta, İstanbul, 2006, ss. 277-292.
- Karayalçın, Yaşar, “Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu”, **BATİDER**, Cilt:5, Sayı:3, (1970) ss. 512-538.
- Kayıhan, Şaban, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, ss. 607-634.
- Köksal, Aytaç, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 İla 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, 1. Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, ss. 1387-1410.
- Tandoğan, Haluk, “Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, **BATİDER**, Cilt:1, Sayı:1, (1961), ss. 26-63.
- Teoman, Ömer, “Yönetim Kurulu”, Yaşayan **Ticaret Hukuku**, **Cilt:1 Hukuki Mütalaalar Kitap 8: 1997**; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 48-56.
- Teoman, Ömer, “Toplantıya Katılmayan Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Kazanç Payı Alabilip Alamayacağı Sorunu”, **Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-**, Cilt: II 1982-2001, Beta, İstanbul, 2001, ss. 243-254.
- Teoman, Ömer, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f.2)”, **Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-**, Cilt: II 1982-2001, Beta, İstanbul, 2001, ss. 489-512.
- Uysal, Levent, “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üye-

lerinin Hukuki Sorumluluğu - I", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:80, (2009), ss. 315-366.

Ülgen, Hüseyin, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Başkanının Üstün Oyu", **BATİDER**, Cilt:6, Sayı:4, (1972), ss. 667-693.

Yıldız, Burçak, "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki 'Ultra Vires' Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", **AÜHFD**, Cilt:55, Sayı:1, (2005), ss. 321-353.

Yıldız, Şükrü, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları", **XVIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2001.

### **Diğer Kaynaklar**

Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 5. MADDESİNE  
İLİŞKİN BİR İNCELEME

*(A Review of Article 5 of the Turkish Criminal  
Code Law no. 5237)*

Aras TÜRAY\*

ÖZET

Çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen "özel kanunlarla ilişki" rejimi incelenmektedir. Öncelikle özel kanunlarla ilişki ve tamamlayıcı ceza hukuku kavramları üzerinde durulmuştur. Sonra hükmün, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeyle arasındaki farklar incelenmiş ve ardından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki sistem incelenmiştir. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin düzenlenme sebebi, normlar hiyerarşisindeki yeri ve etkisi analiz edilmiştir. Çalışmanın son bölümünde ise hükme ilişkin tartışma ve görüşlere değinilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Özel kanunlarla ilişki, Tamamlayıcı Ceza Hukuku, Özel ceza kanunları, Ceza hükmü içeren kanunlar.

*Abstract*

This paper deals with the "relation with special laws" regulated under art. 5 of the Turkish Criminal Code. In the first part of this study, relation with special laws and supplementary criminal law terms are explained. In the second part, the differences between this regulation and the one in the previous abrogated Turkish Criminal Code (Law 765) have been pointed out, followed by an explanation of the relation with special laws system in Turkish Criminal Code (Law 5237). Within this scope, the reason of regulating art. 5, its place in the hierarchy of norms and its effects are analyzed. In the last part of the study, debates and opinions with regard to art. 5 are mentioned.

**Keywords:** Relation with special laws, Supplementary criminal law, Special criminal laws, Legislation relating to criminal punishment.

---

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## GİRİŞ

Ceza hukukunun sadece Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerden oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bilindiği üzere birçok başka kanunda da ceza hukukuna ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Aşağıdaki çalışmamızda Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümler ve bahsi geçen özel kanunlardaki düzenlemeler arasındaki ilişkiyi incelemeye çalışacağız.

Türk Ceza Kanunu'nun “özel kanunlarla ilişki” başlıklı 5. maddesi ile Türk hukuk sistemine, ceza genel hükümleri bakımından tamamen yeni bir genel norm-özel norm ilişkisi sistemi getirilmiştir. Bu nedenle madde birçok tartışmaya ve doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Eski sisteme tamamen zıt yeni bir sistem getiren bu maddenin incelenmesi de bu nedenle önem kazanmıştır.

### A- Tamamlayıcı Ceza Hukuku Kavramı

Hukuk, sadece madde metinleriyle sınırlı bir şekilde düşünülemez. Gerçekten de hukuk kaynakları terimi kanun metinlerini, kanunları yaratan süreçleri ve ayrıca bunlara ilişkin içtihatları ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>1</sup>. Bu durum ceza hukuku açısından da geçerlidir. Ceza hukuku kavramı da sadece kanun hükümleriyle sınırlandırılmaz. Ancak biz çalışmamızda ceza hukukunun bir kısmını oluşturan kanunların, birbirleriyle ilişkileri çerçevesinde bir inceleme yapmaya çalışacağız.

Türk ceza hukukuna ilişkin genel hükümler, temel ilkeler ve suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer almaktadır. Kuşkusuz Türk Ceza Kanunu, bütün ceza normlarını kapsayan bir kanun değildir. Bir diğer deyişle Türk Ceza Kanunu dışında başka kanunlarda da ceza normları bulunmaktadır. Bu nevi kanunlar, TCK m. 5'te “özel ceza kanunları” ve “ceza içeren kanunlar” olarak ifade edilmiştir. Bu tür kanunlara veya kanunların oluşturduğu bütüne, öğretilde “yan ceza kanunları”<sup>2</sup>, “öteki ceza hukuku”<sup>3</sup> veya “tamamlayıcı ceza hukuku”<sup>4</sup> da denilmektedir. Biz de bu kanunların oluşturduğu bütünü, “tamamlayıcı ceza hukuku” olarak ifade etmeyi uygun bulduk. Zira bu kanunlarda yer alan düzenlemeler ceza hukukunu tamamlayıcı bir etkiye sahiptir. Tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan kanunlar, daha çok diğer bazı hukuk dallarının düzenledikleri esasların gerektiği biçimde işleyebilmesi için ceza yaptırımına ihtiyaç duyulmasından kaynaklanır<sup>5</sup>. Bu

<sup>1</sup> KARAYALÇIN, Yaşar; Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 65. Yazar hukuk kaynaklarını hukuk bilimi açısından ve bibliyografik olarak ayrı ayrı incelemiştir. Detaylı bilgi için bkz. s. 56-77.

<sup>2</sup> ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 109.

<sup>3</sup> ALACAKAPTAN, Uğur; “Öteki Ceza Hukuku”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Ankara 2008, s. 365.

<sup>4</sup> ANTOLISEI, Franco; Manuale di Diritto Penale, Legi Complementari Cilt III, Milano 1996 (Aktaran ALACAKAPTAN, s. 365).

<sup>5</sup> ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE; s. 109.



nedenle Türk Ceza Kanunu'ndaki genel nitelikte, herkesin işleyebileceği suçlardan ayrı olarak özel kanunlarda da suçlar düzenlenmiştir. Burada ceza hukukunun, bir koruma ve yaptırım mekanizması olarak tamamlayıcı etkisi görülebilmektedir.

Bu suçların Türk Ceza Kanunu'nda değil de, özel kanunlarda düzenlenmesinin sebebini tespit etmek gerekir. İtalya'da özel ceza kanunlarına karşı bir reform yapma düşüncesini benimsemiş kanattaki radikaller, bu suçların da Ceza Kanunu içerisinde yer alması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>6</sup>. Radikal çözüme yani tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan hükümlerin Ceza Kanunu'nda yer alması gerektiği görüşüne getirilmiş eleştirilerden biri, söz konusu normların önemli bir bölümünün sık değişebilen toplumsal ve ekonomik koşullar göz önüne alınarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu nedenle de bahsi geçen hükümlerde sık sık değişiklik yapılması gündeme gelmektedir. Buna karşılık ceza kanunları, kolayca değiştirilemeyecek olan anayasal düzen ve o ülkenin Anayasası ile sıkı bir ilişki içerisinde<sup>7</sup>. Söz konusu eğilime karşı duyulan başka bir endişe ise, tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan hükümlerin tek bir yasada toplanmasının binlerce maddeli, kullanılması zor ve birçok çelişkiye elverişli kocaman bir yasa ortaya çıkaracağıdır. Bu durumun fonksiyonel açıdan elverişli olmayacağı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından da sıkıntılar yaratabileceği belirtilmiştir<sup>8</sup>.

Bu sebeplerden ötürü tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan hükümler, birçok farklı kanunda düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler suç sayılan fiilleri tanımladıkları gibi, bu suçlara ilişkin cezaları da belirlemektedir. Ancak bazen sadece suç belirlemede, yaptırım için Türk Ceza Kanunu'na atıf yapmaktadırlar. Ayrıca özel yasalar çok sık olmamakla beraber Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş genel esaslara ilişkin farklı, yeni hükümler içerebilmektedir<sup>9</sup>. İnceleme konumuz olan TCK m. 5 ise, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümler ile özel yasalarla düzenlenmiş genel hüküm niteliğindeki normlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir.

## B- 5237 sayılı ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunlarında Yer Alan Sistemler

5237 sayılı TCK m. 5, "özel kanunlarla ilişki" başlığını taşımaktadır ve madde metni "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" şeklinde kaleme alınmıştır. Söz konusu hükümde, Türk Ceza Kanunu Birinci Kitap altında toplanmış genel hükümlerin, özel ceza yasaları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür.

<sup>6</sup> ALACAKAPTAN; s. 368.

<sup>7</sup> ALACAKAPTAN; s. 403.

<sup>8</sup> J.A. ROUX; Cours de Droit criminel français, 2. Baskı, Paris 1927, s. 30 (Aktaran TANER, Tahir; Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1953, s. 152); ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 128.

<sup>9</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 128, CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, İstanbul 2011, s. 79.

Özel ceza yasaları ve ceza içeren kanunlar kavramları, aynı anlama gelmemektedir<sup>10</sup>. Her ceza içeren yasa, özel ceza yasası değildir. Örneğin Vergi Usul Kanunu, İcra İflas Kanunu gibi kanunlar ceza içeren yasalar olup, özel ceza yasaları değildir<sup>11</sup>. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu gibi kanunlar ise özel ceza kanunları kavramı kapsamında yer almaktadır. Gerçekten de bu kanunlar, ceza hukukunun belli dallarını özel olarak düzenlemektedir. Halbuki Vergi Usul Kanunu veya İcra İflas Kanunu, genel olarak ceza hukukuna değil, özel hukuk dallarına hizmet ederler.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise, 10. madde ile tamamen farklı bir sistem benimsenmekte idi. 765 sayılı TCK m. 10, "*Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur*" şeklinde düzenlenmişti. Bu sisteme göre özel kanunların ceza içeren hükümleri, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümlere aykırı olduğunda, özel ceza hükümleri uygulanmaktaydı. Bu çözüm *lex specialis derogat legi generali*<sup>12</sup> ilkesine uygundur. Ancak zaman içerisinde tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan hükümlerle, ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı birçok düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hazırlanırken söz konusu durum göz ardı edilmemiş ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında yer alan ceza hükümlerine de uygulanacağı TCK m. 5 ile hükme bağlanmıştır. Yani 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer alan sistemdeki durumun tam aksi benimsenmiştir. Bu kapsamda *lex generalis derogat legi specialis*, yani genel kanun özel kanunu ilga eder şeklinde yeni bir anlayış kabul edilerek, sistem tam tersine çevrilmiştir.

### C- Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Amacı

TCK m. 5 ile sistemin değiştirilmesinin amacı, maddenin gerekçesinden ortaya çıkmaktadır. Hükmün gerekçesi; "*Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebil-*

<sup>10</sup> Aksi görüş için bkz. **TANER, Fahri Gökçen**; "TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 83, s. 138, 139. Yazara göre özel ceza kanunları ifadesi, ceza içeren kanunları da içerecek şekilde anlaşılmalıdır ve bu nedenle TCK m. 5'te, ceza hükmü içeren kanunların açıkça ifade edilmesi yanlış olmamakla birlikte bir yenilik de getirmemektedir.

<sup>11</sup> **ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE**; s. 110, **ERCAN, İsmail**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 5.

<sup>12</sup> Özel kanun genel kanunu ilga eder. Bkz. **ERDOĞMUŞ, Belgin**; Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, 3. Baskı, İstanbul 2011, s. 80.

mek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir” şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere hükmün kabulündeki temel amaç, özel kanunlarda ceza hukukunun temel prensipleriyle çelişen hükümlerin düzenlenmesini engelleyerek, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların ortaya çıkmasını ve temel ilkelerin dolanılmasını önlemektir. Bunun yanı sıra anılan madde ile hukuk uygulamasındaki birliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanması da amaçlanmıştır.

Burada iki hususun tartışılması gerekir. Bunlardan birincisi TCK m. 5 ile bu amaçların sağlanabilirliği. Ancak bu hususun sağlıklı bir biçimde incelenebilmesi için hükmün teknik analizinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle konuya ilişkin görüşlerimize değerlendirme ve sonuç bölümünde yer vermeyi tercih ediyoruz. Değerlendirilmesi gereken ikinci husus ise mukayeseli hukukta benimsenmeyen bir sistemin, Türk kanun koyucusu tarafından niçin benimsendiğidir. Bu konuda da tamamlayıcı ceza hukukuna bakmak gerekmektedir. Tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan hükümlerle, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği prensibi, kanun önünde eşitlik gibi ceza hukukunun birçok temel prensibine aykırı düzenlemeler yapılmıştır<sup>13</sup>. Zaman içerisinde bu hükümler o kadar artmış ve belirsizleşmiştir ki, artık kanun koyucu ve uygulayıcılar tarafından dahi bu hükümlerin tamamının tespiti imkansız hale gelmiştir. Hatta bu nedenle tamamlayıcı ceza hukuku kavramı yerine “bilinmeyen hukuk” kavramının kullanılması dahi gündeme gelmiştir<sup>14</sup>. Neticede tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan hükümlerden genel prensiplere ilişkin olanlarının teker teker değiştirilmesi imkansızlığı karşısında, kanun koyucu TCK m. 5 hükmünü düzenlemek suretiyle Türk Ceza Kanunu’ndaki genel prensiplerin, tamamlayıcı ceza hukuku açısından da uygulanmasını amaçlamıştır.

Bu noktada ceza hukukunun temel prensipleri ve Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleriyle bağdaşmayan bu nevi hükümlerin düzenlenmesinin ve hatta bu tarz düzenlemelerin adeta alışkanlık haline gelmesinin nedenleri üzerinde durmak gerekir. Kanaatimizce bu hatalı alışkanlığın tek bir nedeni yoktur. Genel olarak bu tutumun sebebi kanun yapma kültürü ve tekniğiyle ilgilidir<sup>15</sup>. Öncelikle fazla zahmete katlanmaksızın kolaycılığa kaçmak ve böylece Ceza Kanunu’nun bağlayıcılı-

<sup>13</sup> **AYDIN, Murat**; TCK’nın Genel Hükümleri Açısından Basın Suçlarında Sorumluluk, Ankara 2010, s. 106, 107.

<sup>14</sup> **BERTACCINI, Davide/PAVARINI, Massimo**; L’Altro Diritto Penale, Torino 2000, s. 9 (Aktaran **ALACAKAPTAN**; s. 365).

<sup>15</sup> **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 72.

ğından kurtulmak bir neden olarak gösterilebilir. Bunun dışında tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında yapılan düzenlemelere, ceza hukuku ilkelerine ve bu ilkelerin kendi aralarındaki ilişkiye, içerik ve anlam bakımından yeterince vakıf olmayan kişilerin öncülük ve yaratıcılık yapmaları da bir başka sebep olarak gösterilebilir<sup>16</sup>. Böylece yasa koyucu gereksiz yere ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olarak tamamlayıcı ceza hukukunu genişletmektedir. Bu durum ise ceza hukukunun *ultima ratio* olmasına, yani son çare olarak başvurulması prensibine aykırılık oluşturmaktadır<sup>17</sup>.

TCK m. 5 ile süregelmis uygulamalar karşısında artık Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istinasız bir üstünlük tanımıştır. Bir diğer deyişle ceza hukuku alanında adeta bir devrim gerçekleştirilmiştir.

#### D- Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Uygulanma Süreci

Radikal ve çok kapsamlı bir sistem değişikliği getiren maddenin uygulanması ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümlere aykırı nitelikteki tamamlayıcı hükümlerin ortadan kaldırılması, sancılı bir sürece yol açmıştır. Anılan madde, çok köklü bir hukuk politikası değişikliğine yol açmış, pek çok Kanun hükmü yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiştir. Bu nedenle maddenin izlediği yol eleştirilere maruz kalmıştır. İçel'e göre TCK m. 5, devletin tüm hukuk sistemini sil baştan değiştirme yoluna gitmiştir. Halbuki bu durum ceza yasası hazırlanırken tercih edilmemesi gereken bir yöntemdir. Ceza yasalarının yıllardan beri alışıl gelmiş sistematiği ile önemli şekilde oynanması, yazara göre büyük bir hatadır<sup>18</sup>.

Gerçekten de TCK m. 5'in uygulanması sorunlar yaratmıştır. Bu sebeple maddenin uygulanması, kanun değişiklikleri ile ertelenmiştir<sup>19</sup>. Ertelemelerden ilki 31/03/2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun ile, Türk Ceza Kanunu'nun 1 Nisan 2005 olan yürürlük tarihinin 1 Haziran 2005 olarak değiştirilmesidir. Ancak özel ceza yasalarında ve ceza içeren kanunlarda yer alan ilgili hükümlerde, belirtilen süre içerisinde gerekli değişikliklerin yapılabilmesi mümkün olmamıştır. Bu nedenle 11/05/2005 tarihinde kabul edilen 5349 sayılı Kanun ile, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a (Yürürlük Kanunu) geçici 1. madde hükmü eklenerek gerekli değişikliklerin yapılması için 31 Aralık 2006'ya kadar bir süre öngörülmüştür. Ancak bu sürede de gerekli değişiklikler yapılamamıştır. Bu sebeple 5252 sayılı Kanun geçici m. 1 ile öngörülen süre, 5560 sayılı Kanun m. 15 ile gerçekleştirilen değişiklikle 1 Aralık 2008'e kadar

<sup>16</sup> ALACAKAPTAN; s. 365.

<sup>17</sup> ALACAKAPTAN; s. 366.

<sup>18</sup> İÇEL, Kayıhan; "Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural", Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, S. 5, s. 16.

<sup>19</sup> ARTUK, Mehmet Emin; "Yeni TCK'nın Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Y. 3, S. 32, s. 2764.

uzatılmıştır. 5252 sayılı Kanun geçici m. 1; “Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. Neticede yasa koyucu 23/01/2008 tarihinde, 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile uyumu sağlamaya yönelik olarak yüzelliüç Kanunda değişiklik yapmıştır<sup>20</sup>. Bu değişikliklerin yapılması sonucu amaçlanan reform büyük ölçüde gerçekleştirilmişse de, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleriyle çelişen tüm yasaların 5728 sayılı Kanun ile düzenlendiği söylenemez. Kanaatimizce bazı kanunların değiştirilmemesi, yasa koyucunun bilinçli bir tercihi değildir. Kaldı ki bu kadar geniş ölçüde gerçekleştirilen değişim hareketinde gözden kaçan hükümlerin olması da son derece olasıdır. Ancak Basın Kanunu gibi uygulama açısından önem teşkil eden bazı kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılmamış olması, bu görüşümüzü sorgulamamıza sebep olmaktadır. Yine de kanun koyucunun bilinçli bir şekilde bazı kanunları göz ardı ettiğini düşünmemekteyiz. Her ne olursa olsun 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi dikkate alındığında, TCK m. 5'in yürürlük tarihinden sonra kabul edilmiş hükümler hariç, genel hükümlerle çelişmekte olan özel yasaların şu anda uygulanması mümkün değildir.

## E- Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Etkisi

### a-) Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesi ile Diğer Kanunlar Arasındaki İlişki

TCK m. 5 düzenlemesi ile özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar kaldırılmaya çalışılmamıştır. Hükmün amacı, ceza normu içeren kanunlarda teşebbüs, iştirak, içtima, zamanaşımı gibi hususlarda Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanmasının sağlanmasıdır. Bu kapsamda 5. maddenin etkisi, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar üzerinde değil, bu düzenlemelerde yer alan ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisna getiren normların üzerinde görülecektir.

Bu etkinin nasıl bir etki olduğu, 5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1'den anlaşılabilir. İlgili madde “Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır” şeklinde kaleme alınmıştır. Yani TCK m. 5 düzenlemesi ile, Türk Ceza Kanunu'nun

<sup>20</sup> 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, 6831 sayılı Orman Kanunu değiştirilen kanunlardan sadece bir kaçıdır. Değiştirilen kanunların tam listesi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 91, dipnot 133.

genel hükümlerine istisna getiren hükümlerin uygulanmasına son verilmiştir. Gerçekten de Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel yasalarda düzenlenen suçlar açısından uygulanması demek, özel yasalardaki Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleriyle çelişen düzenlemelerin uygulanabilirliğinin kalmaması demektir<sup>21</sup>. Bu hükümlerin uygulanmasına son verilmesi ya Kanun değişikliği yapıldığında ya da 31 Aralık 2008 tarihinde gerçekleşecekti. Bu bağlamda Kanun değişikliği yapılmaya bile 31 Aralık 2008 tarihinden itibaren TCK m. 5'in yürürlük tarihinden önce kabul edilmiş olan ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı olan hükümler uygulanamayacaktır.

5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1'de Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı hükümlerin uygulanamayacağı zikredilmiştir. Burada "aykırı hükümler" ifadesi ile kastedilenin ne olduğunun tespiti oldukça önemlidir. Zira "hükümler" ifadesinden, kanun maddesi anlaşılacaksa, artık genel hükümlere aykırılık teşkil eden kanun maddesi tamamıyla uygulanamayacaktır. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde suçun unsurları ile genel hükümlere getirilen istisna aynı maddede fakat farklı fıkralarda yer alıyorsa dahi, hem suçun uygulanması hem de ceza hukuku genel hükümlere aykırı fıkranın uygulanması mümkün olmayacaktır. Bir diğer deyişle söz konusu suç da ortadan kalkacaktır. Ancak TCK m. 5 ile amaçlanan sonuç bu değildir. Dolayısıyla "hüküm" ile ifade edilen Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisna getiren düzenlemedir. Bu yaklaşım sonucunda ise, sadece aykırılığı oluşturan düzenleme uygulanmayacak, ilgili maddenin diğer kısımları yürürlükte kalacaktır. Kanaatimizce bu sonuç, TCK m. 5'in düzenlenme amacı ile daha çok bağdaşmaktadır.

Özel ceza kanunlarında veya ceza içeren kanunlarda ceza hukukunun genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı takdirde de, TCK m. 5 delaletiyle, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanabilecektir. Örneğin 4926 sayılı mülga Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 11, iştirak hallerinden yardım edene ilişkin özel bir düzenlemeydi. Hükme göre memur kişi dışında kaçakçıya yardım eden kişiler, asil cezanın yarısına çarptırılıyordu. Maddedeki indirim miktarı, "yardım eden" hükmünü düzenleyen TCK m. 39 ile aynı olmasına rağmen, Kaçakçılık Kanunu'nda TCK m. 39'un aksine yardım edenin kim olduğu özel olarak belirtilmemişti. Bu durumda, TCK m. 39/f. 2'de yer alan üç hal, TCK m. 5 nedeniyle, mülga Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na tatbik edilmekteydi. 5607 sayılı yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda ise 11. maddenin muadili bir hükme yer verilmemiştir.

### **b-) Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri**

TCK m. 5'in etki alanının tespit edilmesinde rol oynayan başka bir husus, hükmün normlar hiyerarşisindeki konumudur. Normlar hiyerarşisi, işlevi bakımın-

<sup>21</sup> DONAY, *Süheyl*; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 8.

dan, ikinci normun geçerlilik koşullarını belirleyen birinci normun, ötekine göre hiyerarşik olarak üst konumda olmasıdır<sup>22</sup>. TCK m. 5'in, lafzı dikkate alındığında, diğer kanun maddeleri karşısında daha üstün bir konumda olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bir başka deyişle normlar hiyerarşisinde anayasa ve kanun arasında bir yerde olduğu düşünülebilir. Ancak düzenlemenin teknik olarak diğer kanunlardan bir farkı yoktur<sup>23</sup>. Bu durumda TCK m. 5'in, yürürlük tarihinden sonra kabul edilen kanunlar üzerinde bir etkisinin olmayacağı kabul edilmelidir<sup>24</sup>.

TCK m. 5 hükmü düzenlenerek, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamındaki suçlar bakımından da uygulanması, ceza hukukunun temel prensiplerine uygun hareket edilmesi ve böylece hukuk uygulamasında birliğin ve hukuksal güvenliğin sağlanması amaçlanmıştır. Ancak kuşkusuz Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin yürürlük tarihinden sonra kabul edilmiş<sup>25</sup> kanunlar bakımından *lex posterior derogat priori*<sup>26</sup> ilkesi gereğince, Türk Ceza Kanunu genel hükümleri değil, sonraki kanunun hükümleri uygulanacaktır<sup>27</sup>. Bu nedenle hükmün sadece bir *"temenni hükmü"* niteliğinde olduğu doktrinde ileri sürülmüştür<sup>28</sup>. Yeni bir kanun yapılırken veya değiştirilirken yasa koyucu kanunlarla değil, sadece Anayasa ile bağlıdır. Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin tamamlayıcı ceza hukuku bakımından da uygulanması amacıyla düzenlenen normun, bir kanun hükmü olması, yürürlük tarihinden sonra kabul edilecek kanunlara etki edemesine sebep olur<sup>29</sup>. Doktrindeki ağırlıklı görüş bu gibi düzenlemelerin Anayasada yer almadıkça yetersiz kalacağı yönündedir<sup>30</sup>. Bahsi geçen yetersizliğin örnekleri de çeşitli kanun değişiklikleri ile somutlaşmıştır. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na

<sup>22</sup> **KABOĞLU, Ö. İbrahim;** Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 43.

<sup>23</sup> **AYDIN;** s. 109.

<sup>24</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ;** s. 71.

<sup>25</sup> TCK m. 5'in, yürürlük tarihinden önce kabul edilmiş kanunları da etkileyebileceğinin benimsenmesi, aslında normun etki alanını genişletmektedir. Böylece hüküm, yürürlük tarihinden önce kabul edilmiş ancak TCK m. 5'in yürürlük tarihinden daha sonra yürürlüğe girmiş veya girecek olan normları da etkileyebilecektir. Aşağıda değinilecek bu konuyla ilgili bkz. Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Zamansal Olarak Etki Alanı.

<sup>26</sup> Sonraki kanun öncekini yürürlükten kaldırır. Bkz. **ERDOĞMUŞ;** s. 79.

<sup>27</sup> **YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa;** Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2010, s. 84.

<sup>28</sup> **ALACAKAPTAN;** s. 372; **ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 56; **ŞEN, Ersan;** Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006, s. 19.

<sup>29</sup> TCK m. 5'e "aykırılık halinde genel hükümlerin uygulanacağı" şeklinde bir ifadenin eklenmesi ile, genel hükümlere aykırı özel yasa çıkartılmasının engellenebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşle ilgili bkz. **TAN, Mehmet;** TCK Genel Hükümler I. Cilt, Ankara 2011, s. 109, 110. Ancak yazarın görüşüne, kanun hükümleri normlar hiyerarşisinde aynı değerinde kabul edildiğinden ve sonraki kanun önceki kanunu ilga eder ilkesi gereğince katılmıyoruz.

<sup>30</sup> **ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE;** s. 109; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA;** s. 130; **ŞEN;** s. 21; **KOCA/ÜZÜLMEZ;** s. 71; **KAYA, Esra;** "TCK ile Diğer Kanunlar Arasındaki İlişki", Hukuk Gündemi Dergisi, Mayıs 2005, S. 1, s. 22.

(AsCK), 26/02/2008 tarih ve 5739 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek m. 10 uyarınca Askeri Ceza Kanunu'nda ve diğer ilgili Kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar AsCK ek m. 8 ve 9 uygulanacaktır. AsCK ek m. 8 uyarınca fer'i askeri cezalara, cezaların ertelenmesine ve AsCK m. 49/A'daki zamanaşımına ilişkin düzenlemeler saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu genel hükümleri uygulanacaktır<sup>31</sup>. Görüldüğü üzere, anılan madde ile saklı tutulan düzenlemeler Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı olmasına rağmen tatbik edilmektedir. Bir diğer örnek ise 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 13. maddesinin, 01/03/2008 tarih ve 5739 sayılı Kanun ile değiştirilerek, verilen hapis cezasının ertelenemeyeceğinin veya seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceğinin hükme bağlanmış olmasıdır<sup>32</sup>. Değişiklik neticesinde ortaya çıkan düzenleme, TCK m. 50 ve 51 ile çelişmekteydi. Ancak Terörle Mücadele Kanunu açısından verilen bu örnek, artık geçerliliğini yitirmiştir. Zira 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesi ile söz konusu hüküm ilga edilmiştir. Güncel tarihli bir başka örnek vermek gerekirse, 31/03/2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 9. fıkrası uyarınca, 11. maddeye göre verilecek cezalar, seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir<sup>33</sup>. Hükümle TCK m. 50'de düzenlenen kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi kuralına bir istisna getirilmektedir. Belirtmiş olduğumuz tüm bu hususlar açıkça göstermektedir ki, kanunlarda TCK m. 5'in etkisini bertaraf eden hükümler düzenlenebilir. Bu kapsamda TCK m. 5'in yetersiz olduğu görüşüne biz de katılmaktayız<sup>34</sup>.

Bir kanun hükmü olması sebebiyle yetersiz olduğu düşünülen TCK m. 5'in, kanaatimizce Anayasa'da yer alması da uygun değildir. Zira TCK m. 5 ile, Türk Ceza Kanunu genel hükümlerine pek de gerekli olmayan bir üstünlük tanınmıştır<sup>35</sup>. Türk Ceza Kanunu hükümleri, kanun koyucunun suç politikasını yansıtır. Ancak bazı hukuk dalları kendine özgü alanları düzenlemektedir. Bu alanlarda düzenlenen suçlar da düzenlendiği alana ilişkin genel düzeni korumaya yöneliktir. Bu nedenle Ceza Kanunu'ndaki genel hükümleri bu gibi özel alanlarda uygulama çabası, her zaman olumlu sonuçlar vermeyebilir<sup>36</sup>. Özel düzenlemelere duyulan ihtiyacın göz ardı edilerek, Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümlere aykırı düzenlemelerin,

<sup>31</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **KANGAL, T. Zeynel**; Askeri Ceza Hukuku, Ankara 2010, s. 31-33.

<sup>32</sup> **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 85.

<sup>33</sup> **DEMİRBAŞ, Timur**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 96.

<sup>34</sup> Aksi görüş için bkz. **PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**; Türk Ceza Kanunu Yorumu, I. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 91.

<sup>35</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**; s. 79.

<sup>36</sup> **KANGAL**; s. 32. Yazara göre Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin istinasız egemen kılınması Askeri Ceza Kanunu bakımından sakıncalar ortaya çıkartacaktır.



TCK m. 5 ile ilga edilmesi hükmün olumsuz sonuçları sebebiyle eleştirilmiştir<sup>37</sup>. Eğer TCK m. 5, Anayasa'da yer alsaydı, ortaya çıkan olumsuz sonuçlar kanun değişikliği ile giderilemeyecekti. Zira olumsuz sonuca yol açan hüküm bir Anayasa hükmü olacaktı. Halbuki Anayasa'da yer alması gereken TCK m. 5 değil, ceza hukukunda vazgeçilemeyecek, aksine düzenleme yapılamayacak temel ilkelerdir. Ceza hukukunun temel ilkelerinin bertaraf edilmesi hangi özel durum söz konusu olursa olsun kabul edilemez bir yöntemdir.

### c-) Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Zamansal Olarak Etki Alanı

TCK m. 5'in yürürlük tarihinin saptanması, hükmün etki alanının incelenmesinde büyük bir öneme sahiptir. Doktrinde maddenin yürürlük tarihi konusunda iki farklı görüş mevcuttur. Görüşlerden birincisi maddenin 31 Aralık 2008'de yürürlüğe girdiği yönündedir. Bu görüşteki yazarlara göre, 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçici birinci maddesinde, aynı zamanda TCK m. 5'in yürürlük tarihi de düzenlenmektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen Kanun değişiklikleri ile TCK m. 5'in yürürlüğünün önce 31 Aralık 2006'ya, daha sonra da 31 Aralık 2008'e ertelendiği savunulmuştur<sup>38</sup>. Bizim de benimsediğimiz ikinci görüşe göre, TCK m. 5'in yürürlük tarihi 1 Haziran 2005'tir. Zira 5252 sayılı Kanun'daki geçici 1. madde, TCK m. 5'in yürürlüğe gireceği tarihi gösteren bir madde değildir. 5252 sayılı Kanun'daki geçici 1. madde ile gerekli değişikliklerin yapılmasına veya 31 Aralık 2008 tarihine kadar ilgili kanunlardaki düzenlemelerin uygulanmasına devam edilebileceğine hükmedilmektedir. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçici birinci maddesinde, TCK m. 5'in ne zaman yürürlüğe gireceğine dair bir ifade bulunmamaktadır<sup>39</sup>. Aslında TCK m. 5, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'yla aynı zamanda yani, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçici birinci maddesi ile, TCK m. 5 düzenlemesi sonucu yürürlükten kaldırılması amaçlanan ve genel hükümlere istisna getiren hükümlerin uygulanmasına devam edilmiştir. Bu kapsamda TCK m. 5 ile 5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1 aralarında çelişmektedir. Zira TCK m. 5 uyarınca Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisna getiren hükümler yerine, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Ancak 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçici 1. maddesine göre, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisna getiren hükümlerin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilecektir. Burada 5252 sayılı Kanun'daki hükmün özel hüküm olduğu ve *lex specialis derogat legi generali* ilkesi gereğince TCK m. 5'e nazaran öncelikle uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Bunun sınırı ise maddede de belirtildiği üzere Türk Ceza Kanunu'nun genel hü-

<sup>37</sup> TANER, Fahri Gökçen; s. 152.

<sup>38</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 70, 71; TANER, Fahri Gökçen; s. 137, dipnot. 1; TAN; s. 110.

<sup>39</sup> AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman; "Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi (YCGK. 2010/7-38 E., 2010/79 K.)", Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, Ankara 2011, s. 542.

kümlerine istisna getiren hükmün değiştirilmesi veya değiştirilmediği takdirde 31 Aralık 2008 tarihinde yürürlükten kalkmasıdır.

TCK m. 5'in normlar hiyerarşisindeki yerinin diğer kanunlardan farklı olmaması, maddenin sadece kendisinden önceki kanunları etkileyebileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla TCK m. 5'in etki alanı geçmişe yönelik olarak sınırsızdır. Hükmün ileriye yönelik etkisi ise, sadece hükmün normlar hiyerarşisindeki konumu ile belirlenemez. İleriye yönelik etkinin belirlenmesi için, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisna getiren hükümlerin kabul tarihlerinin mi, yoksa yürürlük tarihlerinin mi dikkate alınacağı tespit edilmelidir. Kanaatimizce burada önemli olan kabul tarihleridir. Zira TCK m. 5 ile önceki kanun hükümlerinin uygulanmasına son verilmektedir. Hükümlerin uygulanmasına son verilmesi, yasa koyucunun daha önce Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırılık teşkil eden kanun yapma iradesine gösterilen bir reaksiyondur. Yasa koyucu, iradesini Kanun'un yürürlük tarihinde değil, kabul tarihinde göstermiştir. O halde Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisna getiren hükümlerin kabul tarihleri dikkate alınmalıdır.

TCK m. 5'in hangi tarihe kadar kabul edilmiş kanunları etkileyebileceği hususunda iki kriter ele alınarak üç farklı sonuca ulaşılabilir. Bu kriterlerden ilki TCK m. 5'in kabul tarihidir. Buna göre etki alanının sınırı, TCK m. 5'in kabul tarihi olan 26 Eylül 2004'tür. Kabul tarihini, TCK m. 5'in etki alanının sınırı olarak benimseyen görüşe göre, hükmün kabulünden sonra, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine, özel yasalarla istisna getiren hükümler uygulanabilecektir. Bir diğer deyişle TCK m. 5, 26 Aralık 2004 öncesi kanun hükümlerini etkileyecek, bu tarihten sonra yürürlüğe girenleri etkileyemeyecektir. Ancak bu görüşün benimsenmesi durumunda TCK m. 5'in yürürlüğe girmesinin hiçbir pratik önemi kalmayacaktır. Halbuki etki alanından bahsedilecekse, TCK m. 5 gibi bir hükmün diğer maddeler üzerinde bir etkenliğinin bulunması şarttır. Zira kanun koyucunun, iradesini kabul tarihinde ortaya koyduğu benimsense bile, söz konusu iradeyi ortaya koyan kanun koyucu, değişikliğin hukuk düzeni üzerinde etkisini yürürlük tarihinde göstereceğini planlamıştır. Bu kapsamda yürürlüğü tamamen göz ardı eden, etki alanı sınırını kabul tarihi olarak benimseyen görüşe katılmıyoruz.

Etki alanının sınırıyla ilgili ikinci kriter olarak, TCK m. 5'in yürürlük tarihi esas alınabilir. TCK m. 5, normlar hiyerarşisinde diğer kanun hükümleri ile aynı konumdadır. Dolayısıyla yürürlüğünden sonra kabul edilmiş kanunları etkileyemeyecektir. TCK m. 5'in yürürlük tarihi hususunda ise farklı görüşler benimsenmektedir. Bir görüşe göre<sup>40</sup> TCK m. 5'in yürürlük tarihi 31 Aralık 2008'dir. O halde TCK m. 5, 31 Aralık 2008'den önce kabul edilen kanunlar bakımından etkili

<sup>40</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 71; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 83, 84.

olacaktır. Bu görüşün temelinde 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçici birinci maddesinin, TCK m. 5'in yürürlük tarihinin de gösterdiği yaklaşımı etkilidir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun geçici birinci maddesinin, TCK m. 5'in yürürlük tarihini düzenleyen bir hüküm olmadığını düşünmekteyiz. TCK m. 5 de Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte, yani 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla TCK m. 5 sadece, 1 Haziran 2005 tarihinden önce kabul edilmiş kanunları etkileyebilecektir<sup>41</sup>.

TCK m. 5'in etki alanı ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, maddenin genel norm-özel norm ilişkisi çerçevesinde uygulanamayacağıdır. Zira genel norm-özel norm ilişkisi, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan normlarla diğer kanunlarda yer alan normlar arasında gündeme gelmektedir<sup>42</sup>. Böyle bir durumda Türk Ceza Kanunu'nda yer alan norm değil, diğer kanunda düzenlenen norm uygulanacaktır. Bir diğer deyişle Türk Ceza Kanunu'ndaki norma nazaran daha özel bir norma yer verildiği takdirde, özel normun önceliği ilkesi gereğince özel kanundaki hüküm uygulanacaktır<sup>43</sup>. Fail tarafından gerçekleştirilen bir fiil, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir suç tanımına uymakla birlikte, aynı zamanda özel bir kanunda da düzenlenen başka bir suç kapsamında da değerlendirilebilir nitelikte ise, bu halde TCK. m. 44 gereğince, fail daha ağır cezayı gerektiren hüküm uyarınca cezalandırılmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nda ve özel kanunlarda düzenlenen suçların içtimaında, TCK m. 5 hükmü sebebiyle, TCK m. 44 uygulanmaktadır.

#### **d-) Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Etkisi Açısından Bazı Hükümlerin Özel Olarak İncelenmesi**

TCK m. 5'in etki alanı ve etkinliği bakımından bazı hükümlerin özel olarak incelenmesi gerekmektedir. Özellik gösterdiğini düşündüğümüz ilk hüküm, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında olmayan ve Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabında yer alan 212. maddesidir. Madde, belgede sahtecilik suçları açısından düzenlenmiş özel bir içtima hükmüdür<sup>44</sup>. TCK m. 212, "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenir" şeklinde kaleme alınmıştır. Hüküm ile açıkça TCK m. 44'teki içtima düzenlemesine belgede sahtecilik suçları açısından bir istisna getirilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinin uygulanması halinde, gerçekleştirdiği tek fiil ile sahtecilik suçunun yanı sıra bir başka suçu da işleyen faile, sadece daha ağır cezayı gerektiren suçun cezası verilecekti. Ancak TCK m. 212'nin uygulanması sonucunda fail, her iki suçtan

<sup>41</sup> Aynı görüşte ÖZGENÇ; s. 94; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 130; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 79; AYDIN; s. 109.

<sup>42</sup> ÖZGENÇ; s. 93; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 130.

<sup>43</sup> İÇEL, Kayıhan; Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, s. 186.

<sup>44</sup> GÖKCEN, Ahmet; Belgede Sahtecilik Suçları, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 161.

dolayı da cezalandırılacaktır. TCK m. 212 ile “kaç suç varsa o kadar ceza vardır” kuralının istisnasını oluşturan TCK m. 44’e bir istisna getirilerek, asıl kurala yani cezaların içtimaına dönüş yapılmıştır.

İnceleme konumuz kapsamında tartışılması gereken durum, tek bir fiil ile hem belgede sahtecilik suçunun, hem de tamamlayıcı ceza hukuku kapsamındaki bir suçun işlenmesidir. Sorunun çözümü için öncelikle TCK m. 212’nin niteliğini tartışmak gerekir. TCK m. 212, aslında genel içtima hükmüne istisna getiren özel hüküm niteliğindedir. Ayrıca TCK m. 5 aracılığıyla uygulanacak hükümler kapsamında da değerlendirilemez. Zira konumu itibari ile Türk Ceza Kanunu’nda genel hükümler değil, özel hükümler arasında yer almaktadır. Bu durumda TCK m. 5’in etkisi ile TCK m. 44’ün uygulanması gündeme gelebilir. Ancak TCK m. 5, Türk Ceza Kanunu kapsamındaki genel ve özel normlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir madde değildir. Dolayısıyla TCK m. 5 aracılığıyla TCK m. 44 uygulanarak, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ve özel norm niteliğinde olan TCK m. 212 bertaraf edilemeyecektir. Yani TCK m. 212’nin uygulanmasında, TCK m. 5’in etkisinden bahsedilemeyecektir. TCK m. 212’nin uygulanmasının sebebi, belgede sahtecilik suçunun işlenmiş olmasıdır. Bir diğer deyişle TCK m. 212, belgede sahtecilik suçları açısından özel bir düzenleme olduğundan, münhasıran belgede sahtecilik suçunun işlenmesi sebebiyle uygulanabilecektir.

Özel olarak üzerinde durulması gereken bir başka madde ise 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesidir. Basın Kanunu m. 11, basın suçlarından dolayı sorumluların tespit edilmesini sağlayan bir maddedir. Ancak hüküm, T.C. Anayasası’nın (Anayasa) 38. maddesinin 6. fıkrası ve TCK m. 20’de düzenlenmiş olan ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırıdır. Zira basılmış eserler aracılığıyla işlenen suçların gerçek failleri eser sahipleridir. Ancak maddede belirtilmiş şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde, süreli yayınlarda sorumlu müdürün, süresiz yayınlarda yayımcının veya basımcının sorumluluğuna gidilmektedir. Dolayısıyla hükmün uygulanması hem objektif sorumluluk halini yaratmakta, hem de ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Basın Kanunu m. 11 kanaatimizce Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerine aykırı bir düzenlemedir<sup>45</sup>. Zira Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerine göre, yani genel sorumluluk sistemine göre tespit edilecek sorumlular yerine, Basın Kanunu m. 11’in uygulanmasıyla başka sorumlular tespit edilmektedir. 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesi, Basın Kanunu ile birlikte 09/06/2004 tarihinde kabul edilmiştir ve herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Dolayısıyla hüküm, TCK

<sup>45</sup> Aynı doğrultuda İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener; Kitle Haberleşme Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 249, 250; SİNAR, Hasan; “Basın Kanunu’ndan Kaynaklanan Bazı Güncel Hukuksal Sorunlara İlişkin Tespit ve Öneriler”, Basın Hukuku Atölye çalışmaları: I, İstanbul 2007, s. 122, 123; AYDIN; s. 91.

m. 5'in zamansal olarak etki alanı dahilindedir<sup>46</sup>. TCK m. 5 uyarınca Basın Kanunu m. 11 yerine, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uygulanmalıdır<sup>47</sup>. Bu kapsamda Basın Kanunu m. 11, 5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1 uyarınca 31 Aralık 2008'den itibaren uygulanamamalıdır. Bu tartışma Basın Kanunu m. 11 ve TCK m. 5 arasındaki ilişkidendir dolayısıyla gündeme gelebilecektir. Ancak burada tartışılması gereken sadece kanunlar arasındaki ihtilaf değil, aynı zamanda 11. maddenin Anayasa'ya aykırılığı sorundur. Zira ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi sadece Türk Ceza Kanunu'nda değil, aynı zamanda Anayasa'da da düzenlenmektedir. Dolayısıyla Basın Kanunu m. 11 ve TCK m. 5 arasındaki ihtilaf, kanun hükmünün Anayasa'ya da aykırı olması sebebiyle tali nitelikte kalmaktadır. Bununla birlikte kanunda yer alan hüküm, Anayasa'ya aykırı olsa dahi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmedikçe uygulanabilecektir. Halbuki TCK m. 5'in etkisi ile Basın Kanunu m. 11, 31 Aralık 2008 tarihinden itibaren uygulanamayacaktır. Bu noktada tartışma tali nitelikte olmakla birlikte, uygulamada pratik bir öneme sahiptir.

Yukarıda incelenen hükümlerin yanı sıra, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri kapsamında düzenlenen güvenlik tedbirleri ve TCK m. 5 arasındaki ilişkinin de özel olarak incelenmesi gerekir. TCK m. 53 ve devamı hükümlerinde düzenlenen güvenlik tedbirleri, teknik anlamda ceza olmamakla beraber, ceza hukuku yaptırımıdır. İnceleme konumuzla ilgili husus, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamındaki özel güvenlik tedbirlerinin, TCK m. 5 düzenlemesi karşısında uygulanabilirliğidir. Güvenlik tedbirlerinin Türk Ceza Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmış olduğu görüşü kabul edilirse, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında yer alan güvenlik tedbirlerinin, TCK m. 5 etkisi sebebiyle uygulanamayacağı sonucuna ulaşılır. Kanaatimizce güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nda sayılanlarla sınırlı değildir. Güvenlik tedbirleri yapısı itibariyle bir yaptırımdır. Ancak teknik anlamda cezadan farklıdır. Cezalar, işlenen fiile karşı kefarete, gelecek bakımından ise özel ve genel önleme amacını taşır<sup>48</sup>. Güvenlik tedbirleri ise, cezalardan farklı olarak bastırma tedbiri değil, salt önleme tedbirleridir<sup>49</sup>. Cezalar, gerçekleştirilen fiilin ağırlığına göre belirlenir. Ancak güvenlik tedbirlerinin belirlenmesinde, hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan, failin tehlikeliliği esas alınır<sup>50</sup>. Tehlikelilik, fiili gerçekleştiren kişinin yeniden suç işleme olasılığının bulunmasıdır. Tehlikeliliğin tespitinde kişinin geçmişteki hali, kötü bir yaşam tarzı geçirmek yönündeki itiyadı, fizyolojik durumu,

<sup>46</sup> Türk Ceza Kanunu genel hükümlerine istisna getiren hükümlerin kabul tarihlerinin değil, yürürlük tarihlerinin TCK m. 5'in zamansal etki alanının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği savunulduğu takdirde de Basın Kanunu, TCK m. 5'in zamansal olarak etki alanında olacaktır. Zira 5187 sayılı Basın Kanunu 26/06/2004 tarihinde, yani Türk Ceza Kanunu'ndan daha önce yürürlüğe girmiştir.

<sup>47</sup> AYDIN; s. 111.

<sup>48</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 908.

<sup>49</sup> ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE; s. 599; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 455.

<sup>50</sup> ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE; s. 600; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; s. 454.

akli kusurları ve benzeri kriterler dikkate alınmalıdır<sup>51</sup>. Bu nedenle güvenlik tedbirlerine, cezalara nazaran daha değişik ve çeşitli ihtimallerde hükmedilebilmesi gerekir. Zira güvenlik tedbirlerinin asıl amacı, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren ve kusur yeteneği olmayan ancak toplum için tehlike arz eden kişinin iyileştirilmesi ve toplumun güvence altına alınmasıdır<sup>52</sup>. Ancak güvenlik tedbirlerinin belirlenmesinde esas alınacak olan tehlikelilik, çeşitli değişkenlere bağlıdır. Söz konusu değişkenlerden kaynaklanan iyileştirme amacının, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen güvenlik tedbiri hükümleri ile tamamen karşılanabilmesi mümkün değildir. Türk Ceza Kanunu düzenlenirken bahsi geçen durum fark edilerek, TCK m. 56'da çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin ilgili kanunda düzenleneceğine hükmedilmiştir.

Bazı özel alanları düzenleyen hukuk kurallarının işlerliğini sağlamak amacıyla, bu kuralların yer aldığı kanunlarda suçlara yer verilmektedir. Bu suçların amaçlarını gerçekleştirmeleri ise, bu kanunlarda düzenlenen çeşitli güvenlik tedbirlerine bağlı olabilmektedir. Örneğin 4926 sayılı mülga Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 13'te özel bir eşyaya elkonulması hükmü düzenlenerek<sup>53</sup>, kaçak eşyalar bakımından, TCK m. 54 ve 55'ten farklı bir elkoyma ve müsadere usulüne yer verilmekteydi. Suçla mücadele politikası bakımından zaman zaman özel güvenlik tedbirlerine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'ndaki güvenlik tedbirlerinin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmeli ve özel kanunlardaki suçlar bakımından da özel güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesi gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Ancak Türk Ceza Kanunu'ndaki güvenlik tedbiri hükümleri ve özel kanunlardaki güvenlik tedbirleri çelişiyorsa, Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümler uygulanacaktır. Örneğin TCK m. 58/f.5 uyarınca çocuklar hakkında tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır. Eğer 1 Haziran 2005 öncesinde kabul edilmiş ve değişikliğe uğramamış özel bir kanunda, çocuklar hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmişse, TCK m. 5 etkisiyle özel kanun değil, Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümler uygulanacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse, özel kanunda Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş bir güvenlik tedbiri mevcutsa, bu güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Zira güvenlik tedbirleri, Türk Ceza Kanunu'nda sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden önce kabul edilip, herhangi bir değişikliğe uğramamış özel güvenlik tedbiri hükümleri ile TCK m. 53 ve devamı hükümleri çelişiyorsa, artık Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi nedeniyle, özel kanunda düzenlenen güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken bir husus, TCK m. 5'in tamamlayıcı ceza hu-

<sup>51</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 901.

<sup>52</sup> İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, YENER; İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 130.

<sup>53</sup> 21/03/2007'de kabul edilerek 31/03/2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu sebebiyle örneğimiz güncel durumu yansıtmamaktadır. Bu Kanunun 13. maddesinde, Türk Ceza Kanunu'ndaki eşya ve kazanç müsadere hükümlerine atf yapılarak aradaki farklılık giderilmiştir.

kuku veya diğer hukuk dalları hükümlerinde yer verilen tazyik hapsini etkileyip etkilemeyeceğidir. Tazyik hapsi teknik anlamda bir ceza değildir. Ancak tazyik hapsiyle de kişi özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Tazyik, kelime anlamı olarak sıkıştırma, baskı uygulama, zorlamayı ifade etmektedir<sup>54</sup>. Hapis cezası, bir tepki niteliğindedir ve kişinin işlediği suç karşılığında hükmedilir<sup>55</sup>. Tazyik hapsinde amaç, kişinin gerçekleştirmiş olduğu bir eylemden dolayı, özgürlüğünün sınırlandırılması şeklinde bir tepki göstermek değil, kişiyi belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamaktır. Örneğin 2004 sayılı İcra İflas Kanunu m. 76'da borçlunun, tazyik hapsine mal beyanında bulununcaya veya üç aya kadar maruz kalacağı düzenlenmiştir. Görülüyor ki borçlu mal beyanında bulunduğu an tazyik hapsi sona erdirilecektir<sup>56</sup>. Yani tazyik hapsi belli bir üst sınırı olmakla beraber, yükümlülük yerine getirilinceye kadar sürdürülebilir. Buna karşın ceza, belli bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ile sona ermez. Ceza, gerçekleştirilmiş ve sona ermiş fiile bir tepkidir. Bu doğrultuda Türk Ceza Kanunu'ndaki yaptırım hükümlerinin, tazyik hapsini etkilemesi mümkün değildir. Bu nedenle tazyik hapsinin TCK m. 5'in etki alanında olduğunu söylemek de mümkün değildir<sup>57</sup>.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

TCK m. 5 düzenlemesi ile amaçlanan, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı uygulamaların önüne geçilmesidir. Benimsenen yöntem, Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında suçları düzenleyen hükümlere de uygulanmasıdır. Bu doğrultuda Türk Ceza Kanunu genel hükümleriyle çatışan düzenlemelerin uygulamasının ortadan kaldırılması yoluna gidilmiştir.

Tamamlayıcı ceza hukukunda, genel hükümlere istisna getiren ve ceza hukukunun temel prensipleriyle örtüşmeyen hükümler mevcuttur. Modern ceza hukuku çerçevesinde hümanist doktrin ilkesi, kusur ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, objektif sorumluluk yasağı gibi önemli temel prensipler bütün suçlar bakımından gözetilmelidir. Halbuki özel ceza kanunlarına veya ceza içeren kanunlara getirilen istisnai düzenlemelerle, suç politikası ve ceza hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayan hükümler benimsenebilmektedir. Bahsi geçen hükümlerin yol açtığı olumsuz sonuçların önlenmesi bakımından, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel hükümlerin uygulanması oldukça yerindedir. Hatta tamamlayıcı ceza hukukundaki belirsizlik karşısında, TCK m. 5 ile tutarlı, tek bir uygulama yoluna gidilmesinin en uygun çözüm olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple TCK m. 5 ile getirilen sistemin genel olarak olumlu olduğu kanaatindeyiz.

<sup>54</sup> YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara 2005, s. 1200.

<sup>55</sup> ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE; s. 567.

<sup>56</sup> KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2011, s. 226.

<sup>57</sup> Aynı doğrultuda bkz. MERAN, Necati; Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 57.

Ancak TCK m. 5 gibi, kapsamlı bir reform hareketini başlatan hükmün, uygulamada sınırlı da olsa karışıklıklar hatta olumsuzluklar yaratacağı aşıkardır. Tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında bir ceza normu yaratılırken, düzenlemenin yapıldığı hukuk alanına ilişkin özel hükümler ihdas edilebilir. Bu özel düzenlemeler bazen ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı şekilde ortaya çıkabilir. Bazen de temel ilkelere aykırı olmayan ancak çeşitli hakların korunması veya özel ceza normlarının işlevinin sağlanması amacıyla, genel hükümlere aykırı düzenlemeler yapılabilir. TCK m. 5 ve 5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1'in etkisi, bahsi geçen bütün bu hükümlerin uygulanmasına son vermiştir. Bu kapsamda ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmayan hükümlerin uygulanmasına son verilmesini olumlu, ancak düzenlemenin yapılmış olduğu hukuk alanı kapsamında gerekli olan özel hükümlerin kaldırılmasının olumsuz sonuçlara yol açtığı kanaatindeyiz. Örneğin özel kanunlarda, TCK m. 66 ve devamı hükümlerinde düzenlenen zamanaşımına aykırı düzenlemeler, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleriyle örtüşmediği takdirde uygulanamayacaktır. TCK m. 52'de düzenlenen adli para cezasının maddede sayılan özelliklerine istisna getiren hükümlerin uygulanmasına son verilmesi bir başka örneği teşkil eder. Bazı durumlarda kanun koyucu, suç politikasının gereği olarak zamanaşımı süresini uzun tutma, cezanın ertelenmesine izin vermeme yolunu izleyebilmektedir. İşte TCK m. 5, tüm bu hallerde Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin uygulanmasına yol açacağı için uygulamada zorluklar ortaya çıkabilecektir. Örneğin 5187 sayılı Basın Kanunu m. 28 uyarınca aynı Kanunda düzenlenmiş olan düzeltme ve cevabın yayımlanmaması ve basılmış eseri engelleme, tahrip ve bozma suçları açısından hükmedilmiş adli para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemeyecektir. Ancak bu hükmün, TCK m. 52 ile çelişmesi sebebiyle artık söz konusu suçlar açısından hükmedilmiş para cezaları da koşulları oluştuğunda hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilecektir. Tamamlayıcı ceza hukukunun kapsamı ve belirsizliği dikkate alınınca, TCK m. 5 ile gerçekleştirilen sistem değişikliğinin olumsuz taraflarının olduğu da vurgulanmalıdır.

Olumsuz sonuçlarına rağmen TCK m. 5, ceza hukukumuz açısından bir devrim niteliğindedir. Tamamlayıcı ceza hukukunun belirsizliği ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı düzenlemeler içermesi, hükmün kabul edilmesinin başlıca sebebidir. Dolayısıyla TCK m. 5'in bir reaksiyon hükmü olduğu kabul edilmelidir. İdeal bir düzende gerçekleştirilmesi gereken, TCK m. 5 ile etkisiz hale getirilmesi amaçlanan hükümlerin, tek tek düzeltilmesi veya ortadan kaldırılmasıdır. Aslında 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile tamamlayıcı ceza hukukunda yer alan ve Türk Ceza Kanunu genel hükümlerine aykırı hükümler büyük ölçüde değiştirilmiştir. TCK m. 5, bir kanun hükmü olması nedeniyle ileriye yönelik etkisi sınırlıdır. Bu nedenle hükmün bir değişim hareketine temel oluşturduğu ve işlevinin sona erdiği düşünülebilir. Ancak tamamlayıcı ceza hukuku, çok geniş ve belirsiz bir alandır. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından gözden kaçan hükümlerin olması muhtemeldir. Kanun koyucu tarafından gözden kaçırılarak değiştirilmemiş olan Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı düzenlemelerin uygulan-



masına son verilmesi TCK m. 5 ile gerçekleşmiştir. Tamamlayıcı ceza hukukunun genişliği ve belirsizliği dikkate alındığı takdirde, TCK m. 5 ile bir sistem değişikliği yapılması etkili bir yöntemdir.

Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi, etkinliği bakımından tek başına düşünülemez. TCK m. 5'in tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında yer alan ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı düzenlemeleri ne şekilde etkileyeceği, 5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1'de düzenlenmiştir. Madde uyarınca tamamlayıcı ceza hukuku kapsamında yer alan ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı hükümler, değişiklik yapıncaya veya 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacaktır. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu geçici m. 1, aslında TCK m. 5'in yürürlüğüne etki etmemektedir. Dolayısıyla TCK m. 5'in yürürlük tarihi 1 Haziran 2005'tir. Yürürlük tarihinin önemi ise bir kanun hükmü olan TCK m. 5'in etkileyebileceği kanunların tespitinde ortaya çıkar.

Türk Ceza Kanunu m. 5, tamamlayıcı ceza hukuku kapsamındaki, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı normların uygulanmasına son vermek amacıyla düzenlenmiştir. Ancak hüküm, düzenlenme amacını gerçekleştirmek bakımından yetersizdir. Zira TCK m. 5 bir kanun hükmüdür. Bu kapsamda "sonraki kanun önceki kanunu ilga eder" ilkesi sebebiyle sadece yürürlük tarihinden önce kabul edilmiş hükümleri etkileyebilecektir. Ancak yürürlük tarihinden sonraki hükümleri etkilemesi, bir kanun hükmü olması nedeniyle mümkün değildir. Kanun koyucu kanunlarla değil, anayasal normlarla bağlıdır. Dolayısıyla TCK m. 5'e aykırı düzenlemeler yapılabilecektir. Hatta Askeri Ceza Kanunu'nda, Terörle Mücadele Kanunu'nda, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Hakkında Kanun'da, TCK m. 5'i etkisiz kılan hükümlere yer verilmiştir.

Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi TCK m. 5'in Anayasada yer almaması gerekir. Zira Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine istisnasız ve gereksiz biçimde üstünlük tanıyan TCK m. 5'in Anayasada yer alması, hükümle yaratılan olumsuz sonuçları perçinleyecektir. Kanun koyucu anayasal normları dahi göz ardı ederek, kanunlar düzenleyebilmektedir. Örneğin Basın Kanunu m. 11, Anayasa m. 38/f. 6'da düzenleme alanı bulmuş ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırılık teşkil eden bir düzenlemedir. Ancak hüküm 2004 yılında kabul edilmiştir ve yürürlükte dir. Ayrıca hükmün TCK m. 5 sebebi ile artık uygulanamayacak olması da dikkate alınmamaktadır. Elbette bu nevi durumların bir hukuk devletinde yaşanmaması gerekir.

Tamamlayıcı ceza hukukunu, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine tabi kılmak isteyen yasa koyucunun işlevi, TCK m. 5'in bir kanun hükmü olması nedeniyle sona ermemiştir. Yasa koyucu, özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren özel kanunlar kapsamında yeni bir hüküm düzenlerken veya bir değişiklik yaparken, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine ve özellikle ceza hukukunun temel prensiplerine uygun şekilde hareket etmelidir. Aksi takdirde TCK m. 5'in düzenlenme amacına ulaşmak olanaksızdır.

**KAYNAKÇA**

- ALACAKAPTAN, Uğur;** “Öteki Ceza Hukuku”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Ankara 2008.
- ARTUK, Mehmet Emin;** “Yeni TCK’nın Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Y. 3, S. 32.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012.
- AYDIN, Murat;** TCK’nın Genel Hükümleri Açısından Basın Suçlarında Sorumluluk, Ankara 2010.
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman;** “Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi (YCGK. 2010/7-38 E., 2010/79 K.)”, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, Ankara 2011.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, İstanbul 2011.
- DEMİRBAŞ, Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012.
- DONAY, Süheyl;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- ERCAN, İsmail;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2012.
- ERDOĞMUŞ, Belgin;** Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, 3. Baskı, İstanbul 2011.
- GÖKCEN, Ahmet;** Belgede Sahtecilik Suçları, 2. Baskı, Ankara 2010.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.
- İÇEL, Kayıhan;** “Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, S. 5.
- İÇEL, Kayıhan;** Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, YENER;** İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap, İstanbul 2000.
- İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener;** Kitle Haberleşme Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- KABOĞLU, Ö. İbrahim;** Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 5. Baskı, İstanbul 2009.
- KANGAL, T. Zeynel;** Askeri Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2010.
- KARAYALÇIN, Yaşar;** Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, 5. Baskı, Ankara 2001.
- KAYA, Esra;** “TCK ile Diğer Kanunlar Arasındaki İlişki”, Hukuk Gündemi Dergisi, Mayıs 2005, S. 1.

- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder;** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2011.
- MERAN, Necati;** Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2007.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2012.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer;** Türk Ceza Kanunu Yorumu, I. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2008.
- SINAR, Hasan;** “Basın Kanunu’ndan Kaynaklanan Bazı Güncel Hukuksal Sorunlara İlişkin Tespit ve Öneriler”, Basın Hukuku Atölye çalışmaları: I, İstanbul 2007.
- ŞEN, Ersan;** Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006.
- TAN, Mehmet;** TCK Genel Hükümler I. Cilt, Ankara 2011.
- TANER, Tahir;** Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1953.
- TANER, Fahri Gökçen;** “TCK’nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 83.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa;** Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2010.
- YILMAZ, Ejder;** Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara 2005.



## KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU (TCK m.163)

*(The Crime of Benefiting From A Service Without Compensation)  
(Turkish Penal Code, Article No 163)*

Zahit YILMAZ\*  
Özge APİŞ\*\*

### ÖZET

Karşılıksız yararlanma suçu, gerek 765 ve gerek ise 5237 sayılı Kanunlarda düzenlenmesi bakımından çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar genel olarak suçun dolandırıcılıktan ayırt edilebilmesi ve bazı fiillerin özel hukuk alanına dahil edilmesine ilişkin olmuştur. Yargı kararları ve doktrinde 6352 sayılı Kanun yasalasınca kadar uzun bir süre tartışma konusu olan husus ise, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin de taşınır mal sayılacağı ve hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceği hususudur. Bu nedenle bu makale ile, son değişikliklerle beraber karşılıksız yararlanma suçunun değerlendirilmesi ve eleştirilmesi amacı üzerinde yoğunlaşmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Ototomat, Hizmet, Yayın, Abonelik, Yararlanma

### *Abstract*

The offence of benefiting from a service without compensation is legislated in each Turkish Criminal Codes no. 765 and 5237 and woke controversy about how should offence of benefiting from a service without compensation separate from offence of fraud and some acts should consider in civil case or not. The core point in court's decisions and jurisprudence is that, until the code no. 6352 was codified, if all kinds of energy with economic value is also considered movable property and this kind of act should punish for offence of larceny.

The aim of this article is to review and criticise the offence of benefiting from a service without compensation with the last codifications.

**Keywords:** Automat, Service, Broadcast, Subscription, Benefiting

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

\*\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## I. Giriş

Malvarlığına karşı işlenen suçlar, teknolojinin gelişmesi, insan ihtiyaçlarının çeşitliliğinin artması gibi etkenlerden nasibini almıştır. Bu değişim, bazı yeni suç tiplerinin ortaya çıkması veya mevcut suç tiplerinin yapılarının değişmesine neden olmuştur. Her ne kadar önceleri mülkiyet veya zilyetlik üzerindeki malvarlığı haklarına karşı, ceza kanunlarının suç olarak düzenlemediği bazı saldırıların, mevcut suç tiplerine benzetilip cezalandırılarak bertaraf edilmesi yönünde çeşitli eğilimler olsa da bu hareket tarzının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığı, toplum ilişkileri açısından tehlike arz eden fiillerin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. İşte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 2. kitabının 2. kısmının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı 10. bölümünde ve 163. maddesinde yer alan “*Karşılıksız Yararlanma*” suçu da bu suçlara örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

163. maddeye göre; “*Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*”

*Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

(Ek: 2/7/2012-6352/83 md.) *Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metni üç fıkradan oluşmakta olup, ilk fıkrada otomatlar aracılığıyla işlenen karşılıksız yararlanma suçu tek hareketle, ikinci fıkrada düzenlenen suç ise otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak ve telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak olarak seçimlik hareketler şeklinde düzenlenmiştir. Suçun yaptırımını her iki fıkra açısından da hapis cezası ve adli para cezası şeklinde seçimlik olarak düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğal gazın karşılığı ödenmeksizin tüketilmesi tek hareketli bir suç olarak düzenlenmiş ve karşılığında hapis cezası öngörülmüştür.

## II. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçları

Karşılıksız yararlanma suçları, 765 sayılı TCK'nun “*Mal Aleyhine Cürümler*” başlıklı onuncu babının, “*Karşılıksız Yararlanma*” başlıklı sekizinci faslında düzenlenmişti. Buna göre adı geçen Kanun'un 521/a maddesinde, genel olarak karşılık-

sız şekilde hizmet, besin ve içeceklerden yararlanma suçu, 521/b maddesinde ise, çalışmamızın konusunu daha yakından ilgilendiren otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçları düzenlenmişti.

Karşılıksız yararlanma suçları, 765 sayılı TCK'na 6.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri ile eklenmiş olup, bu suçlar, Türk Ceza Kanunu 1987 Ön Tasarısı'nın 177 ve 178. maddelerindeyse “*Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama*” başlığı altında yer almıştı.

Tasarı'nın 177. maddesine göre; “*Bir pansiyon, otel veya han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kaldıktan, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içtikten sonra, borçlu bulunduğu bedeli ödemeyen kimseye şikayet üzerine on beş günden üç aya kadar hapis cezası verilir.*” 178. maddesinde ise karşılıksız hizmet sağlama suçu, “*Tren, gemi veya diğer ulaşım araçlarında seyahat, bir temsil veya sinemaya, sergiye ve benzeri yerlere girme, otomatik aletlerden yararlanma gibi, ancak bedeli ödendiği takdirde elde edilebileceğini bildiği bir hizmetten yararlanan kimseye, şikayet üzerine ödenmeyen bedelin on katı hafif para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmişti<sup>1</sup>. Ön Tasarıda yer alan bu düzenleme, çeşitli değişikliklerle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na dahil edilmişti.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, karşılıksız yararlanma suçlarını, başlıca iki suç şeklinde ele almıştı. Bunlardan ilki Kanun'un 521/a maddesinde düzenlenen karşılıksız olarak konaklama, yemek veya ulaşım hizmetlerinden yararlanmak iken, diğeri 521/b maddesinde gösterilen ve esasen 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesinde düzenlenen suç tipine benzeyen otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçuydu.

### **1. Karşılıksız Olarak Konaklama, Yiyecek Hizmeti veya Ulaştırma Hizmeti Alma (765 Sayılı TCK m. 521/a)**

765 sayılı TCK'nun 521/ a bendinde düzenlenen suç tipi,

“*Ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde;*

1. *Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,*

2. *Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,*

3. *Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ödemedede bulunmayan kimseye on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir.*

*Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyete bağlıdır*” şeklinde düzenlenmiş

<sup>1</sup> Centel, Nur, “*Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama Suçları*”, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 17-18 Nisan 1987, İstanbul 1987, s.113.

olup, karşılıksız yararlanmalar çeşitli seçimlik hareketlerle suç olarak yaptırım altına alınmıştır.

### A. Ücreti Karşılığı Hizmet Veren Pansiyon, Otel ve Han Gibi Geçici İkamete Tahsis Edilmiş Yerlerde Ücret Vermeden Kalmak

Maddenin bu bendinde yaptırım altına alınan fiil, geçici olarak konaklamaya ayrılan ve madde bendinde örnek verilmek suretiyle sayılan, belli bir ücret karşılığı konaklama hizmeti sunan yerlerde kalıp da ödemede bulunmama fiiliydi. Failin konaklama ücretini daha sonra ödeme düşüncesiyle karşılığını ödemeksizin bu hizmetten yararlanması halinde, suçun gerçekleşeceğini savunan Önder'e göre müşteri ile konaklama yerinin sahibi arasında açık veya örtülü bir anlaşma mevcut ise suç gerçekleşmeyecekti<sup>2</sup>.

Maddede “geçici olarak ikamete tahsis edilme” ifadesinden, sürekli olarak kalınma niyetiyle kalınan yerler açısından bu hükmün uygulanmayacağı söylenmiştir. Zira bu suçla, hukuki ilişkinin niteliği gereği kendisini koruyacak tedbir alma iktidarından mahrum olan kişilerin korunması amaçlanmaktaydı<sup>3</sup>. Dönmezer, aksi bir tutumun borç için ceza anlamına geleceğini savunmuştu<sup>4</sup>.

Bu bendin Anayasa'ya aykırılığı iddiası konusunda Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinin 1. fıkrasının Anayasa'nın 38/son fıkrasının “Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında, “Anayasa'nın 38. maddesindeki ‘yerine getiremem’e ibaresinin, kişinin istese bile borcunu ödeyemeyecek durumda olması durumunu ifade ettiğini, bu nedenle sözleşmeden kaynaklanan bir borcu ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden kişilerin bu madde hükmünden yararlanamayacağını” ifade edip, 765 sayılı Kanun'un 521/a maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun da kasten işlenen bir suç olduğundan hareketle, iptal istemini reddetmiştir<sup>5</sup>.

### B. Ücreti Karşılığı Hizmette Bulunan Lokanta ve Benzeri Yerlerde Yiyip İçmek

Maddenin bu bendinde ücret karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmesine rağmen ödemede bulunmayan kişilerin hareketleri ceza-

<sup>2</sup> Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.484, Savaş, Vural, Mollamahmutoglu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, IV. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.s.603.

<sup>3</sup> Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul 2004 s.587.

<sup>4</sup> Dönmezer, s.587, Yazar esasen bu fikirle, uzun süreli borç ilişkilerinde bireylerin kendilerini hukuki olarak koruma altına imkanı olduğunu, oysa kısa süreli, geçici nitelikteki ilişkiler açısından bu imkandan mahrum olan kişilerin ceza kanunları ile korunmasının borç için ceza ya da hapis yasağına aykırı olmadığını ileri sürmektedir.

<sup>5</sup> AYM, 31.3.2004, 2002/101 E., 2004/44 K.



landırılmıştı. Dönmezer, yukarıdaki fıkra açısından ifade ettiği görüşe benzer bir biçimde bu hükmün, yalnızca geçici yiye içmeleri kapsadığını ifade etmişti<sup>6</sup>. Maddede karşılıksız olarak yiye içme fiilinin lokanta ve benzeri yerlerde işlenmesi cezalandırılmış olduğundan, bu yerlerden dışarıya yapılan servis veya paketleme halleri, bu bent kapsamında değildi<sup>7</sup>.

### C. Taksi ve Benzeri Ulaşım Araçlarında Kendisini Bir Yerden Diğer Bir Yere Taşıtmak

Maddenin bu bendinde, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere “taşıtmak” suretiyle karşılıksız yararlanma fiili cezalandırılmıştı. Karşılıksız yararlanmanın cezalandırılmasının sebebi, kişiler ile kurulan geçici nitelikteki hukuki ilişkilerde ödeme niyeti olmaksızın bir takım hizmetlerden yararlanmak suretiyle kişilerin hizmetlerinin sömürülmesi, malvarlıklarının azalması ve bu kişilerin güvenlerinin suistimal edilmesi idi. Ancak bu hüküm, kişilerin habersiz olarak ulaşım araçlarında seyahati açısından meydana gelen durumlarda bir boşluk yaratmıştı. Önder de kaçak yolcular açısından bu bendin uygulanmayacağını<sup>8</sup> ifade etmişti. Dönmezer, geçici kullanıma ilişkin görüşünü bu suç açısından da tekrarlayarak, uzun süreli taşıt kiralamalarında kira bedelinin ödenmemesi halinde bu hükmün tatbik edilemeyeceğini ifade etmişti<sup>9</sup>.

### 2. Otomatik Aletlerden Karşılıksız Yararlanma (765 Sayılı TCK m.521/b)

765 Sayılı TCK'nun 521/b bendine göre, “Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir.”

Bu bentte düzenlenen suç tipi, esasen 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen suç tipi ile içerik itibariyle benzeşmektedir<sup>10</sup>. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak, 765 sayılı TCK'da yer alan “fiili daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde” şeklindeki ifadeye, yeni kanunda yer verilmemiştir.

Maddede “hizmet elde edilebilecek” aletlerden bahsedildiğine göre, 5237 sayılı TCK'na yöneltilen eleştirilere benzer bir biçimde “mal otomatları”na ilişkin bir boşluk olduğu söylenebilir. Ancak kimi yazarlar mal elde etmeyi de bu kapsamda kabul

<sup>6</sup> Dönmezer, s.587.

<sup>7</sup> Önder, s.484, Savaş, Mollamahmutoglu, s.603.

<sup>8</sup> Önder, s.484.

<sup>9</sup> Dönmezer, 587-588.

<sup>10</sup> Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem Yenerer, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.489.

etmektedir<sup>11</sup>. Bu görüşün aksini savunan yazarlara göre, “eşya” veya “mal” sunan otomatlara yönelik fiiller, bu bent kapsamında mütalaa edilemez<sup>12</sup>.

Kanun’un 521/b maddesinde düzenlenen suç tipi, re’sen kovuşturulması gereken bir suç tipi olup bu yönüyle 521/a maddesinde düzenlenen suç tipinden ayrılmaktaydı. Suç için öngörülen ceza on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası olup, 5237 sayılı TCK’da suç için öngörülen cezanın ağırlaştırıldığı görülmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK’nun karşılıksız yararlanma suçlarına ilişkin hükümleri arasında ciddi yapısal farklılıklar mevcuttur. Öncelikle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenen karşılıksız olarak geçici konaklamalar, lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme fiilleri ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtmak şeklindeki fiiller, suç olarak düzenlenmemiş, bu hareketlerin hukuki uyumsuzluk kapsamında bırakıldığı kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Ancak otomatlardan karşılıksız yararlanma suç tipi cezası ağırlaştırılmak suretiyle, genel olarak muhafaza edilmiştir. Telefon hatlarına saplama yöntemiyle konuşma ve bu konuşma bedelini aboneye ödettirme ise, 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık olarak kabul görmüştü<sup>14</sup>. Ayrıca, 5237 sayılı TCK’da 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun’un 83. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde ve 765 sayılı TCK’da “elektrik hırsızlığı” olarak nitelendirilen suç tipi ve “konusu ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji” bakımından gerçekleştirilen

<sup>11</sup> Dönmezer, s.588.

<sup>12</sup> Önder, s.485. Ancak Önder, konu ile ilgili olarak verdiği bir örnekte, failin otomat içerisindeki sigarayı karşılığını ödemeksizin alması halinde 521/a maddesinin, aynı kişinin sahibinin dalgınlığından faydalanmak suretiyle sigarasını rıza olmaksızın alması halinde 765 sayılı TCK’nun 491. maddesinin uygulanacak olmasının tutarsızlık olduğunu da ifade etmiştir. Önder s.486, Doktrinde, mal otomatlarından karşılıksız olarak yararlanmanın, “hırsızlık” suçuna sebebiyet vereceği savunulmaktadır. Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002 , s. 86, Centel, s.113.

<sup>13</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s.489.

<sup>14</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s.490, Özgenç, bu görüşe karşı çıkarak, taşınabilir bir mal olmadığından hareketle telefon şebekesinden karşılıksız yararlanılmasını suç kapsamında görmemekteydi. Özgenç, s.87.

“...İçtihamı birleştirmeye esas tutulan kararlarla sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinesi ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyettir... Bu olayların Türk toplumunun değer yargularına tamamen ters düşüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fıkrasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsamına aldığı kabulü gerekli görülmüştür... Buradaki genişletici yorum TCK’nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde kapsamına dahil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemice bulunan ve zamanın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sahibinin rızası dışında kullanılması eylemlerinin de TCK’nun 491. maddesinin kapsamına olduğunu açıklığa kavuşturmaktan ibarettir... Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saplama yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluşturacağına...” İBBGK, 1989/2 E., 1990/3 K., 6.4.1990.

hırsızlık fiilleri, 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesine eklenen 3. fıkra ile karşılıksız yararlanma suçu altında düzenlenmiştir.

### III. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Karşılıksız Yararlanma Filleri

#### 1. Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma başlıklı 22. bölümün §265-a Paragrafında “*Karşılıksız Yararlanma*” suçu düzenlenmiştir. Paragrafta bu suç, “*Ödeme yapmamak maksadıyla hileli bir şekilde, otomatlar aracılığıyla veya kamusal amaçlara hizmet eden bir telekomünikasyon ağıyla (bu kavramın, bütün kablolu ve telsiz kamu veri aktarma sistemlerini kapsadığı ifade edilmiştir) sunulan bir hizmetten yararlanan, bir ulaşım aracında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan veya bir etkinliğe veya kuruluşa giren kişi, fiil için başka bir hükümde daha ağır bir ceza öngörülmemişse, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında suça teşebbüsün de cezalandırılacağı düzenlenmiş, son fıkrasında ise bu Kanun'un 247 ve 248-a maddelerinin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir.<sup>15</sup> Kanun'un 247. maddesine kıyasen bu suçun aynı konutta yaşayan ve aile mensupları arasında işlenmesi halinde soruşturmanın yalnızca şikayet üzerine yapılabileceği, 248-a maddesi açısından ise karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması halinde, suçun şikayete tabi olarak soruşturulacağı ve kovuşturulabileceği ancak soruşturma makamlarının özel kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle re'sen harekete geçebileceği düzenlenmiştir<sup>16</sup>.

#### 2. Avusturya Hukuku

Avusturya Ceza Kanunu'nun “*Yabancı (Başkasının) Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı altıncı bölümünün “*Karşılıksız Hizmet Alma*” başlıklı 149. maddesinde suç dört fıkra halinde düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında, “*Her kim, kamusal ulaşım hizmet eden bir kurum yoluyla ya da bir temsile, sergiye veya başka bir etkinliğe girmek ya da olgu hakkında aldatma yoluyla başka bir etkinliğe girmek suretiyle, sabit ücretini ödemeksizin bir ulaşım (aracı) kullanır ve sabit ücret sadece düşük bir ücretse, bir aya kadar hapis ya da 60 günlük para cezası ile cezalandırılır*” denilmektedir.

Maddenin 2. fıkrasında, “*Her kim kendisine ya da bir başkasına, hizmet otomatının bir edimini, ücretini ödemeksizin elde ederse, altı aya kadar hapis ya da 360 günlük birime kadar para cezası ile cezalandırılır*” denilmektedir.

<sup>15</sup> Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried, *15 Mayıs Tarihli Alman Ceza Kanunu*, İstanbul, 2009, Beta Basım Yayım, s.348.

<sup>16</sup> Yenisey, Plagemann s.323,324.

Maddenin 3. fıkrası malın değerinin azlığına ilişkin olup, maddenin ikinci fıkrasına giren hallerdeki malvarlığı değerlerinin az olması halinde, failin bir aya kadar hapis ya da altmış günlük birime kadar para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir<sup>17</sup>. Son fıkrada, kovuşturmanın, sadece mağdurun şikayeti ile yapılabileceği ifade edilmektedir.

167. maddesinde ise, aralarında karşılıksız hizmet alma suçunun da olduğu suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin tatbik edilebileceği ifade edilmiştir<sup>18</sup>.

### 3. İsviçre Hukuku

21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu'nun özel hükümler başlıklı ikinci kitabının, "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Karşılıksız Hizmet Sağlama" alt başlıklı 150. maddesinde (obtaining a service without payment) herhangi bir ücret ödemeksizin hizmet sağlayan, hizmetin, ücret karşılığı verildiğini bilerek, özellikle toplu taşıma, halka açık etkinlikler, sergi ve benzeri etkinliklere katılan ya da bir bilişim sistemi veya bir otomattan hizmet alan kişilerin, şikayet üzerine üç yıldan fazla olmayacak şekilde hapis cezası veya para cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir.

### 4. Fransız Hukuku

Fransız Ceza Kanunu'nda karşılıksız yararlanma suçu, 313. maddenin 5. fıkrasında düzenlenmektedir. Maddede suç, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesine benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre,

*"Karşılıksız yararlanma, bir kişinin mutlak ödeme imkânsızlığı içinde bulunduğunu bilmesi veya ödememe kastının bulunmasına rağmen,*

- 1- *Yiyecek veya içecek satan yerlerde kendisine yiyecek veya içecek servis ettirmesi,*
- 2- *Oda kiralayan kuruluşlarda, on günü geçmeyecek şekilde kendisine bir veya birden fazla oda tesis ettirmek ve o odayı işgal etmesi,*
- 3- *Kendisine dağıtım uzmanları tarafından araba deposunu kısmen veya tamamen dolduracak yağ ve yakıt servis ettirmesi,*
- 4- *Kendisini taksitle taşıtmadır."*

Suçun cezası maddenin son bendinde altı ay hapis cezası ve yedi bin beş yüz euro para cezası olarak belirtilmektedir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Wessels, Johannes, Hillenkamp, Thomas, Çev: Aygörmez, Gülsün, Ayhan, *Avusturya Ceza Kanunundaki Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar*, in: Prof.Dr.Eric Hilgendorf'a Armağan, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, Legal Kitapevi, Ankara 2009,s. 229 .

<sup>18</sup> Wessels, Hillenkamp, s. 239.

<sup>19</sup> Legifrance.gouv.fr <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3756>. Erişim Tarihi: 15.09.2011.

## 5. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, karşılıksız yararlanma suçuna benzer bir suç olarak düzenlenen hileli yolla hizmet sağlama suçu, 2006 tarihli “*Dolandırıcılık Kanunu*”nda da yer almaktadır (*Fraud Act 2006*). Bu Kanun’un 11. bölümünde yer alan düzenlemeye göre, kişinin kendisine veya bir başkasına, hileli bir hareketle veya ikinci fıkranın ihlali suretiyle hizmet sağlaması halinde, kişi bu suçu işlemiş sayılmaktadır<sup>20</sup>.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen hareketlerden hileli yollarla hizmet sağlama TCK’nun 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçuna benzemekteyse de ikinci fıkrada düzenlenen suç tipleri, karşılıksız yararlanma suçuyla benzerlik göstermektedir.

İkinci fıkrada düzenlenen suç tipi bakımından ise, kişilerin, ödeme temeline dayalı olarak yararlanılabilen bir hizmetten kısmen veya tamamen bir ödeme yapmamak kastıyla yararlanması, suç olarak tanımlanmıştır<sup>21</sup>.

### IV- 5237 Sayılı TCK’nda Karşılıksız Yararlanma Suçları

#### 1. Korunan Hukuki Değer

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun sistematığı içerisinde, “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığı altında, malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlendiği için suçun öncelikle, malvarlığı değerlerine karşı işlendiği söylenebilir. Bu nedenle suçla, kişilerin malvarlığı üzerindeki hakları korunmaktadır<sup>22</sup>.

TCK’nun 163. maddenin ilk fıkrasında, “*otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten, ödeme yapmadan yararlanmadan*” bahsedilerek, suçun esasen kişilerin sunmuş oldukları hizmetin bedeli üzerindeki malvarlığına ilişkin haklarını koruduğu söylenebilir. Maddenin ikinci fıkrasında, “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*” denilmekle gerek mülkiyet gerekse de zilyetlik üzerindeki haklar, korunma altına alınmış olmaktadır. Üçüncü fıkrada ise abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi hali yaptırım altına alınmış olup, bu fıkrada elektrik, su ve doğal gazdan bedel ödeyerek yararlanan kişilerin sayılan enerjiler üzerindeki kullanım hakları korunmaktadır. Bu anlamda suçun mağduru bazen kendi hattından hukuka aykırı olarak enerji transferi yapılan gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi bazen de bizzat bu hizmeti sağlayan kurumun kendisi de olabilir.

<sup>20</sup> Swiss Criminal Code, [http://www.admin.ch/ch/e/rs/311\\_0/a165.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a165.html), Erişim Tarihi: 15.09.2011.

<sup>21</sup> [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga\\_20060035\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf), Erişim Tarihi, 20.09.2011.

<sup>22</sup> Centel, Zafer,Çakmut, s.491, Yaşar, Osman,Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Madde 147-204*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.4750.

## 2. Maddi Unsurlar

### A) Fiil

5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde suç teşkil eden fiiller, seçimlik hareketli olarak üç fıkra halinde düzenlenmiştir. 163. maddenin 1. fıkrasında suç teşkil eden fiil, “*otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak*”, 2. fıkrasında, “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak*”, 3. fıkrasında ise, “*abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi*” olarak belirlenmiştir.

İfade etmek gerekir ki, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinde suç olarak öngörölmüş olan, ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalmak, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içmek, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtmak filleri, 163. madde içerisinde düzenlenmemiş, bu nedenle bu tür uyumsuzluklar, gerek yargı kararları ve gerekse doktrinde özel hukuk alanında çözölməsi gereken, alacak-borç ilişkileri olarak nitelendirilmiştir<sup>23</sup>.

### a. Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak

TCK'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bu seçimlik hareket bakımından, bedeli ödenmek suretiyle hizmet sunması gereken otomat mekanizmasının, sahte para, sahte kart, mıkknatıs, düğme gibi araçlar kullanmak suretiyle harekete geçirilmesi ve böylece otomatın, hizmet bedelinin ödendiğini algılamasını sağlayan davranışlar cezalandırılmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Esen, Sinan, *Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 2007, s. 405.

<sup>24</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4754.

“...Sahte telefon kartları ile haksız yere konuşma yapıldığı bilgisine ulaşan müdahil kurumun, teknisyen olarak görev yapan tanık G'yi şüphelileri tespit amacıyla görevlendirdiği, merkez postanesi önündeki 4 nolu ankesörlü telefon kulübesine giren sanık H'yi takibe aldığı, sanığın telefon kartını makineye taktığını gören tanığın kartın sahte olduğunu hemen fark ettiği, 23.06.2002 tarihli yakalama-teslim-tesellüm tutanağı içeriği ile adı geçen sanığın aynı tarihli polisteki ifadesine göre, konuşmanın bitimi sonrası kartın kendisinden kontrol amacıyla, polis memuru ve tanık G. tarafından istendiği, zapt etme tutanağına göre de benzer nitelikte bir kartın sanığın üzerinden zaptolunduğu, bu sanığın anlatımı doğrultusunda diğer sanık Ö'nün bir çay ocağında yakalanıp üzeri arandığında onun üzerinden de iki telefon kartının çıktığı, suçça konu zaptolunan 30 ve 60 kontörlük telefon kartlarının üst tarafındaki barkot numarasının geniş siyah şeridi üzerine sonradan yapıştırıldığı açıkça belli olan beyaz şerit ve beyaz kağıt ile 100 kontörlük kart haline getirildiğinden 30.12.2002 günlü duruşmada tespit olunduğu, seyir satıcıdan alınmış olsa bile mevcut sahteciliğın ilk bakışta sanıklar tarafından fark edilmemesinin mümkün görülmediği, sahte olan telefon kartlarının bilerek sanıklarca kullanıldığı anlaşılma otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçundan dolayı...” Yarg. 6. C.D, 21.03.2006, 2004/9830 E., 2006/2176 K.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanun koyucunun, bedeli karşılığı otomattan yararlanılmasını aradığı şeyin “mal” değil, “hizmet” olmasıdır. Bu anlamda, otomatın teknik işleyişini bozarak, ücret ödenerek yararlanılması gereken bir hizmetten bedelsiz yararlanılması halinde “karşılıksız yararlanma”, aynı şekilde otomattan mal alınması halinde ise, “hırsızlık” suçunun oluşacağı savunulmaktadır<sup>25</sup>. Bedelsiz olarak sunulan hizmetlerden (ATM gibi) yararlanılması halinde ise suç oluşmayacaktır<sup>26</sup>.

Belirtmek gerekir ki, 163. maddenin 1. fıkrasında suç olarak düzenlenmiş olan fiil, bir hizmetten bedeli ödemeksizin yararlanılması olmakla birlikte, bu hizmetin otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmet olması gerekir. Şu halde, 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinde düzenlenmiş olan ve 5237 sayılı TCK'nun 163. maddesinde karşılığı bulunmayan, ücret ödendiği takdirde yararlanılabilecek konaklama, yiyecek ve ücretli ulaşım hizmeti veren araç ve mekânlardan istifade etmek fiillerinin suç teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ancak hileye ilişkin koşullar varsa, dolandırıcılık suçunun oluşabileceği gözden kaçırılmamalıdır<sup>27</sup>.

### **b. Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak**

163. maddenin 2. fıkrasında kanun koyucu, herhangi bir şekilde başkasının telefon hattı yahut frekansından bedelini ödemeksizin yararlanmayı<sup>28</sup> ve maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, abone olunmayan bir televizyon yayınının kaçak olarak kullanılmasını cezalandırmıştır<sup>29</sup>. Bu seçimlik hareket bakımından fail, bir başkasına yahut kamuya ait telefon hatları yahut frekanslarına hukuk dışı yollarla girmekte ve yaptığı konuşmanın bedelini mağdura ödettirmektedir. Elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan bakımından ise, teknik bir alet yardımıyla abone olunmayan bir yayından kaçak olarak yararlanılması söz konusu olmaktadır<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Yıldız, Ali, Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul, 2007, İstanbul Barosu Yayınları, s. 288.

<sup>26</sup> Özer, Veli Özbek, Kanbur, M. Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 714.

“...sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlama eylemi 765 Sayılı TCK'nun 525/b-2 madde ve fıkrasında düzenlenen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçunu oluşturacağından...” YCGK, 10.04.2001, 2001/6-30 E., 2001/57 K. 10.04.2001

<sup>27</sup> Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 858.

<sup>28</sup> “Yakımana ait telefonu yakınının bilgisi dışında ve kabule göre de hattına saplama yaparak değişik tarihlerde kullanan sanığın eylemi, 5237 sayılı TCY'nin 163/2. maddesindeki suçu oluşturduğunun gözetilmemesi...” Yarg. 6. C.D., 30.06.2009, 2008/21993 E., 2009/10834 K. .

<sup>29</sup> Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa R., Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 637.

<sup>30</sup> 20- Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Madde 146-222, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008 s. 2600, 2601.

Değınmek gerekir ki, yayın, kanun koyucunun gerekçede belirttiği anlamda sadece televizyon yayını şeklinde dar yorumlanmamalıdır. Zira günümüzde, karşılığını ödemek suretiyle, internet yayınlarından<sup>31</sup>, şifreli radyo yayınlarından yararlanılması da söz konusu olmaktadır. Bu anlamda, madde metninde yer alan “yayın” kapsamının, Gerekçe’de televizyon yayınları ile sınırlandırılmasını doğru bulmamaktayız. Aksi halde, televizyon yayınları dışındaki şifreli ya da şifresiz yayınlardan, sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma fiillerinin, TCK’nun 163. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilememesi gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Şifreli yayınlar bakımından suç teşkil eden fiil, abonelik sözleşmesi olmaksızın, yayının kaçak olarak izlenmesidir<sup>32</sup>.

Abonelik sözleşmesi ile hukuki ilişkinin kurulduğu ve fakat abonenin, abonelik sözleşmesine aykırı kullanımlarının söz konusu olduğu hallerde ise, TCK’nun 163. maddesi bağlamında cezalandırılabilen bir fiil söz konusu değildir. Zira burada yayının kaçak olarak yararlanılması değil, yayının sözleşme hükümlerine aykırı kullanılması söz konusudur. Bu nedenle de bu tür fiiller, yürürlükteki mevzuatımız açısından suç teşkil etmemekte, özel hukuk uyuzmazlığı olarak değerlendirilmektedir<sup>33</sup>. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir<sup>34</sup>.

Şifresiz yayınlar açısından ise, bedel karşılığında şifresiz kablo bağlantısı ile yapılan yayınlardan, sahibinin yahut zilyedinin rızası olmaksızın yararlanılması söz konusudur<sup>35</sup>. Ancak, şifresiz yayınlarda, teknik anlamda yayın üzerinde sahibinin veya zilyedinin bir hâkimiyeti olmadığını, hâkimiyet kurulamayan bir hizmetten yararlanılmasına engel olunamayacağı ve bu anlamda şifresiz yayınlarda, bu yayınlardan faydalanma açısından rızanın bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilerek, bu tür yayınlardan yararlanmanın serbest olduğunu ve suçun oluşmadığını savunan yazarlar da vardır<sup>36</sup>. Fakat, kablolu televizyon gibi ancak bedeli karşılığında yararlanılan ve bir şifre çözücü alet kullanımına gerek duyulmaksızın faydalanılan yayınlar bakımından böyle bir düşünce nin kabul edilebilir olamayacağını ve suçun

<sup>31</sup> 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un tanımlar başlıklı 2. maddesinin ğ bendinde internet ortamında yapılan yayın, “internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri...ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>32</sup> Esen, s. 407.

<sup>33</sup> Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik – Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 191.

<sup>34</sup> “Sanığın üzerine atılı, şikayetçi şirket ile yapılan sözleşmeye aykırı olarak konutunda kullanmak üzere abonelik sözleşmesi ile teslim aldığı cihaz vasıtasıyla işyerinde Lig TV yayınlarını gösterime sunduğu iddiasıyla açılan davada eylemin hukuki ibtilaf niteliğinde olduğu ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.” Yarg. 6. C.D, 03.05.2011, 2008/18502 E., 2011/6428 K.

<sup>35</sup> Esen, s. 407.

<sup>36</sup> Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 395.



oluşacağını belirtmemiz gerekir<sup>37</sup>. Yayınların kamu veya özel bir kurum tarafından yapıyor olması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır.

İnternet araç kılınarak yapılan yararlanmalar da bu fıkra kapsamında olmakla birlikte<sup>38</sup>, sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın internet bağlantısının kaçak olarak kullanılması haline de ayrıca temas edilmelidir. Bu anlamda failin eyleminin bir bilişim sistemine girmek veya orada kalmak olmadığı gözetildiğinde, sadece bedelini ödemeksizin internet hizmetinden yararlanmak, diğer koşullarının gerçekleşmesi şartıyla karşılıksız yararlanma suçu kapsamında mütalaa edilmelidir<sup>39</sup>.

**c. Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi**

Maddenin üçüncü fıkrasında kanunun ilk halinde hırsızlık suçu içerisinde düzenlenen ve konusu elektrik enerjisi, doğal gaz ve su olan rıza dışı yararlanmalar, karşılıksız yararlanma suçu içerisine alınmıştır. Nitekim 6352 sayılı Kanun ile eklenen bu fıkra ile birlikte, 141/2 ve 142/1-f hükümleri ilga edilmiştir.

3. fıkra kendi içerisinde seçimlik ve bağlı hareketli bir suç tipi meydana getirmiştir. Fıkraya göre bir kişinin *abonelik esasına göre yararlanılabilen* elektrik enerjisi, su veya doğal gazdan sahibinin rızası olmadan ve *tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi* halinde suç gerçekleşecektir. “Engelleme” ve “tüketme” şeklindeki iki fiil gerçekleşmeden eylem suç teşkil etmeyecektir.

Elektrik enerjisi, doğal gaz veya sudan sahibinin rızası olmadan yararlanma fiilinin oluşması için, mutlaka gerçek tüketim miktarının tespitinin engellenecek bir hareketin gerçekleştirilmesi şarttır. Ancak bu hareketin bizzat tüketen kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmez. Zira fıkra anlamında önemli olan fiil, “tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketmek”tir. Fail, sahibinin rızası olmadan bir araç veya düzenek vasıtasıyla, örneğin kendi sayacının tüketim miktarını belirlemesini engelleyerek, maddede sayılan enerjilerden yararlanabilir. Failin, komşusu olan gerçek veya tüzel kişinin elektrik, su veya doğal gaz tesisatından kanca atmak, kablo bağlamak veya başkaca bir düzenele yararlanması halinde suç gerçekleşmeyecek bunun yanında maddenin lafzına göre kendi tüketim miktarını belirlemesi gereken sayaç ve sair alet üzerinde de bir takım manipülatif hareketler gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bununla birlikte fail, başkası tarafından

<sup>37</sup> “Sanığın Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV. A.Ş.’ne ait kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı dikkate alınmadan, yazılı şekilde uygulama yapılarak eksik ceza tayin olunmasında...” Yarg. 11. C.D, 24.06.2011, 2010/10806 E., 2011/2783 K.

<sup>38</sup> Hafizoğulları, Özen, s. 395.

<sup>39</sup> Artuk, M. Emin, Ahmet, Gökçen, Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.691-692.

tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek bir düzenekten yararlanma suretiyle de karşılıksız yararlanma suçunu işleyebilir. Örneğin, kendisinden önceki ev sahibinin, elektrik tüketim miktarını engelleyici nitelikte bir alet kullandığını fark etmesine rağmen, kendisinin de bu aleti kullanmaya devam ederek, tükettiği elektrik miktarını belirlenmesini engelleyen kişi de suçun faili olacaktır. Ancak, tüketim miktarını engelleyici bir hareket yapılmaksızın bahse konu enerjilerden yararlanılması halinde mesele özel hukuku ilgilendiren bir haksız fiil olacaktır. Özetle, failin bizzatı elektrik, su veya doğal gaz enerjisinden gerçek tüketim miktarını engelleyici hareketlerin yapılması suretiyle yararlanması, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturacakken, tüketim miktarının tespiti engellenmeksizin böyle bir harekette bulunulması suç teşkil etmeyecektir.

Görüleceği üzere maddenin yazımı, TCK'nun ilga edilen 141/2. maddesinde düzenlenen fiilin boşluğunu dolduracak nitelikte değildir. Kanun koyucunun bahse konu fiilleri hırsızlık kapsamından çıkarma konusundaki amacı elbette ceza siyaseti ile ilgilidir. Ancak bu yapılırken aynı nitelikteki eylemlere farklı kuralların uygulanması ceza adaletiyle bağdaşmamaktadır. Fıkra bendinde “*tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek*” şekilde gösterilen hareketin, suçun kapsamını daralttığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte failin tüketim miktarının tespitini engellemeksizin gerçekleştirdiği yararlanmaların da karşılıksız yararlanma olarak yorumlanması, kıyasa yol açacaktır ki ceza hukukunda kıyas yapmak açık bir şekilde yasaklanmıştır.

163. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen fiilin konusu, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik, su veya doğal gazdır. Dolayısıyla burada öncelikle üzerinde durulması gereken husus, abonelik tesis etmeksizin bu enerjiden yararlanmanın suç teşkil edip etmeyeceğidir. Kanaatimizce, yasal sınırlar içerisinde kişinin kendi ürettiği enerjiden yararlanması hali dışında, bir maliyet ve hizmetin sunulmasını sağlayan tesis ve tesisatın kurulmasını gerektiren elektrik, su veya doğal gazdan, abonelik tesis edilmeksizin karşılıksız yararlanılması halinde de suç oluşacaktır. Zira, burada suç teşkil eden fiil, salt aboneliğe aykırı kullanımlar değil, aynı zamanda yararlanılması bir abonelik sözleşmesi gerektiren bir üretim/hizmet-tüketim ilişkisi kurulmaksızın bu enerjinin tüketilmesidir.

Madde hükmünün lafzından, suçun bağlı hareketli bir suç olduğu ve “*sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyici*” hareketler yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu hareket kanaatimizce ya enerjinin tüketim miktarını gösteren tesisatın, tüketim miktarını hiç göstermemesi ya da daha az göstermesi veyahut abonelik esasına göre kurulması gereken tesisatın abonelik ilişkisi kurulmaksızın, elektrik, su ve ya doğal gazdan tüketim miktarının ödenmemesi suretiyle yararlanılması şeklinde ortaya çıkabilir.

## B) Fail

Suçun faili olmak için kanun metninde herhangi bir özellik aranmadığından, fail herkes olabilir. Bu anlamda, otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketen gerçek kişi, suçun failidir. 5237 sayılı kanun açısından tüzel kişilerin bu suçun faili olması mümkün değildir.

## C) Mağdur

163. maddenin 1. fıkrasında belirtilen, otomatlar aracılığıyla sunulan hizmetten bedelini ödemediği durumda yararlanma durumunda mağdur, otomatın sahibi veya zilyedir<sup>40</sup>.

163. maddenin 2. fıkrasında mağdur, telefon hatları veya frekansları aracılığıyla zararına konuşma yapılan kişi<sup>41</sup>, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayının bedelini ödeyen kimsedir<sup>42</sup>. Telefon hatları, frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar, gerçek veya tüzel kişilere ait olabilir<sup>43</sup>. Bu durumda her iki fıkra açısından da mağdur/suçtan zarar gören, otomatın sahibi yahut zilyedi, konuşma bedelleri kendisine ödettirilen abone veya şifreli ya da şifresiz yayının abonесidir.

163. maddenin 3. fıkrasında ise mağdur, zararına elektrik, su veya doğal gaz enerjisi kullanılan gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler ise suçun mağduru olmayıp suçtan zarar gören olarak değerlendirilmektedir.

## D) Konu

### a. Otomatlar Aracılığı İle Sunulan Bir Hizmet

Otomat, canlı bir varlığın yapabileceği bazı işleri yapan mekanik veya elektrikli araçtır<sup>44</sup>. 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesi anlamında otomat ise, belirli bir bedelin ödenmesiyle birlikte ve bu bedelin ödenmesi karşılığında bir mal veya hizmet sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzendir.

<sup>40</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4751.

<sup>41</sup> Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara,2010, s. 455.

<sup>42</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4751.

<sup>43</sup> Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Madde 1-187, Malkoç Kitabevi, Ankara,2007 s. 1125, Soyaslan, s. 455.

<sup>44</sup> TDK Büyük Sözlüğü, www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.12.2011).

Doktrinde belirtilen görüşlere göre, karşılıksız yararlanma suçunun bu seçimlik hareketi bakımından, önem arz eden iki koşul vardır. İlk koşul, otomatın bir bedel karşılığında harekete geçmesi ve ikinci koşul ise, bu bedelin bir hizmetten yararlanmak için ödenmesi gerekliliğidir. Bu anlamda, belli bir ücret ya da bedel ödemeksizin hizmet sunan otomatlardan yararlanmak, 163. madde kapsamında tipik bir fiil olarak nitelendirilemeyeceğinden, suç teşkil etmeyecektir<sup>45</sup>.

Ödenmesi gereken bedel ya da ücret ödenmeden, otomatın sunduğu bir hizmetten değil de maldan yararlanılması olasılığında ise, suçun tipiklik unsuru gerçekleşmediğinden, karşılıksız yararlanma suçunun değil, TCK'nun 141. maddesinde düzenlenmiş olan hırsızlık suçunun oluşacağı yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>46</sup>. Ancak kanaatimizce böyle bir ayırım, ceza adaleti açısından oldukça ölçüsüz olacaktır. Zira, failin bedel ödemediği otomatın sunduğu bir hizmetten yararlanması halinde hükmedilecek ceza ile aynı şekilde bir maldan yararlanması halinde hükmedilecek ceza arasında ölçüsüz bir fark olacaktır. Ayrıca, otomat ile bir mal sunan kişinin o malı kamunun ulaşabileceği bir yere götürmüş ve yararlanmaya sunmuş olmasının bir hizmet olarak değerlendirilebilmesi de yorum yoluyla ulaşılacak bir neticedir<sup>47</sup>.

### **b. Telefon Hatları İle Frekanslarından veya Elektromanyetik Dalgalarla Yapılan Şifreli veya Şifresiz Yayınlar**

Telefon hattı ile frekanslarından anlaşılması gereken, telefon tesisini ve iletişimini sağlayan tel örgü ağıdır<sup>48</sup>.

Şifreli yayınlar, özellikle televizyon yayıncılığında, bazı şirketler tarafından ancak bedeli ödenmek suretiyle yararlanılabilen ve abonelik sözleşmesi gereğince ödenen ücret karşılığında kullanıma sunulan şifre çözücü bir takım aletlerle yayının izlenmesini sağlayan yayınlardır<sup>49</sup>. Şifresiz yayınlar ise, bedeli karşılığında yararlanılan ve bir şifre çözücü alet kullanımına gerek duyulmaksızın faydalanılan yayınlar olarak nitelendirilebilir<sup>50</sup>.

### **c. Abonelik Esasına Göre Yararlanılabilen Elektrik, Su veya Doğal Gaz**

5237 Sayılı TCK'nun 141. maddesinin 2. fıkrasında, 2.7.2012 tarih ve 6352

<sup>45</sup> Parlar, Hatipoğlu, s. 2599.

<sup>46</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s. 481.

<sup>47</sup> Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sabtecilik – Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, s. 189.

<sup>48</sup> TDK Büyük Sözlüğü, www.tdk.gov.tr. (Erişim Tarihi: 26.12.2011).

<sup>49</sup> Esen, s.407.

<sup>50</sup> “Sanığın Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV. A.Ş.’ne ait kablolu yayından abone olmadan kaçak bağlantı yaparak faydalanması eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 163/2. maddesi kapsamında kaldığı dikkate alınmadan, yazılı şekilde uygulama yapılarak eksik ceza tayin olunmasında...” Yarg. 11. C.D., 24.06.2011, 2010/10806 E., 2011/2783 K.

sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji taşınır mal sayılmış ve 141. madde kapsamında hırsızlık suçunun konusunu oluşturmuştur. Suçun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi de 142. maddenin 2. fıkrasının (f) bendinde cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikten sonra ise, elektrik, su ve doğal gaz, karşılıksız yararlanma suçunun konusu kapsamına alınmıştır.

### 3. Manevi Unsur

Karşılıksız yararlanma suçu, kasten işlenilebilen bir suçtur. Kasten işlenebilen suçlar, kural olarak olası kastla da işlenebileceğinden, bu suç olası kastla da işlenebilecektir. Suçun işlenmesi bakımından, failin saikinin önemi yoktur. Suçun taksirli hali ise cezalandırılmamıştır.

### 4. Benzer Suç Tipleriyle Mukayese

#### A) Hırsızlık

Hırsızlık, TCK'nun 141. maddesinde düzenlenen ve konusunu taşınır malların oluşturduğu bir suç tipidir. Malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında olmaları ve failin, mağdurun rızası dışında ve onun zararına olarak kendisine menfaat sağlaması bakımından suç tipleri birbirine benzemektedir. Fakat karşılıksız yararlanma suçları ile hırsızlık arasında farklılıklar vardır.

Madde Gerekeşi'nde, karşılıksız yararlanmanın hırsızlık suçundan farkının, suçun konusunun "*taşınır bir mal*" olmaması olarak gösterilmiş, bunun dışında herhangi bir farka yer verilmemiştir. Gerekeçe'nin yardımcı bir kaynak olma ötesinde bağlayıcılığının olmamasından hareket eden bir görüşe göre ise, bu suç tipini, hırsızlıktan ayıran farklılık rızanın olmamasıdır<sup>51</sup>.

#### B) Dolandırıcılık

5237 Sayılı TCK'da düzenlenen dolandırıcılık suçu, malvarlığına karşı işlenen suçlardan olması ve karşı tarafın zararına kendisi yahut başkası yararına olarak bir başka kişinin malvarlığı değerine saldırı oluşturması açısından karşılıksız yararlanma suçu ile benzerlikler taşımaktadır. Dolandırıcılık suçu, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması şeklinde tanımlanabileceğinden hareketle her iki suç bakımından da ortak olan hususun, "*başkasının malvarlığı üzerinden haksız bir şekilde yararlanılma*" olduğu söylenebilir.

765 Sayılı TCK döneminde de 521/a maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma fiillerinin, dolandırıcılık suçu açısından tali, fakat "*dolandırıcılık benzeri*" ta-

<sup>51</sup> Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007, s.251.

mamlayıcı suçlar olduğu, kastın ispatı konusunda ortaya çıkan güçlüklerin ortadan kaldırılması amacıyla kabul edildiği ifade edilmiştir<sup>52</sup>.

Bununla birlikte dolandırıcılık suçunun maddi unsuru olan “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma*” unsuru açısından iki suç farklılık göstermektedir. Zira karşılıksız yararlanma suçunun her iki halinde de fail, mağdurun haberi olmaksızın onun zararına hareket ederek yarar sağlamaktadır. Hatta konu ile ilgili olarak ödeme gücünün gizlenme eylemi ile karşılıksız çek keşide etmek arasındaki farkın açıklanmasının güç olduğu ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Zira her iki fiil bakımından da fail, ödeme gücünü gizlemekte, mağdurda kendisine ödeme yapılacağı inancı oluşmaktadır.

5237 Sayılı TCK açısından otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu bakımından bir kimsenin aldatılmasından ziyade yapılan bir takım müdahalelerle otomatın işleyişi devre dışı bırakılmaktadır<sup>54</sup>. Oysa dolandırıcılık suçunun muhatabı bir insan olmalı<sup>55</sup>, bu insanın iradesi hile ile fesada uğratılmalıdır. Otomatlar insan olmadığına göre bunların teknik anlamda aldatılmasından bahsedilemez<sup>56</sup>. Madenin ikinci fıkrasında düzenlenen “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma*” fiili bakımından da aynı görüşü tekrarlamak mümkündür. 6352 sayılı Kanun ile eklenen üçüncü fıkra için de benzer görüşü savunmak mümkündür.

TCK'nun 521/a bendinde yer alan suç tipi açısından dolandırıcılık suçu tartışmaya uygun bir suç tipi idi. Zira maddede seçimlik olarak düzenlenen hareketler açısından fail, aktif yahut icra biçimde hileli davranışlar içerisinde bulunmamakla birlikte, muhataplarını adet gereğince ödeme yapacaklarına ilişkin bir beklentiye sokmaktaydı. Hizmet alan kişinin, bu hizmetin bedelini, hizmet veren tarafından aksi zımnen veya açıkça ifade edilmediği takdirde ödemesi ticaret hayatının bir gereği idi. İşte bu durum tartışmalara yol açmış, hilenin ihmali olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, belli bir ağırlığa varmasının gerekip gerekmediği gibi konular, karşılıksız yararlanma ve dolandırıcılık suçları açısından tartışmalara neden olmuştu.

5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesini karşılayan bir hükme yer verilmemesi eleştiri konusu olarak görülebilir. Bu fiillerin 5237 Sayılı TCK'ndaki durumu açısından meseleyi incelemek gerekmektedir. Bu fiillere 163. maddede yer verilmemesi sebebiyle artık, 521/a maddesinde düzenlenen ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde, ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalma, ücreti karşılığı

<sup>52</sup> Savaş, Mollamahmutoğlu, s.603.

<sup>53</sup> Selçuk, Sami, “*Karşılıksız Yararlanma Suçu*”, *Yasa Hukuk Dergisi*, Cilt IV, Sayı 7, Temmuz 1981, Ankara,1981, s.879.

<sup>54</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s. 491, Meran, s.189.

<sup>55</sup> Özgenç, s.67.

<sup>56</sup> Önder, s.485, Centel, s.113, Savaş, Mollamahmutoğlu, s.6049.

hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içme ve taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtma fiillerinin nasıl değerlendirileceği tartışmalıdır.

Her ne kadar bu fiillere yer verilmemesinin bir boşluk meydana getirebileceği ve özellikle toplumsal yaşamda dürüst kişilerin mağduriyetine neden olabileceği söylenebilirse de kanun koyucunun madde metninde bu fiilleri suç olarak düzenlememesi ve 765 Sayılı Kanun'un aksine 5237 Sayılı Kanun'da bu fiillere yer vermemesi, bu fiillerin suç sayılmaması, özel hukuk kapsamında ele alınması gerektiği düşüncesinde olduğunu ortaya koymaktadır. Kanaatimizce bu fiiller 163. maddeye bir fıkra eklenerek ya da özel olarak dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebilen bir hali olarak açık bir biçimde yeniden düzenlenmelidir. Zira ihmal suretiyle işlenen suçların kanunda açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir ve kanunumuzun genel hükümlerinde, Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesine benzer bir düzenleme yoktur<sup>57</sup>. Aksi bir yorum kıyas yasağına aykırılık anlamına gelecektir.

### C) Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim

5237 Sayılı TCK'nun 243. maddesinde düzenlenen, "*Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu*" ile "*Karşılıksız Yararlanma Suçu*" arasında da çeşitli açılardan benzerlikler mevcuttur. Nitekim, maddenin ikinci fıkrasında bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girme veya orada kalmaya devam etme cezalandırılırken, maddenin ikinci fıkrasında konumuz ile yakından ilgili olarak bahse konu fiillerin *bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi hâlinde* verilecek cezanın indirileceği ifade edilmektedir.

Bilişim sisteminin, "*bilgisayar, çevre bilimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi*" ifade ettiği, "*Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Kanun Tasarısı*"nda tanımlandığı ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Doktrinde bilişim tanımlarında veri işleme, veri aktarımı ve bunların bilgisayarlar aracılığıyla yapılması özelliklerinin ortak yön olduğu ifade edilmiştir<sup>59</sup>. Bu anlamda bilişim sistemini tek bir bilgisayar ile sınırlı olamayacak bir biçimde, bir sistem dahilinde ele almak gerekmektedir. Bunlara örnek olarak post makineleri, ATM'ler ile veri iletimini sağlayan büyük terminallerin gösterildiğini görmekteyiz<sup>60</sup>. Günümüzde birçok otomatın, aynı zamanda bilişim sistemi özelliği de gösterdiğini düşünürsek, karşılıksız yararlanma fiili ile bilişim sistemine hukuka aykırı giriş suçları arasındaki ilişki de ortaya çıkmaktadır.

<sup>57</sup> Artuk, Gökcen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263, Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 194-195.

<sup>58</sup> Yaşar, Gökcen, Artuç, s 6740.

<sup>59</sup> Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Sistemi Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.47.

<sup>60</sup> Dülger, s.45.

ATM'ler, kartla çalışan telefonlar, para ya da jeton karşılığında içecek veya yiyecek aletlerin hem bilişim sistemlerini haiz hem de canlı kişilerin yapabildiği bir takım hizmetleri otomatik olarak yapabilmeleri anlamında otomatlardır.

TCK'nun 243. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemede kastedilen sistemin, otomatlar olmadığı, zira otomatlar aracılığıyla karşılıksız hizmet sağlama eyleminin zaten 163/1'de düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu kapsamında ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiği ifade edilmiştir<sup>61</sup>. Benzer bir yorumla otomatlar aracılığıyla bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten yararlanılması halinde fail, TCK'nun 163/1. maddesine göre cezalandırılacağı için bu fiilin 243. madde kapsamında kabul edilemeyeceği de ifade edilmiştir<sup>62</sup>.

Kanaatimizce failin, otomat özelliği taşımayan herhangi bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girip belli bir süre orada kaldığı durumda, yalnızca 243/1. maddede düzenlenen suç meydana gelmektedir. Eğer bilişim sistemi otomat özelliği gösteren ve aynı zamanda maddenin 243/2. fıkrasında yer alan bedeli karşılığı yararlanılabilen bir sistemse fail, 163. maddenin 1. fıkrasına göre cezalandırılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki failin girmiş olduğu bilişim sisteminin yukarıda tanımlanmış olduğumuz anlamda bir otomat olmaması halinde 163. madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Bahse konu suç açısından dekoderlerin “*bilişim sistemi*” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine de değinmek gerekmektedir. Doktrinde dekoderlerin, kendilerine gönderilen şifreli bilgileri işleyip ortaya çıkan veri üzerinde çeşitli işlemler yapılmasından hareketle bilişim sisteminin varlığından bahsedilmekte ancak yasadaki özel düzenleme sebebiyle dekoderin 243. madde anlamında dekoder değil, 163/2 de düzenlenen bir aygıt olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>63</sup>. Buna karşın doktrinde dekoderin bir bilişim sistemi olamayacağı, zira dekoderlerin veri işlem yoluyla şifre çözse de genel kullanım için üretilmiş olma ve belleğine yazılım silme ve yükleme özellikleri olmadığı için bahse konu suçun konusu olamayacağı, ancak karşılıksız yararlanma suçunun konusunu teşkil edeceği ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Başka bir görüşe göre ise, bahse konu aletin bilgileri otomatik işleme tabi bir tutan sistem olmadığı, burada bir verinin aktarımı olmadığı, sadece

<sup>61</sup> Dülger, s.226.

<sup>62</sup> Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.173., İnternet kafeler açısından da aynı düşünce doktrinde dile getirilmiş, internet kafenin ağ bağlantısını sağlayan yolun izinsiz kullanılması halinde, 243. maddenin değil diğer şartlarının da gerçekleşmesi halinde 163/2. maddenin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.712., Buna karşılık, bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemlerden anlaşılacak durumlardan birinin de internet kafelerde bilişim sisteminin belli bir bedel karşılığı kiralanması olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Dülger, s.226, 227.

<sup>63</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.692, Yaşar, Gökçen, Artuç, s.6741.

<sup>64</sup> Dülger, telsiz telefonlar için de aynı fikirde olup, bilgisayar özelliği taşıyan cep telefonlarının ise bilişim sistemleri kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dülger, s.185-186.



verilen yayının görüntülerinin netleştirildiğini bu itibarla bir nevi anten vazifesi gördüğünü söylemektedir<sup>65</sup>.

#### D) Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Yoluyla Yarar Sağlama

TCK'nun 244. maddesinde bilişim sistemini engelleme, bozma, verilerini yok etme ve değiştirme suç olarak düzenlenmiş, maddenin 4. fıkrasında ise maddede sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturulmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı ifade edilmiştir<sup>66</sup>. Maddenin bu fıkrası ile karşılıksız yararlanma suçu arasında yakın bir ilişki mevcuttur. 244. maddede düzenlenen fiillerin karşılığı 765 sayılı TCK döneminde 525. maddeydi<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Aydın, Murat, "Şifreli Yayınların İzinsiz Topu Gösterimi Suç mudur?", Yargıtay Dergisi, C:22, Ankara, Ekim, 1996, s.503, Yazar bahse konu çalışmasında şifreli kanalın toplu şekilde gösterilmesinin suç olamayıp sözleşmeye aykırılık olduğunu ifade etmektedir.

<sup>66</sup> **Madde 244-** "Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

*Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturulmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur."*

<sup>67</sup> **Madde 525/a-** (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/21 md.)

*"Bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve birmilyon liradan onbeşmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.*

*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimseye de yukarıdaki fıkralarda yazılı ceza verilir."*

**Madde 525/b-** (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/22 md.)

*"Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.*

*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ikimilyon liradan yirmimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir."*

**Madde 525/c-** (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/23 md.)

*"Hukuk alanında delil olarak kullanılmak amacıyla sabte bir belgeyi oluşturmak için bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan bir sisteme, verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrip eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar, tahrip edilmiş olanları bilerek kullananlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir."*

**Madde 525/d-** (Ek madde: 06/06/1991 - 3756/24 md.)

Öncelikle 244. maddede yaptırım altına alınan fiiller işlenmeksizin otomatlardan karşılıksız hizmet sağlanması, örneğin sistemin işleyişinin engellenme, bozma, sistem içerisindeki verilerin yok edilip, değiştirilmesi, bozulması, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka bir yere götürülmesi neticesini doğurmayan bir takım hareketlerle karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi halinde, otomatın bilişim sistemi özelliği taşıyıp taşımadığı dikkate alınmaksızın şartları varsa karşılıksız yararlanma suçu gündeme gelecektir. Ancak bahse konu fiillerin işlenilmesi suretiyle bir bilişim sisteminden karşılıksız olarak hizmet sağlanması halinde çeşitli sorunlar gündeme gelecektir.

244/4. maddenin yazımından, bu madde hükmünün, failin fiilinin başka bir suç oluşturmaması halinde tatbik olunacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 163. madde anlamında otomat işlevi gören her türlü cihazdan yararlanma, bu cihaz bilişim işlevi görsün görmesin karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmelidir<sup>68</sup>.

244.maddenin gerekçesinde “....dördüncü fıkrada ise, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlama, ceza yaptırımını altına alınmıştır. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan, fiilin örneğin dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya zimmet suçunu oluşturması hâlinde, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir” denilirken, madde metninde bu suçun daha ağır ceza gerektiren bir suç olması gibi bir şarta yer verilmemiştir<sup>69</sup>. Gerekçenin mefhumu muhalifinden, failin fiilinin daha hafif cezayı gerektiren bir suç olan karşılıksız yararlanma suçuna sebebiyet vermesi halinde 244/4.maddenin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır<sup>70</sup>.

Madde gerekçesinde 244/4. maddenin uygulanması için her ne kadar “daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmaması” gibi bir şarttan bahsedilmişse de gerekçenin madde metni ile uyumsuz olması ve bağlayıcı olmaması karşısında 244/4.

“525/a ve 525/b maddeleri hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak, meslek icrası sırasında veya icrası dolayısıyla suçun işlendiği bir kamu hizmetinden veya meslek veya sanat veya ticaretten altı aydan üç yıla kadar yasaklanma cezası da verilir.”

<sup>68</sup> Günümüzde otomatların genel olarak bilişim sistemleri kapsamında yer aldığını görmekteyiz. Fakat sadece mekanik veya elektronik otomatlar da mevcuttur. Örneğin alışveriş merkezlerinde rastlanan, madeni paraların atılmasıyla sabun, ıslak mendil ve benzeri temizlik cihazlarının verilmesini sağlayan otomatlar sadece mekanik şekilde çalışmaktadır. Eskiden yaygın olarak mevcut olan bazı oyun makineleri ise elektronik otomatlara örnek olarak verilebilir örneklerdendir. Bu cihazların bir sistem içerisinde birleştirilerek veri akışının sağlanması halinde ise bilişim sistemi gündeme gelecektir.

<sup>69</sup> Doktrinde madde gerekçesinin, metne uygun olmadığı ancak önemli olanın yasa metni olduğu, gerekçenin dördüncü fıkraya ilişkin kısmının dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmiştir. Karagülmez, s.194.

<sup>70</sup> Dülger, bu durumu eleştirerek “eylem, başka bir suçu oluşturduğunda, bu başka suçun cezası ister daha ağır ister daha hafif olsun 244. maddenin 4. fıkrası uygulanmayacaktır” demektedir. Dülger, s. 249. Karşı görüş için bakınız Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 708.

maddenin uygulanmasının hukuka uygun olmayacağını düşünmekteyiz. Bu itibarla failin bilişim özelliği de gösteren bir otomatı “*sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme yoluyla*” manipüle ederek yarar sağlaması halinde 163/1. maddenin tatbik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## 5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### A) Teşebbüs

Suç, “*bedel ödemeksizin yararlanma*” ile tamamlandığından, karşılıksız yararlanma suçunun üç fıkrası açısından da teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira 1. fıkra da suç, ödeme yapmadan yararlanmakla, 2. fıkra da rıza olmaksızın yararlanmakla, 3. fıkra da ise, tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Failin az ya da çok yararlanmasının, suçun tamamlanmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu husus, TCK’nun 61. maddesi kapsamında, hükmolunacak cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilir.

Böylece, her üç fıkra açısından da fail, yararlanmayı sağlamadan önce, icra hareketleri kesildiğinde, fiil teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Failin icra hareketlerinden vazgeçmesi durumunda, fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir<sup>71</sup>.

### B) İştirak

Suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmemektedir.

### C) İçtima

Fail, karşılıksız yararlandığı otomatın, bozulmasına neden olacak hareketlerle çalışmamasına sebebiyet verirse, aynı zamanda mala zarar verme suçu da oluşur<sup>72</sup>.

Hizmetin elde edilebilmesi için sahte para yahut belge kullanılması halinde, karşılıksız yararlanma suçu ile birlikte parada yahut resmi belgede sahtecilik suçları oluşacaktır<sup>73</sup>.

Aynı şekilde, karşılıksız yararlanılacak otomatın bulunduğu işyeri, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan bir işyeri olup, bu işyerine rıza olmaksızın mutad olmayan bir zaman diliminde girilmişse, aynı zamanda konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşacaktır<sup>74</sup>.

ATM gibi, bedel ödemeksizin yararlanılabilen ve bilişim sistemi özelliği gösteren düzeneklerden ise, bunların işleyişinin engellenmesi, bozulması, içindeki veri-

<sup>71</sup> Parlar, Hatipoğlu, s. 2601.

<sup>72</sup> Centel, Zafer, Çakmut, s. 496.

<sup>73</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s. 638.

<sup>74</sup> Esen, s. 408.

lerin yok edilmesi yahut değiştirilmesi söz konusu olup haksız bir çıkar sağlanması halinde TCK'nun 244. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanması gerekir.

Bunun dışında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura ait, bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilecek bir hizmetten yahut telefon hattı ya da frekansından bedeli ödenmeksizin yararlanılması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabileceği ancak, elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanmak fiili, mütemadi nitelikte tek bir suç olduğundan, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı ileri sürülmüştür<sup>75</sup>. Aynı durum abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazdan yararlanılması halinde de söz konusu olacaktır.

## 6. Unsurların Dışında Kalan Haller

### A. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından, 5237 Sayılı TCK'nun 167. maddesinde ortak bir hüküm olarak şahsi cezasızlık halleri düzenlenmiştir. Burada düzenlenen şahsi cezasızlık veya indirim yapılmasını gerektiren hallerin düzenlenme nedeni aile kurumunun yıpratılmamasıdır<sup>76</sup>. Buna göre karşılıksız yararlanma suçu da TCK'nun malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer aldığı için bahse konu hükümler bu suç açısından da tatbik edilecektir. TCK'nun "*Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep*" başlıklı 167. maddesi hükümleri uyarınca karşılıksız yararlanma suçunun "*haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmeyecektir.*" Maddenin ikinci fıkrası uyarınca da, "*bahse konu suçun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilecektir.*"

Bu fıkradan anlaşılması gereken, esasen re'sen takip edilen bu suç açısından ikinci fıkrada zikredilen şahısların aleyhine karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesinin soruşturma ve soruşturmasının şikayete tabi olması<sup>77</sup> ve bu şartın gerçekleşmesi halinde görülecek dava sonucunda kişilerin suçlu bulunması halinde ilgili akraba hakkında verilecek cezanın yarısı oranında inmesi anlamına gelmektedir. Maddede düzenlenen cezasızlık veya indirim halleri, şahsa bağlı olduğundan, akrabalar ile birlikte başka kişiler de zarar görmüş ise sanık bu hükümlerden yararlanamaz<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 4756.

<sup>76</sup> Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2008, s.192.

<sup>77</sup> Toroslu, s.193, Centel, Zafer, Çakmut, s.495.

<sup>78</sup> Toroslu, s.192. Sanık dışındaki kişilerin suça iştiraki halinde de bahse konu hükümlerden yararlanılması mümkün değildir. Toroslu, s.193.

## B. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, bazı suçlar bakımından geçerli olan ve “suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan bir takım haller dolayısıyla kişinin ya hiç cezalandırılmamasına ya da cezasında indirim yapılmasına neden olan haller” olarak tanımlanmaktadır<sup>79</sup>.

Karşılıksız yararlanma suçu açısından TCK’nun 168. maddesine göre, *karşılıksız yararlanma suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, bu suçun failinin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadari indirilecektir. Failin etkin pişmanlığın şartlarını kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce yerine getirmesi halinde ise, verilecek cezanın yarısına kadari indirilecektir. Ancak kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranmaktadır.* Yani karşılıksız yararlanma suçunun mağdurunun, failin zararının kısmen iadesine ilişkin açık veya örtülü rıza göstermemesi halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.

6352 Sayılı ve 2.7.2012 tarihli Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun’un geçici 2. maddesi “*Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar*” şeklinde bir hüküm içermektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 141.maddenin 2. fıkrasının eski haline göre hırsızlık suçunu oluşturan bu fiillerin karşılıksız yararlanma suçları haline dönüştürülmesi nedeniyle ortaya çıkan yeni durum sebebiyle kanaatimizce şartlı bir af niteliği taşıyan bir düzenlemeye yer verilmiştir.

## 7. Muhakeme Usulü

Karşılıksız yararlanma suçu re’sen kovuşturulan bir suçtur. Ancak TCK’nun 167. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, şahısların aleyhine karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma şikayete tabi olacaktır.

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulu, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 10. maddesi gereği, ka-

<sup>79</sup> Artuk, Gökcen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.576.

nunların ayrıca görevli kaldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) 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 içinde olduğundan, karşılıksız yararlanma suçu bakımından görevli mahkeme de sulh ceza mahkemesidir. Ancak abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur şeklindeki düzenlemesi sebebiyle bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması 5235 Sayılı Kanun'un 11.maddesi gereğince asliye ceza mahkemelerinin görevindedir.

### 8. Yaptırım

163. maddenin 1. fıkrası bakımından, otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmetten bedelsiz olarak yararlanılması fiilinin cezası iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır. İkinci fıkra bakımından ise, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin ya da zilyedinin rızası olmaksızın yararlanma fiilinin cezası ise, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde ise kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmektedir.

### 9. Zamanaşımı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 163. maddenin 1. fıkrası bakımından karşılıksız yararlanma suçunun cezası, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezasıdır. İkinci fıkra açısından ise, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Son fıkrada ise suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un 66. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre ise, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezası gerektiren suçlarda, suçun işlenmesinden itibaren sekiz yıl geçmesiyle kamu davası düşer. Bu anlamda karşılıksız yararlanma suçu bakımından da dava zanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır.

### SONUÇ

Karşılıksız yararlanma suçu 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde düzenlenen, gerek doktrinde ve gerek ise uygulamada tartışmalara neden olan bir suç tipidir. Önceleri bu tartışma, telefon hatlarına saplama yapmak ve bedeli karşı tarafa ödettirmek suretiyle gerçekleşen fiillerin, hırsızlık olarak değerlendirilmesinin, "Kanunilik İlkesi" bakımından sakıncalı sonuçlar doğurduğu üzerinde yoğunlaşmaktayken, 765 Sayılı TCK'nun 521/a maddesinde gösterilen nitelikteki fiillere,

5237 Sayılı Kanun'un 163. maddesinde yer verilmemesinin ardından, bu tip fiillerin dolandırıcılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarına neden olmuştur. Günümüzde ise, bilişim sistemi olarak kabul edilebilecek ve bedeli ödenmek suretiyle faydalanılabilecek bazı otomatlardan bedel ödenmeksizin yararlanılması halinde, 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinin mi yoksa 244. maddesinin mi uygulanması gerektiği yönünde duraksama yaşanmaktadır. Bu nedenle de suç tipinin sınırlarının açık bir şekilde belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde suç teşkil eden fiiller, 1. fıkrada, “*otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak*” ve 2. fıkrada, “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak*” olarak belirlenmiştir. 3. fıkrada ise “*abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisini, suyu veya doğal gazı sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketmek*” cezalandırılmıştır.

Belli bir ücret ya da bedel ödenmeksizin hizmet sunan otomatlardan yararlanmanın, 163. madde kapsamında tipik bir fiil olarak nitelendirilemeyeceği ve suç teşkil etmeyeceği ifade edebileceğimiz ilk sonuçtur. İkinci olarak üzerinde durulması gereken husus, 1. fıkra açısından bedelinin ödendiğini algılamasını sağlayan davranışlar sergilemek suretiyle otomattan yararlanmanın konusunu teşkil eden şeyin “*mal*” değil, “*hizmet*” olduğudur. Otomatın sunduğu bir hizmetten değil de maldan yararlanılması olasılığında, kanaatimizce 5237 sayılı Kanun'un 141. maddesinin değil yine 163. maddenin uygulanması gerekmektedir. Zira, failin bedel ödemediği otomatın sunduğu bir hizmetten yararlanması halinde, hükmedilecek ceza ile aynı şekilde bir maldan yararlanması halinde hükmedilecek ceza arasında ölçüsüz bir fark olacaktır. Ayrıca, otomat ile bir mal sunan kişinin o malı kamunun ulaşabileceği bir yere götürmüş ve yararlanmaya sunmuş olmasının bir hizmet olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmelidir.

163. maddenin 1. fıkrasında suç olarak düzenlenmiş olan fiil, bir hizmetten bedeli ödenmeksizin yararlanılması olmakla birlikte, bu hizmetin otomatlar aracılığıyla sunulan bir hizmet olması gerekir. Şu halde, 765 Sayılı TCK'nun 521/a maddesinde düzenlenmiş olan ve 5237 Sayılı TCK'nun 163. maddesinde karşılığı bulunmayan, ücret ödendiği takdirde yararlanılabilecek konaklama, yiyecek ve ücretli ulaşım hizmeti veren araç ve mekanlardan yararlanma fiilleri suç teşkil etmeyecektir. Ancak hileye ilişkin koşullar varsa, dolandırıcılık suçunun oluşabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Buradaki hile, gerçeği gizlemekten öte, “*ödeme yeterliliği varmış gibi gösterme*” biçiminde, icrai bir davranışla gerçekleşmelidir. Şu halde, soyut yalan söyleme hali dışında, gerçeğe aykırı görüntü yaratan ve mağdurun dene-timini ortadan kaldıran davranışların da icrai nitelikteki davranışlar olarak kabul edilmesi gereklidir. Fakat eklemek gerekir ki 765 sayılı TCK'nun 521/a maddesinin

de düzenlenmiş olan fiillerin suç olarak düzenlenmesinin toplumsal bir gereklilik olduğu da açıktır.

163. maddenin 2. fıkrasında kanun koyucu, herhangi bir şekilde başkasının telefon hattı yahut frekansından bedelini ödemeksizin yararlanmayı ve maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, abone olunmayan bir televizyon yayınının kaçak olarak kullanılmasını cezalandırmıştır. Fakat değinmek gerekir ki, yayın, kanun koyucunun Gerekeç'e belirttiği anlamda sadece televizyon yayını şeklinde dar yorumlanmamalıdır. Zira, günümüzde, karşılığını ödemek suretiyle, şifreli radyo yayınlarından yararlanılması da söz konusu olabilir. Bu anlamda, madde metninde yer alan “*yayın*” kelimesinin kapsamının, Gerekeç'e daraltılmasını doğru bulmadığımızı belirtmeliyiz. Ayrıca internet araç kılınarak yapılan yayın veya hizmet şeklinde yararlanmalar da bu kapsamda olmakla birlikte, sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın internet bağlantısının kaçak olarak kullanılması haline de karşılıksız yararlanma hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Şifreli yayınlar açısından cezalandırılan fiil, abonelik sözleşmesi olmaksızın, yayından kaçak olarak yararlanılması olduğundan, abonelik sözleşmesi ile hukuki ilişkinin kurulduğu ve fakat abonenin, abonelik sözleşmesine aykırı kullanımların olduğu hallerde ise, TCK'nun 163. maddesi bağlamında cezalandırılabilen bir fiil söz konusu olmayacaktır; zira burada yayının kaçak olarak kullanılması değil, sözleşme hükümlerine aykırı kullanılması söz konusudur. Dolayısıyla, bu tür fiiller, mevcut mevzuatımız açısından suç teşkil etmemekte, özel hukuk uyumsuzluğu olarak değerlendirilmektedir.

163. madde ile 244. maddenin 4. fıkrası arasındaki ilişki bakımından ise, TCK'nun 244/4. maddesinin yazımından, fiilin başka bir suç oluşturmaması halinde uygulanacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 163. madde anlamında otomat işlevi gören her türlü cihazdan yararlanma, bu cihaz bilişim işlevi görsün görmesin karşılıksız yararlanma olarak kabul edilmelidir. Örneğin kişi, otomat niteliği taşımayan bir bilişim sistemine karşı engelleme, bozma, sistemdeki verileri yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma fiillerini işlemek suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlarsa 244. maddenin 4. fıkrası uygulanmalıdır. Madde gerekçesinde 244/4. maddenin uygulanması için, her ne kadar fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmaması şartı öngörülmüşse de gerekçenin madde metni ile uyumsuz olması ve bağlayıcı olmaması nedeniyle, suçun cezasının 244/4. maddesinde yer alan cezadan daha hafif ya da daha ağır olmasına bakılmaksızın “*otomat*” işlevi gören bir bilişim sisteminden karşılıksız yararlanılması halinde, diğer şartları da mevcut ise, sorunu 163. madde kapsamında çözmek gerekmektedir. Ancak hiç kuşku yok ki, bu durumda işlenen fiilin karşılığında öngörülen cezalar bakımından açık bir nispetlilik ortaya çıkacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, 163. maddeye bir fıkra eklenerek otomatın “*bilişim niteliğini*” haiz otomatlardan olması hali, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak düzenlenmelidir.



Maddenin 6352 Sayılı Kanunla eklenmiş olan fıkrasının ayrıca ele alınması gerekir. Öncelikle, 6352 Sayılı Kanun ile elektrik hırsızlığı suçunu işleyen kişilere şartlı bir af getirilmiş ayrıca suçun işlenmesi zorlaştırılarak verilen ceza da azaltılmıştır. Nitekim önceki kanunda elektrik hırsızlığının cezası 2 yıldan 5 yıla hapis cezası olarak düzenlenmişken, yeni düzenlemede suçun cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.

Kanaatimizce, ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin, yeni düzenlemeyle, taşınır mal olarak kabul edilmesi görüşünün terk edilmesi ve bu enerjilerden bedel ödenmeksizin yararlanılması fiillerinin karşılıksız yararlanma suçu altında düzenlenmiş olması yerindedir. Fıkranın eleştiriyeye en açık yönü ise, düzenlemenin lafzının Belirlilik İlkesi'nin gerektirdiği açıklığa sahip olmamasıdır. Zira, madde metninden, hangi fiillerin cezalandırılabilir olduğu açık bir biçimde anlaşılama-maktadır. Bununla birlikte 6352 Sayılı Kanun ile ilga olan 141. maddenin 2. fıkrasının ortaya çıkardığı boşluk da doldurulamamıştır. Özellikle kanun koyucunun suçun oluşması için, "tüketim miktarını engelleyecek şekilde tüketme" fiilini araması, bu engelleme hareketi yapılmaksızın ve fakat haksız bir şekilde elektrik, su veya doğal gaz kullanan kişilerin cezasız kalmasına neden olacaktır.

### KAYNAKÇA

- Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Aydın, Murat, "Şifreli Yayınların İzinsiz Topu Gösterimi Suç mudur?", *Yargıtay Dergisi*, C:22, Ankara, Ekim, 1996.
- Centel, Nur, "Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısında Karşılıksız Faydalanma ve Hizmet Sağlama Suçları", *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 17-18 Nisan 1987, İstanbul, 1987.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem Yenerer, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt:1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul, 2004
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Sistemi Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
- Esen, Sinan, *Anlatımlı ve İctihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara,2007.
- Hafızoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, USA Yayıncılık, Ankara, 2010.

- Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşurma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Madde 1-187, Malkoç Kitabevi, Ankara,2007.
- Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik – Malvarlığı- Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Osman, Yaşar, Hasan, Tahsin, Gökcan, Mustafa, Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt IV, Madde 147-204, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Özer, Veli Özbek, Kanbur, M. Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Madde 146-222, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.
- Savaş, Vural, Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, IV. Cilt , Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- Selçuk, Sami, “*Karşılıksız Yararlanma Suçu*”, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt IV, Sayı 7, Temmuz 1981, Ankara,1981.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara,2010.
- Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Vedat Kitabevi İstanbul, 1999.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa R., Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.
- Wessels, Johannes, Hillenkamp, Thomas, Çev: Aygörmez, Gülsün, Ayhan, *Avusturya Ceza Kanunundaki Başkasının Malvarlığına Karşı Suçlar*, in: Prof.Dr.Eric Hilgendorf’a Armağan, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, Legal Kitapevi, Ankara 2009.
- Yazıcıoğlu, R.Yılmaz, “*Şifreli Yayınların Bilişim Sistemi Karşısındaki Durumu*”, Selhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Vedat Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried, *15 Mayıs Tarihli Alman Ceza Kanunu*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2009.
- Yıldız, Ali, Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

### **YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI**

Swiss Criminal Code, [http://www.admin.ch/ch/e/rs/311\\_0/a165.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a165.html), Erişim Tarihi: 15.09.2011.

Legifrance.gouv.fr <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3756>., Erişim Tarihi: 15.09.2011.

Fraud Act (2006), [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga\\_20060035\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf), Erişim Tarihi, 20.09.2011.

Türk Dil Kurumu, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)



**TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNİ,  
DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA  
SUÇU (TCK m. 301)**

*(Defamation of Turkish Society, State of Republic of Turkey,  
State's Institutions and its Bodies (TCC m. 301))*

**Murat Ceyhan\***

**ÖZET**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi ülkemizde kabul gören ifade özgürlüğü rejimi açısından tarih boyunca belirleyici konumda olmuştur. 1926 yılında 159. madde kapsamında düzenlenmiş olan bu suçun yıllar içinde gösterdiği gelişmeler ve uygulamada süre gelen yaklaşımlar önemli tartışmalara konu olmaya devam etmektedir. Öncelikle tarihsel gelişimin incelendiği makalenin devamında suçun unsurları detaylandırılmıştır. Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile zenginleştirilen suçun unsurları, Karşılaştırmalı Hukuk açısından da değerlendirme altına alınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Aşağılama, suç, Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti, 301, ifade özgürlüğü

***Abstract***

Over the years, 5237 numbered Turkish Criminal Code's Article 301 has determined the borders of freedom of expression in our country. Embedded as Article 159 in 1926, this crime and the approaches within its application has evolved and is still evolving, while being subjected to many important discussions. The article first puts forward the historical process of the crime then the elements of the crime is elaborated. Judgements of Court of Cassation and European Court of Human Rights enrich the elaboration of the elements, whereas there is an evaluation of the elements through Comparative Law as well.

**Keywords:** Defamation, crime, Turkish Society, Republic of Turkey, 301, freedom of expression

---

\* Stj. Av., İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

## 1. Giriş

Devlet kendi varlığını korumak ve kurumlarının saygınlığını, prestijini devam ettirmek adına çeşitli önlemler almaktadır. İtaat prensibi üzerinden çalışan “devlet” olgusu artık gerçek kişilerden bağımsız olarak korunması gereken ayrı bir varlık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden ülkeler ceza kanunlarında çeşitli yaptırımlar öngörerek, “aşağılama” hareketini temel alarak kendisine ve koruduğu “milli değerlere” yöneltilen itaatsizliklerin üstesinden gelmeye çalışmaktadır. Milli değerlerin kendisinin ve otoriter yansıması olan devletin bu denli korunmasının ardında basit ceza hukuku prensiplerinin ardında sosyolojik ve politik kaygılar da yer almaktadır. Zira bu tür maddeler varoluşları itibariyle siyasi araç olarak benimsenmeye ve en nihayetinde ifade özgürlüğü çerçevesinde kısıtlama aygıtı olarak kullanılmaya açık maddelerdir. Konumuz dahilinde bu olasılıkların akıllarda kalması yalın suç incelememizin yorumlanması açısından da faydalı olacaktır. Sonuç olarak devlet ve millet hassasiyetlerinin bireysel özgürlüklerin önünde kabul edileceği bir düzende bu kanunun anlamı daha da farklılaşabilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi de bu tartışmalar altında uygulanmaya devam eden bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Maddenin yorumlanış biçimi ve zamana göre değişen devlet hassasiyetleri sürekli tartışma konusu olmaktadır. Kara Avrupası hukukunda da benzer maddeler öngörülmele birlikte, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki rejimin yorumlanması ve uygulanması konusunda bir güvensizlik ortamı fark edilebilmektedir. Zira uzun yıllar 765 sayılı TCK'nın 159. maddesi, şimdi ise 5237 sayılı kanunun 301. maddesi ifade özgürlüğü karşısında bir engel, devletin bir sindirme aracı olarak kabul görmüş durumdadır. Makale dahilinde suçun unsurlarını detaylı olarak inceleyeceğiz, ancak bu noktada maddenin başlığından yola çıkarak kısa bir değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Bu suç ancak “Türk Milleti”, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” veya “Devletin Kurum ve Organlarının” aşağılanması suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla ortada ne bir kişinin şeref ve haysiyeti ne de özel bir kişi topluluğunun maneviyatı bulunmaktadır. İncelenecek gerekçelerden ve Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere konu “devlet” iken, tartışma noktaları “milli manevi hassasiyetler”, “tarihi değerler” üzerinden ilerlemektedir. Yani salt devleti, organlarını aşağılamak değil, Türk Milletinin en nihayetinde öngörülemeyecek soyut değerlerine de zarar vermek suçun konusunu oluşturabilmektedir. Belirsizlikler altındaki bir uygulamayı suç inceleme yöntemimiz dahilinde bir düzene oturtmaya gayret edecek, ulusal ve uluslararası doktrin ve kararlar ışığında TCK 301. maddenin hukuki sınırlarını çizmeye çalışacağız.

Makalede TCK madde 301'in “Türk Hukukundaki tarihsel gelişimi” ile “suç inceleme yöntemine göre değerlendirilmesi” iki ayrı bölüm olarak düzenlenmiştir. Suç incelemesi çerçevesinde ilgili Yargıtay kararları her unsur altında ayrı ayrı incelenecek, bu bağlamda yine her başlık için karşılaştırmalı hukukta TCK m. 301'e

benzer şekilde düzenlenmiş maddelerin unsurları değerlendirilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü temelindeki iki kararı da hukuka aykırılık unsuru altında detaylandırılmaya çalışılacaktır. Ayrıca Kara Avrupası Hukukunun devlet hassasiyetine ve milli değerlere nasıl bir bakış açısı ile yaklaştığını anlamak Türkiye'deki uygulama açısından da aydınlatıcı rol oynayacaktır. İncelememizde doğrudan suç inceleme yöntemini uygulamakla beraber konu konu tartışmalı noktalar da açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Zira TCK m. 301 dahilinde her incelenen unsur kendi içinde farklı tartışmalar barındırmaktadır. Ceza hukuku tartışmalarına katkı sunması açısından sosyolojik unsurların bulunduğu bir suç incelemesinde “Millet”, “Devlet”, “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları” gibi kavramların da altı doldurulacaktır. Sonuç olarak temel tartışmalar, Yargıtay kararları ve karşılaştırmalı kaynaklar ışığında TCK m. 301 “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu” detaylı bir biçimde incelenmiş olacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM TCK Madde 301'in Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

### I. Genel Olarak

TCK 301 içerdiği siyasi ve hukuki yaklaşımlar dolayısıyla Cumhuriyetin her dönemde tartışmalara konu olmuştur. Buna bağlı olarak 1926 tarihli Türk Ceza Kanunundan 2013 yılı itibariyle yürürlükte olan 5237 sayılı Kanuna kadar çeşitli değişikliklere tabi olan maddenin sadece metnin lafzı açısından değil yorumlanması açısından da önemli aşamalar kaydettiği görülmektedir. Her dönemin siyasi rejiminin öngördüğü farklı özgürlük politikası söz konusu suçun unsurlarını da doğrudan etkilemiştir. Cumhuriyetin kurulmasından sonra 1930 İtalyan Ceza Kanunundaki düzenlemeyle paralel olarak ilk önemli değişiklik getirilmiştir<sup>1</sup>. Günümüze kadar da suçun hareket unsuru, konusu, yaptırımı dönemin öngördüğü özgürlük rejimine bağlı olarak sürekli olarak değişime uğramıştır. Bu bağlamda yıl yıl her kanun değişikliğini incelemeye ve TCK 301'in tarihsel gelişimini kavramaya çalışacağız.

### II. Kanun Değişiklikleri

#### A. Türk Ceza Kanunu'ndaki 1.3.1926 tarihli değişiklik

“Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler” başlığı altında yer alan 159. madde aşağıdaki şekilde düzenlenmişti:

“Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkamı tatbik olunur”

<sup>1</sup> Türkan Yalçın Sancar, **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Ankara, Seçkin Matbaacılık, 2004, s. 46.

Bahsedilen “evvelki madde ahkâmı” Cumhurbaşkanına karşı hakaret suçunu düzenlemekteydi ve üç seneye kadar hapis cezası öngörmekteydi. 1926 tarihli kanunun “tahkir ve tezyif” hareketinin 2000’li yılların başına kadar korunduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada “aleniyet” unsurunun ilk kanun maddesinde öngörülmediğine ve suçun işlenmesinin bu haliyle çok daha kolay olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir. Günümüze kadar devam eden izin prosedürü açısından ise 160. madde ihdas edilmiş bulunmaktaydı. Ayrıca şu an yürürlükte bulunan kanunda yer alan Adalet Bakanı’nın izni yerine 1926 itibariyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Riyasetinin yetkilendirilmekteydi.

### **B. Türk Ceza Kanunu’ndaki 11.6.1936 tarihli değişiklik**

Bu değişiklikte birlikte “Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar hapis cezası” ile cezalandırılmaya başlanmıştı. Yaptırımın altı seneye kadar çıkmasının ardındaki gerekçe Büyük Millet Meclis Başkanlığı’na 10.4.1936 tarihinde sunulan 6/1135 sayılı Adliye Encümeni Mazbatasında şu şekilde yer verilmiştir: “Son zamanların bazı hadiseleri delaletiyle... Devletin emniyet ve selameti her türlü fena hareketlere karşı cezai müeyyidelerle mahfuz bulundurmak lüzumu tahakkuk etmiştir”. Bu gerekçeden savaş yılları sonrası yeni bir devlet kurulmasının ardından 13 yıllık süreçte yaşanan siyasi hadiselerin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu fıkranın devamındaki fıkra “Devletin silahlı kuvvetleri” ile “Adliyenin manevi şahsiyeti” de koruma altına alınmaktadır. Dolayısıyla savaş sonrası siyasi rejimin etkilerinin hem koruma altına alınan kurumların arttırılması ile suçun genişletilmesinde, hem de verilen cezada artırım olmasında önemli rol oynadığını söylemek mümkündür. Sancar’a göre de bu ciddi değişiklikler devleti daha güçlü bir şekilde koruma endişesinden kaynaklanmaktadır<sup>2</sup>.

160. maddede yer alan izin şartı açısından ise şu hüküm getirilmiş bulunmaktadır: “159. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı Hükümetin veya Adliyenin manevi şahsiyetini veya Cumhuriyeti alenen tahkir ve tezyif hallerinde takibat yapılması Adliye vekaletinin iznine bağlıdır”.

11.6.1936 itibariyle ilk kez madde kapsamına dahil edilen “aleniyet” unsuruna da dikkat çekmek gerekmektedir. Bu unsur ile birlikte tahkir ve tezyif hareketi ancak alenen işlenmesi halinde cezalandırılabilir hale getirilmiştir. Mukayeseli hukukta da mutlak suretle öngörülen aleniyet ilkesinin (ACK m. 90a) ülkemizde uygulamaya 1936 itibariyle konulduğu anlaşılmaktadır<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Sancar, *a.g.e.*, s. 48.

<sup>3</sup> Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Ruth Rissing-van Sann, Klaus Tiedemann, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, C. IV., 12. bs., Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2007



### C. Türk Ceza Kanunu'ndaki 20.9.1946 tarihli değişiklik

1946 yılında getirilen değişiklik TCK 301'in siyasi bir araç olarak kullanılmaya ne kadar açık bir madde olduğunu gözler önüne sermektedir. 159. maddeye tahkir ve tezyif hareketini "matufiyet" açısından ele alan bir fıkra eklenmiştir. İspat hukuku ve kanunilik ilkesi açısından ciddi anlamda sorgulanabilecek bu fıkranın yine toplumsal hareketlerden ve şiddetli eleştirilere duyulan rahatsızlıktan kaynaklandığı kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

"Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikabında hakaret veya tecavüze uğrayanın adı sarahaten zikredilmemiş veya hakaret veya tecavüz, üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile mahiyetinde ve birinci fıkrada yazılanlardan birine matuf olduğunda tereddüt edilemeyecek derecede karineler varsa, hem tecavüze uğrayanın adı zikredilmiş, hem de tahkir tezyif veya tecavüz tasrih kılınmış gibi muamele olunur"

Bu fıkranın gerekçesi ise günümüzde tartışılmaya devam eden "düşman ceza hukuku" konusuna önemli bir örnek teşkil edecek niteliktedir. Zira bu madde metni ile o dönemde hükümete ve uygulamalarına karşı çıkacak kişilerin nasıl ceza hukuku yoluyla sindirilebileceği görülmektedir. Gerekçede yazılarda, makalelerde ima yoluyla kullanılan "bir kelimenin" dahi bu madde kapsamında suç teşkil edebileceğine dikkat çekilmektedir<sup>5</sup>.

"Bir yazı veya makale kelime, kelime veya cümle, cümle incelendiğinde, açık bir surette hakaret ve tezyifi tazammun etmemekle beraber, heyeti umumiyesi açık bir şekilde yapılan tahkir ve tezyifin bile husule getiremeyeceği önemli tesir ve akisler doğurmaktadır... Bu sebeple... tahkir ve tezyifin ima yolu ile suizanni davet edecek şekil ve mahiyette işlenmesi hali de nazarı itibara alınmış ve Büyük Millet Meclisinin meşruiyeti hakkında tereddüt uyandırabilecek herhangi bir fiil ve harekette bulunanlarla ona dil uzatanları da cezalandırmak maksadıyla maddeye bir fıkra ilave edilmiştir"

Gerekçe dahilindeki yaklaşımın 1961 yılına kadar ihtilafli siyasi rejimlerin aracı olarak kullanılmaya devam ettiğini söylemek mümkündür. 5.1.1961 tarihli değişiklik ise bu sert uygulamaları biraz olsun hafifletmeye çalışmıştır.

### D. Türk Ceza Kanunu'ndaki 5.1.1961 tarihli değişiklik

27 Mayıs 1960 askeri müdahaleyi takip eden dönemde çıkarılmış olan 235 sayılı Kanun 159. maddenin baskıcı karakterini bir ölçüde azaltmaya çalışmıştır. İfade hürriyetini ve eleştiri hakkını ön plana almaya çalışan bu rejim maddede bu-

<sup>4</sup> Sancar, a.g.e., s. 49.

<sup>5</sup> a.e., s. 50.

lunan “Meclisin meşruiyeti hakkında suizannı davet edecek şekilde mütecavizane fiil ve hareketler” ibaresini çıkarmıştır. Bu yolla ifade hürriyeti açısından hükümetin bir düşman olarak ortaya çıkmasının<sup>6</sup> önüne geçilmeye çalışılmıştır. Sancar’a göre de yorum yapma hakkını bertaraf eden ve düşünce özgürlüğünün önünde ciddi bir engel oluşturan bu ibarenin maddeden çıkarılması çok yerinde olmuştur<sup>7</sup>.

1961 değişikliği itibariyle bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasının suçun yaptırımı olarak korunmaya devam ettiğini hatırlatmak gerekmektedir.

### E. Türk Ceza Kanunu’ndaki 3.8.2002 tarihli değişiklik

3 Ağustos’ta getirilen “eleştiri hakkı” fıkrasını incelemeden önce 6.2.2002 itibariyle “bir seneden altı seneye kadar ağır hapis” cezasının “bir seneden üç seneye kadar hapis” olarak değiştirildiğini belirtmek gerekecektir. Zira 2002 yılının Şubat ayı itibariyle uzun yıllar uygulamada kalan 6 senelik ağır hapis cezası yaptırımı 3 seneye kadar indirilmiştir.

Aynı senenin Ağustos ayında ise TCK 159’a bu madde özelinde “eleştiri hakkını” düzenleyen önemli bir fıkra eklenmiştir. Bu hükmün gerekliliği açısından tartışmalar çıksa da, kanun koyucunun amacının bilineni tekrarlamak pahasına dahi olsa TCK 159 uygulamasını pratikte hafifletmek olduğu kabul edilmiştir. Bu fıkranın hukuken gereksiz ve var olanın bir tekrarı gibi görülse de, yükselen muhalif seslere ve uygulamadaki katılığa cevap verecek bir hatırlatma olarak konulduğu düşünülmektedir<sup>8</sup>. İlgili kanun maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kasıtı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez”.

### III. Tarihsel Gelişimin Bugün Geldiği Nokta: TCK 301

26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Kanun, 301. madde itibariyle “tahkir ve tezyif” hareketi başta olmak üzere suçun konusunu oluşturan “Türklük” ibaresi gibi birçok konuda yenilikler getirmiştir. 30.4.2008 tarihinde 5759 sayılı Kanun ile birlikte tekrar önemli değişikliklere maruz kalan 301. maddenin yaptırım unsuru “altı aydan üç yıla” hapis cezasından, “altı aydan iki yıla” kadar indirilmiştir. Yine suçun nitelikli unsuru olarak 2008 yılına kadar yürürlükte olan “Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında arttırılır” ibaresi de madde metninden çıkarılmıştır.

<sup>6</sup> Robert Trager, Donna L. Dickerson, **Yirmibirinci Yüzyılda İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdu-sev, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Cantekin Matbaası, 2003, s.93.

<sup>7</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 52.

<sup>8</sup> **a.e.**, s. 54.

Bu bağlamda TCK 301'in günümüzde geldiği noktayı anlamak için yukarıda incelediğimiz tarihsel gelişimi akılda tutmakta fayda vardır. Zira TCK 301'in analizi "Suç İnceleme Yöntemi" çerçevesinde, bu tarih üzerinde yükselen uygulamalar ışığında detaylandırılacaktır. Dolayısıyla günümüze kadar uygulaması 765 sayılı Kanun nezdinde yerleşmiş olan bu suçun incelenmesi açısından eski TCK 159'un tarihi büyük önem taşımaktadır. Siyasetin, ifade özgürlüğünün, ceza hukuku yaklaşımlarının tarihsel gelişim içinde bugün geldiği nokta olarak TCK 301 işte bu anlayış içinde incelenecektir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### **Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçunun İncelenmesi**

#### **I. KANUNİ TANIM VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER**

##### **A. Suça İlişkin Kanun Metni**

##### **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 301**

(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

##### **B. Korunan Hukuki Değer**

Bu bölümde suçla korunan hukuki değerlerin ayrı ayrı detaylandırılması gerekmektedir. Öncelikle "Türk Milleti" bağlamında hangi değerlerin korunma altına alındığını daha sonrasında ise kanunda sayılan kurumların ortaya çıkardığı değerler bütününe inceleyeceğiz.

765 sayılı Kanununun 159. maddesinde ve 2008 yılına kadar 5237 sayılı kanunun değişiklikten önceki halinde "Türklük" kavramı bulunmaktaydı. Türklük kavramını açıklamak gerekirken Sancar'a göre kültür esasına, etnik esasa dayalı ya da salt hukuk eksenli tanımlar yapılabilecektir. Bu nedenle böyle belirsiz bir kavramın ceza yargılamasının konusu olmasının tehlikeli olduğu kabul edilmektedir<sup>9</sup> Eski kanun itibarıyla sadece bir etnik kökene bağlı değerlerin korunduğuna dair tartışma-

<sup>9</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 72.

lar söz konusuydu. Yargıtay Türklük ibaresini 159. madde uygulaması zamanında “Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünü” olarak yorumlamaktaydı<sup>10</sup>. Türk ırkına has müşterek kültüre ayrıcalık tanındığına ilişkin tartışmaların son bulması adına 30.04.2008 tarihinde ise 301. maddede yapılan değişiklikle “Türklük” ibaresinin yerine “Türk Milleti” kavramı getirilmiş bulunmaktadır. Bu değişikliğin karşılaştırmalı hukuktaki koruma konusuna da uygun düştüğünü söylemek mümkündür. Zira İtalyan Ceza Kanunu uyarınca da koruma “İtalyanlık” için değil “İtalyan Ulusu” için öngörülmüş bulunmaktadır<sup>11</sup>.

Türk Milleti kavramı ırk, dil, din gibi öğelerle değil birlikte yaşama isteği bulunan insanların ortak mazisi, hatırası ve amacı olarak açıklanmaktadır<sup>12</sup>. Tarih ve kültür birliğinin temel alındığı bu rejimde bir insanın şahsi hassasiyetlerinden çok, bir milletin ortak duygularının üzerine inşa edilen bir koruma içgüdüğü bulunmaktadır. Kanun koyucu da bu unsurların aşığılanmasını suç haline getirmekle toplumun devamlı huzurunu ve vatandaşlarının saygınlığını koruma altına almayı amaçlamıştır. Tabidir ki amaç sadece bir toplumun saygınlığını korumakla sınırlı kalmamaktadır. Aynı zamanda toplumun yansıması olan devlet erkinin de prestijinin ceza hukuku yoluyla sağlanması söz konusudur. Bu dolaylı etkinin yanında TCK m. 301 dahilinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve kurumlarının da özel olarak sayıldığı görülmektedir.

Kanunda sayılan kavramları sıralamak gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları, Devletin askeri ve emniyet teşkilatı korunan kurumlar olarak ortaya çıkmaktadır. Hemen hemen bütün devletlerin ceza kanunlarında yüksek siyasi kurumlarının itibarını korumayı amaçlayan hükümler yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu da insan şeref ve haysiyetini ihlal eden hakaret ve sövme suçlarının yanı sıra devlet kurumlarının itibar, nüfuz ve prestijini koruyacak bir suç öngörmüştür<sup>13</sup>.

“Türkiye Cumhuriyeti Devleti” kavramı 2008 yılı itibariyle 301. maddeye girmiş bulunmaktadır. 765 sayılı kanun itibariyle yerleşmiş bulunan “Cumhuriyet” kavramı ve bu kavramın beraberinde getirdiği ideolojik kapsam 5237 sayılı kanunun ilgili değişikliği ile birlikte uygulamadan kalkmış bulunmaktadır. Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin yeni halinin Alman Ceza Kanununun 90(a)

<sup>10</sup> CGK, E. 2006/9-169, K. 2006/184, T. 11.7.2006, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 18.6.2013.

<sup>11</sup> Sancar, a.e., s. 71.

<sup>12</sup> Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. VI, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 8320.

<sup>13</sup> T. Ayhan Beydoğan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Cantekin Matbaası, 2003, s. 150.

maddesiyle de örtüştüğü söylenebilir. Zira birinci fıkranın birinci bendinde yer alan “Bundesrepublik Deutschland” ibaresi tek tek ülkenin her eyaleti, her hassasiyeti açısından değil, ülkenin bütünlüğüne ve özgür demokratik sistemine karşı yapılacak saldırılara karşı korunması gereken bir değer olarak algılanmaktadır<sup>14</sup>.

Ülkemizdeki değişikliğin anlamını daha iyi anlamak açısından 2008 yılında yapılan değişikliğe kısaca değinmek gerekmektedir. Zira o dönemde hazırlanmış olan Adalet Komisyonu raporunda (5759 sayılı Kanun) Türkiye Cumhuriyeti Devleti, “Cumhuriyet” kavramının yerine ikame edilmiş ve komisyonda kanunun koruduğu hukuki değerler hakkında detaylara yer verilmiştir. Raporda “...milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde... demokratik laik ve sosyal bir hukuk Devleti” olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin bu sayılan nitelikleri kapsadığı ve cumhuriyet hassasiyetlerini kendi bünyesinde zaten barındırdığının altı çizilmiştir. Bu noktada devletin kendisine yapılacak bir aşağılama eyleminin aslında toplumun önemli hassasiyetlerine de sirayet edeceği sonucu çıkarılabilmektedir<sup>15</sup>. 301. maddenin devamında korunması amaçlanan değerler ise millet egemenliğinin tecelli ettiği Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları, askeri ve emniyet teşkilatıdır. Aslında korunan hukuki değer en nihayetinde zincir halinde toplumun kendisini, yansıması olan devleti ve devletin sahaya yansıması olarak kurumlarının itibarıdır. Bireysel olarak hiçbir kurum personeli veya vekili kanunun koruduğu değere haiz değildir. En nihayetinde TCK 301. maddesi tüm toplum-devlet düzeninin itibarını ve saygınlığını korumaktadır.

## II. SUÇUN UNSURLARI

### A. Maddi Unsurlar

#### 1. Hareket

##### a. Genel Olarak

Bu suç ancak korunan değerlerin alenen aşağılanması durumunda gerçekleşebilmektedir. Suçun hareket normu “aşağılama” olarak kabul edilmektedir. Aşağılamadan kastın onur kırma, değersiz gösterme, muhatabı küçük gösterme olduğu düşünülmekle beraber, hareketin sözlü hareketler dışında eylemler de gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Yazı yazılması, fiziksel bir eylemin yapılması veya tiyatro, müzik gibi bir sanatın ortaya konulması da gerektiğinde bu madde kapsamında değerlendirilebilmektedir.

<sup>14</sup> Laufhütte/Rissing-van Sann/Tiedemann, *a.g.e.*, s. 146.

<sup>15</sup> Gürsel Yalvaç, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 1540-41.

<sup>16</sup> İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. IV, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013, s. 4779-80.

Bu noktada TCK m. 301'deki hareket çeşitlerine örnek teşkil edecek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.07.2006 yılında Hrant Dink'in köşe yazıları hakkında verdiği karar bulunmaktadır. Dink'in gazetecilik çerçevesinde yazdığı, kişisel kanaatlerini habercilik anlayışıyla aktardığı köşe yazılarının Türk toplumunu aşağıladığına kanaat getiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "Sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı 'zehirli kan' sözcüğünün Türklere yönelik olduğu ve tezyif amacıyla kullanıldığı anlaşıldığından... Türk toplumunu aşağılamanın ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır"<sup>17</sup>. Yazı yazmak suretiyle gerçekleştirilen bu hareketin dışında genelde bu suçun sözlü olarak işlendiği görülmektedir. Yargıtay 9. CD, 2005 tarihli E. 2004/6627 K. 2005/214 sayılı kararında alkollü bir sanığın küfürlü sözlerini bu suç kapsamında değerlendirmiştir. Kararda "sanığın alkollü iken geldiği müştekinin pansiyonunda camları kırması nedeniyle olayın ihbar edildiği, ilçe Jandarma görevlilerinin olay yerine gelip müdahale etmeleri üzerine, 'Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de, Jandarmasının da, polisinin de anasını avradını sin kaf ederim' dediği, götürüldüğü karakolda da benzer sözleri sarfettiği ve aleniyet unsurunun gerçekleştiği tüm dosya kapsamında anlaşılmış olup, bu suretle atılı Cumhuriyeti ve Devletin Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek suçlarının oluştuğu" kanaatine varılmıştır<sup>18</sup>. Bu suç açısından hareket unsurunun oluşması açısından bir başka ihtimal ise kişi tarafından yapılan eylem veya gösteridir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta yer verilmiş olan bir uygulamayı örnek vermek gerekecektir. Amerika Birleşik Devletleri'nin Texas eyaletinde gerçekleşmiş bir "bayrak yakma" olayına ilişkin dava şu şekilde tecelli etmiştir. 21.6.1989 tarihli, 491 U.S. 397 numaralı Texas v. Johnson davasında, ABD politikalarına karşı protestoda bulunan vatandaş Johnson'ın belli pankartları, bayrakları ve flamları yakması söz konusudur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede Texas kanunlarına göre milletin saygı gösterdiği, milli hassasiyet gösterdiği nesnelere yakılmasını bir aşağılama eylemi olarak kabul etmiş ve bu hareketin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığına hükmetmiştir<sup>19</sup>. Sonuç olarak hem TCK m. 301 hem de karşılaştırmalı hukuk açısından suça konu hareketin yazılı, sözlü veya görsel olarak gerçekleştirilebilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir.

765 sayılı TCK itibariyle "tahkir ve tezyif" hareketi öngörülmekte iken 5237 sayılı kanun bu ibarenin yerine "aşağılama" unsurunu getirmiştir. Aşağılama kelimesinin her iki kelimeyi de kapsadığı düşünülse de hareket aslında bir anlamda "itibar düşürmeye" kadar indirgenmiştir. Zira her eleştiri, hele otoriteye karşı yapılmışsa

<sup>17</sup> CGK, 169/184, 11.07.2006; İhsan Akçin, **Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları (2005-2012)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 898.

<sup>18</sup> 9. CD, E. 2004/6627, K. 2005/214, T. 27.1.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 18.6.2013.

<sup>19</sup> Zühtü Arslan, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Cantekin Matbaası, 2003, s. 322.

aşağılama hareketini oluşturabilecek yorumlamalara açık olabilmektedir<sup>20</sup>. Aksi görüşteki Şen'e göre ise aşağılama kavramıyla suçun hareket unsurunun genişletilmesi maddenin amacıyla ve mukayeseli hukuktaki örneklerle örtüşmektedir<sup>21</sup>. Mukayeseli hukukla bizim kanunumuzda yer alan hareket unsurunun örtüştüğü konusunda tartışma bulunmamaktadır. Gerçekten de 1930 İCK'nın 291. maddesinde "Her kim, İtalyan Milletini alenen aşağılarsa...", 1997 tarihli Polonya Ceza Kanununun 133. maddesinde ise "Her kim Polonya Milletini veya Cumhuriyetini alenen aşağılarsa..." ibareleri yer almaktadır<sup>22</sup>. Ancak ülke şartlarının uygulamalar açısından farklı olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira mukayeseli hukukla kavram birliğinin sağlanması, uygulama birliğinin sağlanacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla ülkemizin ifade özgürlüğü konusunda verdiği sınavları dikkate alarak, genişletilmiş bir hareket unsurunun yaratabileceği tehlikeye dikkat çekmek gerekmektedir.

### b. Aleniyet

Daha önce yukarıda da bahsedildiği üzere bu suç ancak korunan konuların "alenen" aşağılanması suretiyle işlenebilmektedir. Dolayısıyla "hareket" başlığı altında TCK m. 301'e özel olarak "aleniyet" unsurunun da detaylandırılması gerekmektedir. Bir devlete veya millete karşı aşağılama hareketinin ceza hukuku bağlamında karşılık bulması ancak aleniyet unsuru ile mümkün olabilmektedir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da "aleniyet" kavramına özel bir önem verildiği görülecektir. Zira Avusturya Ceza Kanununun 248. maddesinin incelenmesi sırasında aleniyetin (Öffentlichkeit) önemine dikkat çekilmektedir. Avusturya doktrininde milli değerlerin ancak aleni hareketlerle veya kamunun kolay erişebileceği yöntemlerle aşağılandığı takdirde suç oluşturacağı kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Türk Ceza Kanunu da Avusturya Ceza Kanununa paralel bir düzenleme getirmektedir. Kanunda öngörülmüş bulunan "aleniyet" unsurunun nasıl yorumlandığı ise Yargıtay kararları nezdinde anlaşılmaktadır. Örneğin 301. madde bağlamında incelenen bir davada, adli makamlara yazılan bir dilekçenin içinde yer alan aşağılayıcı unsurların suç oluşturup oluşturmayacağı tartışılmaktadır. Kararda "suça konu ifadelerin, sanığın Yargıtay C.Başsavcılığına hitaben yazarak göndermiş olduğu dilekçe içinde yer alması karşısında olayda aleniyet unsurunun gerçekleşmediği" kanaatine

<sup>20</sup> Süleyman Özar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin A. Taner Akçam v. Türkiye Kararı Işığında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesini Yeniden Düşünmek", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 70, Sayı: 2012/3, s. 442.

<sup>21</sup> Ersan Şen, "Türk Ceza Kanunu Madde 301", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007, s.14.

<sup>22</sup> R. Cengiz Derdiman, "Türk Ceza Kanununun 301. Maddesindeki Değişikliğin Hukuki ve Siyasi Sonuçları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 9, Nisan 2009, s. 20.

<sup>23</sup> Frank Höpfel, Eckart Ratz, **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, C. IV, 2. bs., Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009, s. 15; "...nur geschützt, wenn sie bei öffentlichen Anlässen oder allgemein zugänglichen Veranstaltungen gezeigt werden."

varılmıştır<sup>24</sup>. 301. madde uygulamasından bağımsız olarak “aleniyet” unsuru Yargıtay nezdinde şu şekilde saptanmaktadır. Yargıtay aleniyet unsuru aranan bir suçun tespitinde eylemin herkes tarafından bilinip görülebilecek bir biçimde işlenmesini beklemektedir. Aleniyet unsuru açısından 1999 tarihli kararda şu değerlendirme yapılmıştır. “Aleniyet, suçun herkesin görebileceği bir yerde işlenmesi anlamındadır... aleniyette fiilin başkaları tarafından görülüp, işitilmesi şart olmayıp, görülebilir, işitilebilir olması yeterlidir”<sup>25</sup>.

Dolayısıyla kamuya açık yerlerde gösteri yaparak, kitlesel iletişim araçlarıyla yayın yaparak aşağılama suçunu işlemek mümkündür. Bugün bu araçlara özellikle internetin de dahil olduğunu söyleyebiliriz<sup>26</sup>. Dolayısıyla son günlerde “Gezi Parkı” direnişi çerçevesinde ortaya çıkan ve sosyal paylaşım sitelerinde ülkenin emniyet güçlerine karşı aşağılayıcı ifadelere yer veren (TCK 301/2), evinde bilgisayar başında oturan bir genç dahi suçun faili olabilecek konuma gelmiştir. Zira sosyal paylaşım siteleri artık milyonlarca kullanıcısı olan ve kamunun rahatlıkla erişebileceği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. İfade özgürlüğü çerçevesinde eleştiri hakkının takdiri yargı makamlarındadır ve suç incelemesi açısından bu durum hukuka aykırılık bölümünde ayrıca incelenecektir. Ancak bu noktada teknolojinin geldiği yer itibarıyla “aleniyet” unsurunun her zamankinden daha kolay gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Zira yakın zamanda 19. Sulh Ceza Mahkemesi, 2012/299 E. sayılı dosyasında, TCK 216/3 uyarınca Fazıl Say'ın sosyal paylaşım sitesi “twitter”da yazdığı yazılarının dini değerleri “alenen” aşağıladığına kanaat getirmiştir. Gerekçeli kararında Mahkeme, “twitter” adlı sosyal paylaşım sitesine herkesin erişebileceğini, yazılan yazılara istenildiği anda toplumun her kesiminden insanın ulaşabileceğini kabul etmiştir. Sonuç olarak güncel tartışmalar ışığında, önümüzdeki günlerde 301. madde açısından da aleniyet unsurunun bu karardaki gibi bir yoruma tabi tutulabilmesi mümkün gözükmektedir.

## 2. Hareketin Konusu

TCK m. 301 doğrultusunda suçun gerçekleşebilmesi konu olarak Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti veya kanunda belirtilen ilgili kurumların aşağılanmasıyla bağlıdır. Saymak gerekirse Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları, Devletin askeri teşkilatı ve emniyet teşkilatı hareketin konusunu oluşturmaktadır. Türk Milletinin manevi birlik beraberliği, milli duygularıyla sayılmış bulunan kurumların itibarları suça konu eylemin yöneldiği olgular olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ve ilgili kurumlarının

<sup>24</sup> 9. CD, E. 2006/9252, K. 2007/5081, T. 7.6.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 18.6.2013.

<sup>25</sup> CGK, 9-145/160, 15.6.1999; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8333.

<sup>26</sup> Malkoç, **a.g.e.**, s. 4780.



faaliyetleri üzerinden organlarının veya teşkilatlarının “tamamını kapsayacak nitelikte” aşağılamaların suçun konusunu oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Özel olarak kanun metninde yer verilen birkaç kavramı daha açmak gerekmektedir. Örneğin Hükümet kavramından başbakan veya bakanlar kurulu, Yargı kavramından hakimler veya savcılar, emniyet teşkilatından polisler bireysel olarak koruma altına alınmamıştır. Hareketin konusu kurumun ve organlarının tamamının hedef alınmasıdır. Örneğin Bakanlığa veya Bakanlara karşı yapılan hakaretler, aşağılamalar ancak kişileri aşır organ olarak hükümeti kapsadığı takdirde 301. madde kapsamında değerlendirilebilmektedir<sup>27</sup>. Emniyet teşkilatının aşağılanıp aşağılanmadığı tartışılan bir kararda ise, sanığın sarf ettiği sözlerin doğrudan orada bulunan polisin şahsıyla sınırlı kaldığı kabul edilmiştir. Yargıtay 9. CD, 2004 yılına ait kararında “sanıkların, nezarete alınmaları sırasında kolluk görevlilerine kızarak sarf ettikleri sözlerin küll halinde ve doğrudan doğruya olaya müdahale eden kolluk görevlilerine yönelik olup TCK.nun 159.maddesinde belirlenen suçun unsurlarının oluşmadığı” kanaatine varmıştır<sup>28</sup>. Sonuç olarak bireysel hareketlerin sonucunda TCK m. 301 yerine TCK m. 125’te yer alan genel “hakaret suçunun” oluşacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla 301’in koruduğu alan yukarıda saydığımız konuların tamamına yönelik itibarı zedeleyecek aşağılamalar ile sınırlı kalmaktadır.

### 3. Netice

Suçun oluşması için aşağılama teşkil eden hareketin muhataplar nezdinde saygınlığa veya itibara zarar getirmesi beklenmemektedir. Bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş bulunan TCK 301, kişinin Türk Milletini, Devletini aleni aşağılamasını yeterli bulmakta, ayrıca bir zarar aramamaktadır. Doktrinde devletin düzenine karşı işlenen fiillerin çoğunluğunun “tehlike suçu” olduğu kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Bu noktada devletin siyasi reflekslerini nasıl ceza hukuku alanında gösterdiğine dikkat çekilebilmektedir. Özek’e göre cezalandırılan devletin siyasal menfaatlerinin “ihlali” değil “ihlal tehlikesidir”<sup>30</sup>. Aksi yönde, bu suçun TCK 125’de yer alan hakaret suçunun bir nevi olduğunu ve zarar suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>31</sup>. Ancak uygulamada ve doktrinde kabul gören görüş, suçun tamamlanmış sayılması için alenen aşağılama hareketinin

<sup>27</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. IV, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 4078.

<sup>28</sup> 9. CD. 2004/4782 E., 2004/4740 K., 28.9.2004 T. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 18.6.2013.

<sup>29</sup> Çetin Özek, **Devlete Karşı Suçlar**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 197.

<sup>30</sup> Özek, **a.e.**, s. 167.

<sup>31</sup> Şen, **a.g.e.**, s.15; “301. maddenin bir tehlike suçu olmadığı, Millet ile Devletin varlık ve değerlerinin aşağılanması fiilinin suç olarak düzenlendiği, bu yönüyle, 301. madde ile kişilik haklarına hakaret edilmesini suç sayan ve bir zarar suçu olarak tanımlanan 125. madde arasında paralellik kurulabileceğini... söylemek mümkündür”.

gerçekleşmesinin yeterli olduğudur. Uygulamaya bakıldığında da, bir köşe yazısının gazetede yayınlanmasıyla veya bir bildirinin kamusal alanda okunmasıyla birlikte m. 301'deki yazılı suçun o an gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>32</sup>

Suçun niteliği gereği tehlike suçu olarak değerlendirilmesinin ifade özgürlüğü bağlamında ise farklı sonuçları bulunmaktadır. Tehlike suçunun yarattığı bu düzen bir anlamda sansürün, hatta oto-sansürün önünü açmaktadır. Devlet politikalarına ya da milli hassasiyetlere ters düşecek şahsi düşüncesini ifade etmek isteyen birçok yazar daha kalemi eline aldığı yazacağı yazının yarın raflarda yerini aldığı anda karşılaşabileceği soruşturmanın farkında yaşamakta ve kendi kendini en başından itibaren sansürlemektedir<sup>33</sup>. Bu bağlamda son olarak 301'den mahkum edilmiş bulunan Hrant Dink'in yazdığı köşe yazısı serisini, Çetin Özek'in "Devlete Karşı Suçlar" adlı kitabındaki "tehlike suçu" yorumu ile düşünmek gerekir. Devlete karşı yasaklanan fiilleri düzenleyen maddelerin mantığına (ratio legis) bakmak, hakikaten önlenmek istenen tehlikenin oluşup oluşmadığına nazaran cezalandırma yapılması gerekmektedir<sup>34</sup>. Aksi takdirde hiçbir "tehlike" yaratmayan bir fiilin cezalandırılmasında güdülen maksatta devletin yaratmaya çalıştığı korku düzeni görülebilecektir.

#### 4. Fail

Türk Ceza Kanununun 301. maddesinde yer alan suç özgü suç niteliğinde değildir ve aşığılama eylemini gerçekleştirmekle beraber bu suçu herkes işleyebilmektedir. İtalyan Ceza Kanununun 290. maddesinde yer alan "chiunque"<sup>35</sup> ibaresi ile Avusturya Ceza Kanununun 248. maddesinde yer alan "wer" ibaresi "her kim" anlamındadır<sup>36</sup>. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta da suçun failinin herkes olabileceği görülebilmektedir.

Bu bölümde suçun sadece aleniyet unsuruyla gerçekleşmesi temelinde şu noktaya dikkat çekilebilir. Bugünlerde internet yoluyla herkesin yazılarına, sözlerine, eylemlerine aleniyet kazandırması mümkün gözükmektedir. Ancak internet ortamındaki paylaşımların dışında, bu kanunun genelde hitap ettiği kişilerin basın mensupları veya kamuya mal olmuş şahıslar olduğu görülmektedir. Zira her sabah gazeteler aracılığıyla yayın yapan köşe yazarları, televizyon programcıları ya da sürekli televizyon karşısında yer alan muhalif siyasi merciler bu madde kapsamında fail olmaya daha elverişlidir. Dolayısıyla hassasiyetleri fazla, ancak ifade özgürlüğü anlayışı yeni gelişmekte olan bir toplumda, göz önünde olan bu kişilerin soruşturmaya tabi tutulması herkesten daha olası gözükmektedir.

<sup>32</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 237.

<sup>33</sup> Trager/Dickerson, **a.g.e.**, s.104.

<sup>34</sup> Özek, **a.g.e.**, s.171.

<sup>35</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 58.

<sup>36</sup> Höpfel, Ratz, s. 14.

## 5. Mağdur

Bu suç ile birlikte siyasal ve toplumsal düzen içinde belirli bir hareketin cezalandırılması söz konusudur. Maddede tek tek sayılan kurumların aşağılama hareketinin mağduru olarak kabul edilmesi mümkün gibi gözükse de aslında hepsinin temelinde sosyolojik bir değer olarak toplumun mağdur olduğu düşünülmelidir<sup>37</sup>. Suçun mağduru olarak gerçek bir kişi aramak mümkün değildir. Zira Türk Milleti kavramıyla belirli bir kişinin ya da kişi topluluğunun aşağılanmasından çok, genele yayılmış ve kabul görmüş toplumsal hassasiyetlerin zedelenmesinden bahsedilmektedir. Ancak devletin ve onun yansıması olan kurumların bir kamu tüzel kişiliği olarak yaşadığı itibar kaybı nedeniyle suçtan zarar gören olarak kabul edilmeleri de mümkün gözükmektedir.

## B. Manevi Unsur

Failin madde metninde sayılan Türk Milletine, Devlete veya ilgili organlarına karşı alenen aşağılamada bulunduğunu bilmesi ve bunu isteyerek hareket etmesi gerekmektedir<sup>38</sup>. Dolayısıyla bu suçun ancak kasten işlenebileceği kabul edilmektedir. Kişinin sarf ettiği ifadelerin veya yaptığı eylemlerin aşağılayıcı nitelikte olduğunun bilinç ve iradesine sahip olması suçun oluşması için yeterli manevi unsuru yerine getirmiş olacaktır<sup>39</sup>. Bu noktada failde “özel aşağılama kastının” aranıp aranmayacağına dikkat çekmek gerekmektedir. Parlar’a göre maddenin 4. fıkrasında yer alan “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ibaresi “özel aşağılama kastının” aranmasını zorunlu kılmaktadır. Zira siyasal eleştiri hakkının kullanılması durumunda aynı fiil hukuka uygun bulunmaktadır<sup>40</sup>. Suçun kasten işlenmesi açısından “aleniyet” unsurunun da önemli rol oynadığını düşünen yazarlar bulunmaktadır. Zira Özar, aleniyetin bu suçun bir unsuru olduğunu ve failin eylemini alenen ifa ettiği kastıyla hareket etmesi gerektiğinden bahsetmektedir<sup>41</sup>.

Siyasal hürriyetlerin karşısında duran devlete karşı suçlarda genelde “özel kastın” varlığı aranmaktadır. Buna bağlı olarak siyasal eleştiri-tahkir suçunun sınırını ortaya çıkartan da failin “özel kastıdır”<sup>42</sup>. Gerçekten de fail açısından özel kastın aranması ve suçun daha ağır şartlara bağlanması sanığın ifade özgürlüğü temelinde elinde olan haklarını bu hükme takılmadan daha özgürce kullanmasını da sağlayacaktır. Dolayısıyla kast unsuru açısından böyle bir yaklaşımın benimsenmesi hem kanunun hem de anayasal hakların kullanımı açısından daha özgürlükçü bir anlayış ortaya çıkaracaktır.

<sup>37</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8330.

<sup>38</sup> Beydoğan, **a.g.e.**, s. 156.

<sup>39</sup> Levent Korkut, “İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK’nın 301. Maddesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2007/1, s. 31.

<sup>40</sup> Parlar, **a.g.e.**, s. 4081.

<sup>41</sup> Özar, **a.g.e.**, s. 436.

<sup>42</sup> Özek, **a.g.e.**, s. 189, 197.

## A. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk açısından m. 301 incelemelerinde ilk akla gelmesi gereken nokta maddenin 3. fıkrasında yer alan özel eleştiri amacıdır. Gerçekten de kanun koyucu ifade özgürlüğü karşısında önemli engeller yaratabilecek bu maddeyi yumuşatmak adına 3. fıkrada yer alan şu ibareyi madde metnine eklemiş bulunmaktadır: “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz”. Bu hukuka uygunluk nedeninin Türk Ceza Kanununun 26. maddesinde düzenlenen “hakkın kullanılmasına” dayandığı da söylenebilir. Eleştiri ve ifade özgürlüğü TCK uygulamalarından önce Anayasa’da da karşımıza çıkmaktadır. Anayasanın 25. maddesinde düzenlenen “düşünce ve kanaat hürriyeti” ile 26. maddesinde yer alan “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” bu bağlamda 301. maddede yer alan suç açısından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak niteliktedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinde düzenlenen “ifade özgürlüğü” (freedom of expression) de bu bağlamda hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmelidir.

Makalenin bu noktasında ifade özgürlüğü rejiminin cezai yaptırımlarla sınırlanabilmesinin tehlikelerinden bahsedilecektir. Zira Hrant Dink kararı süresince yaşananlarda olduğu gibi, TCK m. 301 bir ceza hükmünün ötesinde anlamlar, toplumsal mesajlar barındırabilmektedir. 2007 yılında Hrant Dink’in vurularak öldürülmesinden sonra Ankara Barosu Dergisinde Bülent Turhan Gündüz’ün Hrant için kaleme aldığı “301. Madde Bağımlılığı” adlı yazıda sorulan soruya dikkat çekmek gerekmektedir<sup>43</sup>. “TCK 301’nci madde bir insana yöneltildiğinde, o insanı ve yaşamını nasıl etkiliyor?”. Yaptırımı ceza hukuku dahilinde en fazla iki yıl hapis cezası olan bir madde nasıl oluyor da hayatları bu kadar alt üst edebiliyor? Bu sorunun cevabını yine aynı makaleden Dink’in sözleriyle vermek gerekmektedir. Dink “Benim için asıl tehdit ve asıl dayanılmaz olan kendime yaptığım psikolojik işkence” demektedir. Bu bağlamda şu sonuca varmak mümkün. 301. madde kapsamında soruşturma başlamasıyla beraber olası bir hükmün yaptırımı psikolojik olarak kişi üstünde en başından başlayabiliyor. İlk günden itibaren şüpheli yazılı ve görsel medya aracılığıyla “vatan haini” ilan edilebilmektedir. Bu işin sosyolojik boyutu olmakla beraber hukuka aykırılık unsurunun değerlendirilmesi açısından bu tip olaylar yol gösterici nitelikte olabilmektedir. En nihayetinde Devletin yargı organlarının yukarıda altı çizilen “eleştiri amacını” dar yorumlaması önüne geçilemeyecek sonuçlara yol açabilmektedir. Bu noktada da Anayasa m. 25, 26, TCK m. 301/3, AİHS m. 10 devreye girmektedir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğü temelinde verdiği iki kararı hukuka aykırılık unsuru bölümünde özel olarak incelemekte fayda vardır.

AİHM’in 14 Eylül 2010 tarihli Dink kararını incelemeden önce, “ifade öz-

<sup>43</sup> Bülent Turhan Gündüz, “301. Madde Bağımlılığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2007/1

gürlüğü” çerçevesinde devletlerin tahammül sınırının ne noktada olması gerektiğini ortaya koyan *Arslan v. Turkey* kararına değinmek gerekmektedir. Zira bu kararın 44. paragrafında sözleşmenin 10. maddesinin hangi ifadeler için koruma sağladığına dikkat çekilmektedir. Kararda, ifade özgürlüğünün sadece “kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler veya fikirler için değil aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerli” olduğuna kanaat getirilmiştir<sup>44</sup>. İfade özgürlüğü gibi koruma altına alınmış birçok hak sözleşme dahilinde koruma altındadır. Ancak sözleşme dahilinde her bir özgürlüğün kısıtlanması da mümkün kılınmıştır. Kısıtlama koşullarının uygulanması konusunda üç aşamalı bir sistem benimsemiş olan Mahkeme, *Dink v. Turkey* kararı bağlamında TCK Madde 301 üzerinden bir inceleme yapmış bulunmaktadır.

Kararda devletin ifade özgürlüğünü kısıtlamasının “yasayla öngörülüp öngörülmediği”, “meşru bir amaç gözetilip gözetilmediği” ve “demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı” araştırılmıştır<sup>45</sup>. “Yasayla öngörülme” kıstası açısından Mahkeme, TCK m. 159’un ve daha sonra yürürlüğe girmiş bulunan TCK m. 301’in müdahaleye yasal zemin oluşturduğunu tespit etmiştir. “Meşru amaç” açısından Türk Hükümeti savunmasında kamu düzenini koruma tezini ileri sürmüştür. Mahkeme “devletin organlarının gözden düşürülmesinin önlenmesi amacının, başvuran tarafından şiddet kullanımına teşvik edici bir eylem olmaksızın kamu düzeninin korunması kapsamında” değerlendirmekte tereddüt etmekte ise de sorunun çözümünün demokratik gereklilikte olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda Dink kararı, kısıtlamanın “demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı” üzerinde yoğunlaşmıştır. Hukuka aykırılık unsuru altında yukarıda değerlendirmesini yaptığımız yargı erkinin ideolojik reflekslerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de TCK 301 dahilinde değinmiş bulunmaktadır. Zira incelenen suç bakımından en büyük tehlikenin altını Mahkeme şu şekilde açıklamaktadır. Ülkenin siyaset kurumları tarafından benimsenmiş olan bir “...politikaya ya da bir başka deyişle bu konudaki resmi teze karşı yapılan her eleştiri Türklük kavramı ya da Türk milletine karşı küçümseyici, aşağılayıcı, ve olduğundan farklı gösterir nitelikte bir saldırı olarak algılanma tehlikesiyle karşı karşıyadır”<sup>46</sup>. Mahkeme, Dink’in makale dizisinin kimseyi şiddete çağırmadığına ve demokratik eleştiri kapsamında değerlendirmesi gerektiğine kanaat getirmiş ve sonuçta AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Hukuka aykırılık başlığı altında karşılaştırmalı hukuktan da bir örnek vermek gerekecektir. Zira Alman Ceza Kanununun 90(a) maddesinin nasıl yorumlandığını ve ne gibi durumlarda kişilerin hareketlerinin hukuka uygun kabul edildiğini görmek uygulamamız açısından da faydalı olacaktır. Alman doktrini düşünce ve ifade

<sup>44</sup> AİHM, *Arslan v. Turkey*, No. 23462/94, T. 8.6.1999 (çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int>

<sup>45</sup> AİHM, *Dink v. Turkey*, No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, T. 14.9.2010 (çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int>

<sup>46</sup> Aynı karar, s. 24

özgürlüğüne ek olarak ayrıca “sanatsal özgürlüğe” de (Kunstfreiheit) önem vermiş gözükmektedir<sup>47</sup>. Laufhütte'ye göre ifade özgürlüğüne sahip kişilerin devletlerinin milli manevi hassasiyetlerinden korkmadan sanatsal icraatlarda özgür olması esastır. 90(a) maddesi, hareketin ancak kamunun anayasa tarafından korunan özgürlükleri veya devletin demokratik faaliyetlerini engelleyecek nitelikte olduğu takdirde devreye girmektedir. 90(a) uygulamasına örnek olarak 1979 tarihinde Köln kentinde yapılmış bir eyleme dikkat çekilebilir. Zira bu tarihte, bir grup gencin devletin politikalarına karşı çıkararak “izolasyon işkencecileri” adıyla hazırladığı provokatif posterleri Alman Mahkemeleri özgürlük kapsamında değerlendirmiştir<sup>48</sup>.

Sonuç olarak ulusal ve uluslararası hukukta hukuka uygunluk enstrümanları değişse de prensipte ifade özgürlüğü hep esas alınmaktadır. Türk Mevzuatında da hukuka uygunluk sebebi için bu kadar enstrüman sağlanmış iken ifade özgürlüğünü pekiştirmek artık yargının elindedir. Gerçekten de doğası itibarıyla 301. maddenin tahlilinde hukuki sonuçlar üzerinde dururken bazı hususları da siyasi açılarından görmek gerekmektedir<sup>49</sup>. Bu yüzden bu başlık altında ifade özgürlüğünün ve siyasi perspektiflerin karşılıklı olarak tartışılması gerekmiştir. Son olarak şunu da belirtmek gerekir. Hakkın kullanılması neticesinde hukuka aykırılığın ortadan kalkması ve yargı erklerinin daha özgürlükçü bir 301. madde yaklaşımı sadece ceza hukuku alanında değil, demokratik toplum yaşantısında da kendisini olumlu şekilde hissettirecektir.

### III. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

30.4.2008 tarihli 5759 sayılı Kanun değişikliğinden önce maddenin üçüncü fıkrasında Türklüğü aşığılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde cezanın üçte bir oranında artırılması öngörülmüştü. Ancak yapılan değişiklikle beraber 301. madde açısından artık suçun nitelikli bir hali bulunmamaktadır.

### IV. KUSURLULUK

301. maddenin niteliği dahilinde bu suçta özgü bir kusurluluk hali öngörülmemektedir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, geçici nedenler gibi çeşitli kusurluluk hallerinin bu suç dahilinde de uygulama alanı bulması mümkündür. Kısaca bir örnek vermek gerekirse, ülkede kamuya açık bir alanda aleni şekilde devlete, emniyetine veya yargı organlarına söven akıl hastalığı bulunan bir kişi kusurluluk halinden faydalanabilecektir. Yine yaş küçüklüğü bulunan ve Türk Milletine aleni hakaretlerde bulunan küçüğün indirim alması olasılıklar dahilindedir.

<sup>47</sup> Laufhütte/Rissing-van Sann/Tiedemann, **a.g.e.**, s. 154.

<sup>48</sup> Laufhütte/Rissing-van Sann/Tiedemann, **a.e.**, s. 155.

<sup>49</sup> Derdiman, **a.g.e.**, s. 17.

## V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### A. Suça Teşebbüs

TCK 301 açısından teşebbüs mümkün gözükmemektedir. Kişinin aşığılama kastı ile hazırladığı köşe yazısını gazetede yayınlanması için göndermesi ancak basım sırasında bir şekilde yazının çıkmaması Yargıtay içtihadında da teşebbüs olarak kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Sözle iletişim kurulması açısından televizyon programında yaşanan teknik aksaklık da yine bu kapsamda değerlendirilebilir. Bir mitingde okunmak üzere gönderilen mektubun ya da bildirim henüz okunmadan emniyet güçleri tarafından ele geçirilmesi durumunda da teşebbüsten söz edilecektir. Zira Sancar'a göre bu olayda da "aleniyet" unsuru gerçekleşmemiş durumdadır<sup>51</sup>.

### B. Suça İştirak

İştirake ilişkin bu madde açısından bir sınırlama öngörülmemektedir. Kişilerin müşterek faillik, azmettirme veya yardım etme şeklinde suça iştirak etmeleri mümkündür. Örneğin bir köşe yazısı dizisinin birden fazla yazar tarafından ortak çıkarılması ya da bir basın toplantısının birden fazla kişiyle aşığılama kastıyla düzenlenmesi suça iştirak açısından değerlendirilebilir. Provokatif bir bildiriye kamuya açık alanda okuması veya internet yoluyla yayması için genç bir kişi azmettirilebilir. Yine aynı şekilde TCK 301 dahilinde suç oluşturacak bir kitabın basımı için yazara finansal destek yaparak yardım edilebilir.

### C. Suçların İçtimaı

301. madde Devlet, yargı organları ve emniyet teşkilatı gibi farklı konuları barındırması sebebiyle içtima açısından ilginç bir nokta ortaya çıkarmaktadır. Örneğin aynı konuşmada (harekette) hem yargı organları hem de emniyet teşkilatı alenen aşığılanmış ise üç ayrı suç oluşmaktadır. Sancar, bu durumda gerçek içtima kuralının uygulanacağını kabul etmektedir. 9. CD'nin 1981 tarihli kararında da "Cumhuriyeti, hükümetin manevi şahsiyetini, askeri kuvvetleri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir eylemi ayrı ayrı suç teşkil ettiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması" bozma sebebi sayılmıştır<sup>52</sup>.

Alenen aşığılama hareketi ile gerçekleştirilen bu suçun özellikle basın yoluyla zincirleme suç halinde işlenmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Suça konu köşe yazısının bir gazetede bölümler halinde farklı tarihlerde yayınlanması durumunda zincirleme suçtan bahsedilebilmektedir. Bir yazı tek bölüm halinde değil, ayrı iki yazı oluşturacak halde farklı tarihlerde yayınlanması durumunda ise

<sup>50</sup> 9. CD, 6948/7048, 22.12.1995; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8342.

<sup>51</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 240.

<sup>52</sup> Sancar, **a.e.**, s. 235.

Yargıtay'ın görüşü her birinin tek suç olarak kabul edilmesi yönündedir<sup>53</sup>. Aynı ceza dairesinin bir başka kararında ise suç oluşturan tiyatro oyunun seanslar halinde sekiz kez oynanmasının zincirleme suç teşkil ettiğine karar verilmiştir<sup>54</sup>.

## VI. CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTI

Bu başlık altında TCK m. 301 uygulamasında sıkça karşılaşılabilecek bir şahsi cezasızlık sebebine değinmek gerekecektir. Bahsedeceğimiz şahsi cezasızlık sebebi TCK'nın kendisinden değil, Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Anayasanın 83. maddesinde yer alan “yasama dokunulmazlığı” hükmü uyarınca “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”. Gerçekten de milletvekillerinin açıklama yaparken kendisini TCK 301'in tehdidi altında hissetmesi kabul edilemeyecektir. İşin doğası gereği politik eleştirinin, özellikle de Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine yönelik eleştirinin en fazla yapıldığı yer Meclistir. Milletvekili bu hüküm sayesinde 301. maddeyi ihlal etme korkusu duymadan faaliyetini yerine getirmeye devam edebilecektir<sup>55</sup>.

## VII. İZİN ŞARTI

TCK 301'de yer alan suçun incelenmesi açısından ayrıca bu özel başlığın da açılması gerekmektedir. Zira kanunun 4. fıkrasında özel bir izin prosedürü öngörülmüş bulunmaktadır. TCK 301/4 uyarınca “Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır” hükmü getirilmiştir. Bir anlamda Cumhuriyet Savcılarının bir ceza soruşturmasında başlamadan önce ilk olarak Adalet Bakanını ikna etmesi gerekmektedir. Bu durumun özgün başka bir yönü ise bakanın izninin gerekçesiz bir takdire dayanması ve buna karşı herhangi bir kanunyolunun öngörülmemiş olmasıdır. 2011 tarihli Yargıtay kararında da bu iznin “esasta bir usul hükmü olmakla birlikte aynı zamanda... sonuçları bakımından bir maddi ceza hükmü” niteliğinde olduğu belirtilmiştir<sup>56</sup>.

Bu şarta ilişkin “Anayasaya aykırılık” iddiasına karşın Anayasa Mahkemesinin 2009 yılında verdiği karara da değinmek gerekmektedir. Aykırılık iddiası yürütme erkine verilen yargı yetkisinin Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğuna dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi 2009/38 E. sayılı kararında şu kanaate varmıştır. “İtiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet

<sup>53</sup> 9. CD, 6349/6288, 29.11.19954; aynı yönde bkz. Parlar, **a.g.e.**, s.4084; “...aşığılama içeren değişik yazıların yayımlandığı sayı ve nüshalar bağımsız birer suç oluşturur”.

<sup>54</sup> 9. CD, 3052/1027, 22.2.1999; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8343.

<sup>55</sup> Sancar, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>56</sup> 8. CD, 7987/10479, 05.10.2011; Malkoç, **a.g.e.**, s. 4781.



Bakan'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır"<sup>57</sup>.

## VIII. YAPTIRIM

30.04.2008 tarihli 5759 sayılı Kanun değişikliğiyle beraber suçun yaptırımında da indirimle gidilmiştir. Zira 2008 öncesinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülen suçun cezası bugün itibariyle altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiş bulunmaktadır. TCK 301'de öngörülen yaptırımı Kara Avrupası hukukundaki benzer örnekleriyle karşılaştırmak gerekirse Almanya'da bir yıldan üç yıla (ACK m. 90), İtalya'da altı aydan üç yıla (İCK m. 290), İspanya'da ise iki aya kadar hapis cezası (İsCK m. 543) uygulandığı görülebilmektedir<sup>58</sup>.

## KAYNAKÇA

- Akçin, İhsan: **Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları (2005-2012)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Arslan, Zühtü: **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Cantekin Matbaası, 2003.
- Beydoğan, Ayhan: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Cantekin Matbaası, 2003.
- Derdiman, R. Cengiz: "Türk Ceza Kanununun 301. Maddesindeki Değişikliğin Hukuki ve Siyasi Sonuçları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 9, Nisan 2009.
- Gündüz, Bülent Turhan: "301. Madde Bağımlılığı", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2007/1.
- Höpfel, Frank; Eckart Ratz: **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, C. IV, 2. bs., Wien, Manzsche Verlags- und Universitatsbuchhandlung, 2009.
- Korkut, Levent: "İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2007/1.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Ruth Rissing-van Sann, Klaus Tiedemann: **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, C. IV., 12. bs., Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2007.
- Malkoç, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. IV, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013.

<sup>57</sup> AYM, E. 2009/38 , K. 2009/70 , T. 3.6.2009, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 18.6.2013.

<sup>58</sup> Nezahat Yuca, **Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve AB Uygulamaları**, Ankara, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, 2008, s. 3-7.

- Özar, Süleyman: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin A. Taner Akçam v. Türkiye Kararı Işığında Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesini Yeniden Düşünmek”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 70, Sayı: 2012/3.
- Özek, Çetin: **Devlete Karşı Suçlar**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Parlar, Ali; Muzaffer Hatipoğlu: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. IV, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Sancar, Türkan Yalçın: **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Ankara, Seçkin Matbaacılık, 2004.
- Şen, Ersan: “Türk Ceza Kanunu Madde 301”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007.
- Trager, Robert; Donna L. Dickerson: **Yirmibirinci Yüzyılda İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdusev, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Cantekin Matbaası, 2003.
- Yalvaç, Gürsel: **Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Yaşar, Osman; Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. VI, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Yuca, Nezahat: **Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve AB Uygulamaları**, Ankara, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, 2008.