

ISSN: 3023-722X

GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARALIK 2023

SAYI: 1

GAÜN-HFD





GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ ("GAÜN-HFD")	
YAYIN ADI	
YAYIN BİLGİLERİ	Yıl: 2023, Ay: Aralık, Sayı: 1.
YAYIN SAHİBİ	Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğü
YAYIN SAHİBİ TEMSİLCİSİ	Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
YAYIN İDARE MERKEZİ	Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İDARE MERKEZİ ADRES	Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Üniversite Bulvarı 27310 Şehitkamil / GAZİANTEP
İDARE MERKEZİ TELEFON	0342 360 1200 Dâhili: 3101
İDARE MERKEZİ E-POSTA	hukukfakultesi@gantep.edu.tr
YAYIN E-POSTA ADRESİ	gaunhfd@gantep.edu.tr
YAYIN DİLİ	Türkçe ve İngilizce
YAYIN TÜRÜ	Hakemli Ulusal Akademik Dergi
YAYINLANMA BİÇİMİ	Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır.
BASIM TARİHİ/YERİ	Aralık 2023 / GAZİANTEP
ISSN	3023-722X
DERGİ HAKKINDA	GAÜN-HFD yılda iki kez yayınlanan (Aralık, Haziran), hakemli bir ulusal akademik dergidir. GAÜN-HFD’de, hukukun her bir alanından yazılar ve hukuk alanıyla ilgili konularda hazırlanan disiplinler arası nitelikteki özgün ve bilimsel çalışmalar yayın için kabul edilmekte olup ayrıca; makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemesi türlerindeki eserlere yer verilmektedir. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir.
DERGİ AMAÇ VE KAPSAM	GAÜN-HFD; teorik ve pratik açılarından ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlayacak, hukukun her alanındaki gelişmeleri destekleyecek çalışmaların merkezi olmayı, özgün ve bilimsel eserleri hukuk alanının tüm paydaşlarıyla buluşturarak faydalı ve verimli bir ekosistem oluşturmayı amaçlamaktadır.

GAÜN-HFD KURULLARI

EDİTÖR KURULU

Editör/Sorumlu Müdür
Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ZORLU
Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Muhammed Ali AKAY

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Esra SİVEREKLİ (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan V.)
Prof. Dr. Emine KOBAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tayfun ERCAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Lider BAL (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Esra SİVEREKLİ (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan V.)
Prof. Dr. Emine KOBAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fatih BİRTEK (Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tayfun ERCAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Özgür ALTINBAŞ (Gaziantep Üniversitesi Sağlık Hizmetleri MYO)
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Emir KAYA (Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ercan YAŞAR (Erzincan Binali Yıldırım Üni. Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Tanju SARIGÜL (Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA (Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

GAÜN-HFD 1. SAYI HAKEM HEYETİ

Prof. Dr. Ömer KORKUT	(Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	(Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Özgür ALTINBAŞ	(Gaziantep Üniversitesi Sağlık Hizmetleri MYO)
Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tayfun ERCAN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ercan YAŞAR	(Erzincan Binali Yıldırım Üni. Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA	(Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN	(Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İÇİNDEKİLER

Sayfa

Yaşar Alper DEMİR

Hükümlüler ile Tutukluların Açlık Grevi ve Ölüm Orucu Bağlamında Tedaviyi
Ret Hakkı **1-25**

Zeynep Büşra KORKMAZ

Türk Ceza Hukukunda Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu **27-51**

Meliha TOPRAKÇI

Sağlık Çalışanlarının Garantörsel Sorumluluğu ve Mücbir Sebepler **53-70**

Volkan YETİŞTİRİCİ

Tutuklamanın Maddi Şartları **71-99**

Gökhan CİNDEMİR

2015/848 Sayılı Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü **101-117**

Şeyda GÜLNAR & Yalçın GÖRMEZ

İş Sözleşmesinin Unsurları, Özellikleri, Doğan Borçlar ve Sona Ermesi **119-134**

CONTENTS

	Page
Yaşar Alper DEMİR	
Right to Reject Treatment within the Context of Hunger Strike and Death Fasting by Convicts and Detainees	1-25
Zeynep Büşra KORKMAZ	
Sexual Assault Crime Against a Spouse in Turkish Criminal Law	27-51
Meliha TOPRAKÇI	
Guarantor Liability of Healthcare Workers and Force Majeure	53-70
Volkan YETİŞTİRİCİ	
Material Conditions of Arrest	71-99
Gökhan CİNDEMİR	
EU Regulation Numbered 2015/848 on Insolvency Proceedings	101-117
Şeyda GÜLNAR & Yalçın GÖRMEZ	
Elements, Characteristics, Obligations and Termination of Labor Contract	119-134

HÜKÜMLÜLER İLE TUTUKLULARIN AÇLIK GREVİ VE ÖLÜM ORUCU BAĞLAMINDA TEDAVİYİ RET HAKKI*

Yaşar Alper Demir **

Öz

Hükümlüler ile tutukluların açlık grevi ve ölüm orucu bağlamında tedaviyi ret hakkını anlattığımız işbu çalışmada öncelikle tutuklu, hükümlü, açlık grevi ve ölüm orucu kavramları ile bu kavramların aktif-pasif ötenaziden farkı ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Akabinde açlık grevi ile ölüm orucunun tarihçesine değinilmiştir. Daha sonra ise açlık grevi/ölüm orucu sırasında tedaviyi ret hakkının kullanılması meselesi hükümlüler ile tutukluların bilincinin yerinde olduğu ve olmadığı iki döneme ayrılarak irdelenmiştir. Konuya ilişkin olarak öğretilerde yer alan ve meslek örgütlerince ifade edilen farklı görüşler ortaya konulmuş ve bu görüşlerin değerlendirmesi yapılmıştır. Söz konusu bu görüşler, dört farklı şekilde tasnif edilmiştir. Bunları tedaviyi ret hakkının mutlak olarak olmadığı, mutlak olarak var olduğu, evrelerdeki iradeye göre hareket edilmesi ile takdir hakkının hekimlere bırakılması gerekeceği yönünde sıralayabiliriz.

Anahtar Kelimeler: Açlık Grevi, Ölüm Orucu, Tedaviyi Ret Hakkı, Beslenmeyi Ret Hakkı, Tıbbi Müdahalede Rıza.

RIGHT TO REJECT TREATMENT WITHIN THE CONTEXT OF HUNGER STRIKE AND DEATH FASTING BY CONVICTS AND DETAINEES

Abstract

In this study, in which we describe the right of convicts and detainees to refuse treatment in the context of hunger strike and death fasting, first of all, the concepts of hunger strike and death fasting and their difference from active-passive euthanasia are tried to be revealed. Subsequently, the history of hunger strike and death fasting is mentioned. Afterwards, the issue of exercising the right to refuse treatment during the hunger strike/death fasting was analyzed by dividing into two periods when convicts and detainees were conscious or not. Different views on the subject, which are included in the doctrine and expressed by professional organizations, have been put forward and these views have been evaluated. These views were classified in four different ways. We can list these in the way that the right to refuse treatment is not absolute, it exists absolutely, it is necessary to act according to the will in the stages, and the discretion should be left to the physicians.

Keywords: Hunger Strike, Death Fasting, Right to Reject Treatment, Right to Refuse Nutrition, Consent in Medical Intervention.

* Makalenin Gönderim Tarihi : 10.10.2023

Makalenin Kabul Tarihi : 27.10.2023

** Doktora Öğrencisi, e-posta: yasaralperdemir1@hotmail.com ORCID ID: 0000-0001-7600-0582.

GİRİŞ

Açlık grevi ve ölüm orucu, bir eylem biçimi olarak eskiden beri genellikle hükümlüler ile tutuklular tarafından kullanılmaktadır.¹ Pek çok haksızlık türüne karşı girişilebilen bu eylemler, genellikle siyasi otoritelerin kendilerine haksızlık yaptığından bahisle bir protesto ve karşılık verme düşüncesi üzerine sergilenmektedir.² İdarenin bu türlü eylemde bulunan kişilere karşı tavırları farklılıklar göstermekte olup özellikle bazı dönemlerde oldukça sert müdahalelerde bulunulmuştur.³

Açlık grevi ile ölüm orucunun, hükümlü ve tutukluların gerek sağlıklarının devlet kontrolü altında olması gerekse de kamuoyunun dikkatini en çok çekebilecek grupta olmaları nedeniyle kullandıkları etkili bir yöntem olduğunu söyleyebiliriz. Açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerinin nihai hedefi, bu eylemlere girişilmesine neden olunan tutum ve davranışların ortadan kaldırılmasıdır. O halde bu eylemleri sergileyenlerin sonucunda karşılaşacakları iki durum bulunmaktadır: Ya eylemleri başarıya ulaşacak ve böylelikle eylemleri de son bulmuş olacak ya da eylemlerinin hedefinin gerçekleştiğini göremeden yaşamları beslenmemeye bağlı olarak son bulacaktır. Aslında yaşamlarının son bulması da esasında hedeflerini gerçekleştirmede bir basamak olarak görülüp kendilerinden sonra değiştirilmesi istenen tutum ve davranışların gerçekleşmesi, eylemlerin başarılı olduğu sonucuna bizleri götürebilir. Fakat biz bu çalışmada söz konusu eylemlerin başarılı olup olmamasından ziyade bu eylemler sırasında dışarıdan bir etkiyle (ki bu etki çoğu zaman devlet iradesidir) bireylerin zorla

¹ Seren Demirdöven, “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020, 85, Bilal Kılıç, “*Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu*”, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, 142, Süleyman Özer, “*Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi*”, *TBB Dergisi*, 154, (2021), 2, Muhammet Burak Ülkü, “*AIHS’in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri*”, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Haziran 2018, 328, Ömer Ömeroğlu, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu*”, *EÜHFD*, 3-4, (2011), 83. “*Özellikle, hükümlüler açısından hapis cezaları bedenini belli bir yere kapatılması suretiyle uygulandığından, hükümlülerin protesto ve direniş biçimleri de temelde beden üzerinden gelişmekte, insan bedeni bir “araç veya aracı” hâline getirilerek direnebilme, insan bedeni bir tebliğe, protestonun ya da taleplerin göstergesine çevrilebilme, talepler bu şekilde dile getirilebilmektedir.*” Recep Doğan, “*Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AIHM Yaklaşımı*”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2021), 205.

² Doğan, “*Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AIHM Yaklaşımı*”, 201, Demirdöven, “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” 85, Murat Sevinç, “*Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri*”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57-1, (2002), 113. Özellikle 12 Eylül döneminde cezaevlerinde tutulan açlık grevleri, bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. Berçem Dilek Osmanoğulları, “*Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri*”, Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017, 69. Siyasi saikle yapılmayan açlık grevinin ilk örneklerinin çok eski tarihlerde Uzak Doğu ülkelerinde gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bedia Boran, “*Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım*”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3, (2007), 96.

³ Bu duruma örnek olarak Türkiye’de 2000 yılında 20 farklı cezaevinde ölüm orucu tutanlara karşı gerçekleştirilen “Hayata Dönüş” operasyonları verilebilir. Söz konusu müdahalenin politik yönden değerlendirilmesi için bkz: Arzu Altundış, “*Medyanın Dili, Madunun Temsili ve Biyopolitika: 2000 Ölüm Orucu Üzerine Bir İnceleme*”, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019. Sosyolojik açıdan yaklaşım içinse bkz: Osmanoğulları, “*Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri*”.

beslenme ya da geniş anlamda tedavi edilme olanaklarının hukuken bulunup bulunmadığı üzerinde duracağız.

Açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerine başlayan bireylerin ilk evrede bilinci ve karar verme yeteneği, diğer bireylerden bir farklılık arz etmemektedir. Dolayısıyla bu evrede bireylerin eylemlerini sürdürme iradesi net olarak anlaşılabilir. Hatta bu evredeyken ileride bilincinin kapanıp karar verme yeteneğinin olmadığı evrede kendisine yönelik tedavi yöntemlerine başvurulup başvurulamayacağına yönelik iradesi de öğrenilebilir. Fakat bu iradenin o evredeyken dikkate alınıp alınmayacağı ise bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca ilk evre sırasında tedaviyi ret hakkının olup olmadığı da irdelenmesi gereken bir konudur.

İkinci evre olarak nitelendirdiğimiz bireylerin bilincinin kapalı olup karar verme yeteneğinin olmadığı evrede nasıl hareket edilmesi gerekeceği, ilk evredeyken bu evreye ilişkin bir irade açıklamasının olmadığı durumlarda çözülmesi gereken bir başka meseledir. Hatta çoğu vakada bireylerin ilk evredeki iradelerinin dahi net olarak öğrenilememesi vakidir.

Tüm bu meselelerin çözümü, bu alanda çalışan sağlıkçıların ve hukukçuların görüşleri ekseninde ve mevzuatta yer alan düzenlemeler çerçevesinde çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Konunun yaşam hakkı ve ifade özgürlüğü olmak üzere iki temel insan hakkının çatışmasına sahne olması da önemini bizlere göstermektedir.

1. Kavramsal Çerçeve ve Tarihçe

1.1. Açlık Grevi ve Ölüm Orucu Kavramları

1.1.1. Açlık Grevi

Açlık grevi, bir kimseye karşı belirli bir davranışın gerçekleştirilmesini sağlamak üzere girişilen ve belirli bir süre hayatta kalmayı temin edecek şeker, tuz ve su gibi temel besinler⁴ hariç olmak üzere beslenmeme şeklindeki bir ifade biçimidir.⁵ İdare üzerinde bir kamuoyu baskısı oluşturulması sağlanmaktadır.⁶ 1991 tarihli Dünya Tabipler Birliği'nin (DTB)

⁴ Yaşamı idame ettirebilme gayesiyle hangi besinden ne kadar alınması gerekeceğine ilişkin açıklamalar için bkz: Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Kasım 2012, 7.

⁵ Daha geniş bir tanım olarak şu verilebilir; "Açlık Grevi; belli bir hedefe ulaşmak, herhangi bir davranışı uygulamayı veya olayı protesto etmek, bazı talepleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek, bir görüşe taraftar kazandırmak, kamuoyu yaratmak düşüncesiyle kişinin tek başına veya bir grupla birlikte, vücudun ihtiyaç duyduğu besini almama, bazı durumlarda ise besin ve sıvı almama şeklinde aç kalma eylemi" olarak tanımlanmaktadır. Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96. En önemli unsur ise bu davranışın iradi olmasıdır. Ömeroğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", 84. "Açlık grevcisi ise, (...) kendi sağlığı hakkında karar verme melekesi yerinde olan kişidir." Özer, "Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi", 3. Açlık grevinin türlerine ilişkin açıklamalar için bkz: Ahmet Taşkın, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi", *TBB Dergisi*, 62, (2006), 237-240, Demirdöven, "Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)" 86-88. Söz konusu bu ayrımlar, konumuz açısından bir ehemmiyet arz etmemektedir.

⁶ Demirdöven, "Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)" 85, Ülkü, "AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri", 325.

yayımlanmış olduğu Malta Bildirgesi'nde açlık grevi, “*zihinsel olarak ehliyetli ve kendi iradesiyle açlık grevine karar vermiş kimsenin belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddetmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.⁷ Açlık grevinde bulunan şahıslara doğrudan etki eden bir haksızlığın bulunması da şart değildir.⁸

Genel tanım bu olmakla birlikte açlık grevinin genel olarak siyasi otoritelere karşı bir yasanın çıkarılması yahut da haksız bir uygulamanın sona erdirilmesi için gerçekleştirilen tehlikeli ve bir o kadar da etkili bir eylem biçimi olduğunu ifade edebiliriz.⁹

1.1.2. Ölüm Orucu

Ölüm orucu kavramı, açlık greviden farklı olarak hiçbir gıda alınmayıp sadece eylemin süresini uzatmak üzere su ve B vitamini gibi yaşamsal faaliyetlerin devamı için gerekli maddelerin sağlanması eylemidir.¹⁰ Genellikle bu tarz eylemler önce açlık grevi şeklinde başlarken siyasi otoritenin tepkisizliği ya da protesto edilen davranışın ehemmiyeti karşısında ölüm orucuna dönüşmektedir.¹¹ Direk olarak ölüm orucuna başlanıldığı örnekler de mevcuttur.¹²

⁷ Hem DTB hem de Türk Tabipler Birliği (TTB) tarafından bu yolun genellikle hükümlü ve tutukluların son çare olarak başvurdukları bir yöntem olduğuna dikkat çekilmektedir. Türk Tabipler Birliği, ‘*Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme*, Erişim 21.04.2022 https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=d21095e8-d28f-11ea-be10-6c152474dcf3, Özer, “*Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi*”, 3, Ülkü, “*AIHS’in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri*”, 325. Aynı yöndeki tanım için bkz: Ömeroğlu, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu*”, 84.

⁸ Taşkın, “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi*”, 235. Başkalarına yapılan haksızlıkları protesto etmek için de açlık grevi gerçekleştirildiği vakidir. Demirdöven, “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” 86.

⁹ Zira pek çok açlık grevi vücutta kalıcı hasarla veya ölümle sonuçlanmaktadır. Taşkın, “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi*”, 238, Demirdöven, “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” 86. Yakın zamanda başarıya ulaşmış bir açlık grevi örneği olarak 2016 yılında “*Savaşan Tutsaklar Ağı*” ve “*Ateş Hücreleri İttifakı*” adı verilen grupların Yunanistan hapishanelerindeki 48 günü bulan açlık grevleri verilebilir. Osmanoğulları, “*Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri*”, 63.

¹⁰ Bazı tanımlarda ise ölüm orucu, hiçbir besinin alınmaması olarak ifade edilmektedir. Taşkın, “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi*”, 239. Ömeroğlu, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu*”, 84. Demirdöven, “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” 88, Sevinç, “*Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri*”, 113. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında açlık grevi ifadesi, ölüm orucunu da kapsayacak şekilde tarafımızca geniş anlamda kullanılmıştır. Aynı şekilde kullanım için bkz: Demirdöven, “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” 84. Bizim gerekçemizden farklı olarak ölüm orucu kavramının ilahi bir kavramı çağrıştırması nedeniyle üst kavram olan açlık grevinin kullanılması gerektiği yönündeki görüş için bkz: Taşkın, “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi*”, 240. Öğretide yer alan başka bir görüşe göre de kavramın oruç kısmı yeme-içmeden kesilme anlamında doğru kullanılmış olmakla birlikte ölüm kelimesinin kavrama müdahalede bulunulması yönünde olumsuz tesir edebileceğine işaret edilmiştir. Özer, “*Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi*”, 3.

¹¹ Taşkın, “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi*”, 239. 1970’li yıllardaki genel seyir bu yönde olmuştur. Sevinç, “*Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri*”, 115.

¹² Özer, “*Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi*”, 3.

1.1.3. Açlık Grevi ve Ölüm Orucu ile Aktif ve Pasif Ötenazinin Farkı

Pasif ötenazide kişi yaşamının sona ermesini istemekte ve bu isteği aktif bir şekilde öldürülme yerine pasif yani eylemsizlik sonucu (tedavi edilmeyerek¹³) gerçekleştirilmektedir.¹⁴ Pasif ötenazinin daha çok yaşam hakkı ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde tartışılması gerekmektedir.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde değişiklik öngören tasarılar¹⁵ ötenazi müstakil bir suç tipi olarak kabul edildiyse de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ötenazi hakkında düzenlemelere yer verilmemiştir.

Aktif ötenazi, Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçuna, tedavinin durdurulması suretiyle gerçekleşen pasif ötenaziye bağlı ölümler ise aynı kanunun 83. maddesinde yer verilen ihmal suretiyle kasten öldürme suçuna vücut vermektedir.¹⁶ Mevzuatımızda ve öğretide aktif ötenazi hiçbir şekilde kabul edilmemekte olup Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesiyle de açık bir biçimde yasaklanmıştır. Hastanın bizzat aktif ötenazi talebinin yerine getirilmesi hususunda ısrarı dahi olsa bu istek hiçbir surette yerine getirilemez.¹⁷ Ancak pasif ötenazinin bazı durumlarda hastanın tedaviyi ret hakkı çerçevesinde değerlendirilebileceği yönünde görüşler vardır.¹⁸

Açlık grevinde ise pasif ötenaziden farklı olarak kişiler ölmeyi istememekte tam tersi ölmeleri riskini ortaya koyarak gerçekleşmesini istedikleri şeyin gerçekleşmesini arzulamaktadırlar.¹⁹ Açlık grevi sonucu istenilen davranış yerine getirildiğinde kişiler bu

¹³ Tedaviye hiç başlanılamayacağı gibi devam eden bir tedavinin durdurulması şeklinde de olabilir. Zafer Adem Gencer, "Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu", Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Nisan 2014, 79. Necati Sümer, "Dinlerin İntihar Olgusuna Bakışı", Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015, 4. Ayrıca beslenmenin reddi de tedavinin reddi kavramında dâhil edilmektedir.

¹⁴ "Pasif ötenazi, 'hayat desteğini sağlayan ilaç ve araçları kesmek veya bunları almamak ya da tedaviyi kabul etmeme' suretiyle gerçekleştirilen ötenazi türüdür." Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 18. Aktif ötenaziye oranla pasif ötenazi, bu alanda çalışanlar yazarlar tarafından daha çok taraftar toplamaktadır. Doğan, "Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", 206, Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 19.

¹⁵ 1997 yılında hazırlanan söz konusu tasarı yasalaşmamıştır: "İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuru ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Söz konusu tasarıya ilişkin olarak bkz: Özlem Yenener Çakmut, "Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", *Legal*, (2003), 152, Özge Demirörs, Sevinç Arslan Hızal, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi", *AÜHFD*, 65/4 (2016): 1496.

¹⁶ Muharrem Özen ve Meral Ekici Şahin, "Ötenazi", *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (2010), 29, Demirörs, Hızal, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi", 1496.

¹⁷ Özen ve Şahin, "Ötenazi", 30.

¹⁸ Hakan Hakeri, *Tip Hukuku*, 25. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.

¹⁹ Gencer, "Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu", 103, Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 142, Demirdöven, "Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)" 86, Doğan, "Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", 196, Taşkın, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi", 236. Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 113. "Açlık grevlerinin amacı, intihar ve ötenaziden farklı olarak ölmek değil, daha iyi bir yaşam için gerekli olduğuna inandığı taleplerin kabul edilmesini sağlamaktır." Türk Tabipler Birliği, 'Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri' Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme.

eylemlerini sona erdirmektedirler. Bu yüzden açlık grevi daha çok ifade özgürlüğü kavramı ile ilişkilidir.

1.2. Açlık Grevi ve Ölüm Orucunun Tarihçesi

Açlık grevinin kökeni çok eskilere dayanmakta olup tam olarak ne zaman başladığına dair bir ittifak yoktur.²⁰ İlk ünlü açlık grevi, Roma İmparatoru Tiberius'un samimi arkadaşı olan avukat Nerva'nın imparatorlukta işkence ve cinayet uygulamalarına tepki göstermek, vahşete daha fazla tanıklık etmemek için Tiberius'a karşı protesto amacıyla başlatılmış ve ölümle sonuçlanmıştır.²¹ Açlık grevi, Çarlık Rusyası döneminde de siyasi saiklerle sık başvurulmuş bir protesto biçimidir.²²

20. yüzyıl başlarında açlık grevlerinin en çok ses getirdiği hadise ise Suffragist (Süfrajist) Hareketi mensuplarının başlatmış oldukları açlık grevidir.²³ İlk olarak 1909 yılında İngiltere'de kadınlara seçimlerde oy hakkı tanınması için hareketin mensuplarınca başlatılan protestolar sonucu içeriye atılan kadın protestocular, kendilerinin adli suçlu olarak görülmesini kabul etmeyerek açlık grevine başlamışlardır.²⁴ Hükümet tarafından açlık grevlerinin bastırılması için eylemcileri ikna, tehdit, iştah açıcı yemekleri yemeyi özendirme gibi yöntemler²⁵ etkili olmayınca hortumla zorla et suyu ve süt akıtılması gibi önlemler alınmıştır.²⁶

Açlık greviden yıldırma çabaları olumsuz kalınca 1913 yılında İngiltere'de çıkarılan bir yasayla açlık grevi yüzünden komaya girmek üzere olan mahkûmların iyileşinceye kadar tahliye edilmeleri öngörülmüştür.²⁷ Fakat tahliye edilip sağlığına kavuşan mahkûmların tekrar

²⁰ Ata Soyer, "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar", *Türk Tabipler Birliği Toplum ve Hekim Dergisi*, 6, (Aralık 2000), 405.

²¹ Ömeroğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", 85. Soyer, "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar", 405. Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96.

²² Ömeroğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", 85, Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 82, Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96, Ülkü, "AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri", 326-237. Öğretide bu örnekler, ilk siyasi saikli açlık grevi olarak tanımlanmıştır. Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 113, Özer, "Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi", 4.

²³ Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 141, Özer, "Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi", 4. Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 114. Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96, Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 82.

²⁴ Ömeroğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", 85, Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 82, Ülkü, "AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri", 327, Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 142.

²⁵ Örneğin lezzetli yemekler mahkûmların önüne getirilerek dirençleri kırılmaya çalışılmıştır. Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 114.

²⁶ Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 114, Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 142, Ülkü, "AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri", 327, Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96.

²⁷ Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 114. Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96.

cezaevinde aynı eylemlere devam etmeleri üzerine 1918 yılında çıkarılan bir yasayla kadınlara oy hakkı tanınarak eylemler sona erdirilebilmiştir.²⁸ Böylelikle tutulan açlık grevleri sonucu nihai hedefe ulaşılmıştır.²⁹

20. yüzyılda yine çok önemli olarak addedilebilecek açlık grevi vakası avukat Mohandas Karamchand Gandhi'nin Hindistan'da iç savaşın bitirilmesi için tutmuş olduğu ve sonunda geçici de olsa barışı sağlamayı başaran ölüm orucudur.³⁰ Söz konusu bu hadise popüler kültürü de etkilemiş olup 1982 yapımı Gandhi'nin hayatını konu alan filmde öne çıkan hadisenin Gandhi'nin tutmuş olduğu ölüm oruçları olduğunu söyleyebiliriz.

21. yüzyıla geldiğimizde ülkemizden örnek olarak³¹ da bir başka hukukçu olan Avukat Behiç Aşçı'nın cezaevi koşullarının iyileştirilmesi için 5 Nisan 2006'da Avukatlar Gününde başladığı ve 293 gün süren açlık grevi eylemini verebiliriz.³² Aşçı tarafından gerçekleştirilen açlık grevi, Adalet Bakanlığı'nın F Tipi Cezaevlerinin Koşullarının İyileştirilmesi için bir genelde çıkarması üzerine başarıyla son bulmuştur.³³

1.3. Hükümlü ve Tutuklu Kavramları

1.3.1. Hükümlü

Hükümlü kavramının ceza mevzuatında ayrıca bir tanımı yer almayıp çeşitli mevzuat hükümlerinden ve öğretideki görüşlerden³⁴ çıkarıldığı üzere hükümlü, hakkında ceza hükmü verilen kişiyi ifade etmektedir. İnfaz rejimine göre hükümlülerin hürriyeti bağlayıcı cezalarını

²⁸ Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu", 142, Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 82-83.

²⁹ Bu olay neticesinde İngiltere'de açlık grevi eylemcilerine müdahale edilmemesi anlayışının kabul edildiği düşünülmemelidir. 1974 yılına kadar gelindiğinde halen İngiltere'de açlık grevinde bulunanlara karşı zorla beslendirme anlayışı devam etmiştir. En son 1974 yılında İngiltere'de açlık grevi eylemcisi olan mahkûmlara zorla beslenme uygulamasına açılan davalar, İngiliz İçişleri Bakanı'nın radikal yaklaşımı ve İngiliz Tabipler Birliğinin tutumu karşısında zorla beslenme uygulamalarına son verilmiştir. Konunun tarihsel gelişim süreci için bkz: Soyer, "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar", 405-408.

³⁰ Gencer, "Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu", 103. Özer, "Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi", 4. Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", 114. Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96. Çalışmamızda her ne kadar ölüm orucunu kapsar şekilde açlık grevi tabiri kullanılsa da Gandhi'nin eyleminin ehemmiyeti gereği ölüm orucu tuttuğu vurgulanmıştır.

³¹ Türkiye'de bu eylemin hükümlü ve tutuklular tarafından kullanımı ilk kez 1950 yılında Bursa Cezaevinde şair Nazım Hikmet'in açlık grevi eylemiyle başlamıştır. Özer, "Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi", 5, Demirdöven, "Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)" 88. 1980-2000 arası Türkiye'deki hükümlü ve tutukluların açlık grevi tarihçesi için bkz: Soyer, "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar", 411-412.

³² Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", 96, Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 78.

³³ Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 78. Günümüze daha yakın tarihli açlık grevi örnekleri için bkz: Osmanoğulları, "Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri", 80-82.

³⁴ Bu görüşlerden bir örnek olarak bkz: "Mahkeme hükmüyle suçluluğu tespit edilmiş olan kişinin, sanık sıfatı ortadan kalkar ve artık bu kişi, hükümlü (mahkûm) sıfatını alır." Erdal Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımlar ve İnfazı*, 1. Baskı, Ankara: Adalet, 2021, 36.

infaz kurumları dışarısında çekmeleri de mümkün olup bu husus söz konusu kişilerin hükümlülük sıfatını değiştirmeyecektir.³⁵

1.3.2. Tutuklu

Tutuklu kavramı da tıpkı hükümlü kavramında olduğu gibi mevzuatımızda net tanımı yapılan bir kavram değildir. Tutuklu kavramı için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu`nda (CMK) yer alan kořullarından³⁶ ve öğretilerdeki görüşlerden³⁷ çıkardığımız üzere hâkim kararıyla ceza muhakemesi sürecinde şüpheli ve sanıkların kanunda yer alan amaçları gerçekleştirmek için yine kanunda yer alan koşullar doğrultusunda hürriyetlerinin kısıtlanması sonucu kazandıkları sıfat şeklinde bir tanım verilebilir.

Konumuz açısından her iki kavramın da bir farklılığı bulunmamaktadır zira bu çalışmada açlık grevinde bulunan kişilerden hem tutukevi hem de cezaevinde bulunan kişilerin tedaviyi ret hakkı incelenmektedir.

1.4. Açlık Grevi ve Ölüm Orucu Sırasında Tutuklu ve Hükümlülerin Tedaviyi Ret Hakkını Kullanmasının Genel Esasları

Açlık grevi sırasında kişilerin tedaviyi ret hakkının kullanılması konusunda ulusal ve uluslararası pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelere göre hakkın var olup olmadığı ve kullanımını hususunu kişinin bilincinin yerinde olup karar verme yeterliliğine sahip olduğu evre ile bilincinin kapanıp karar verme yeterliliğinin bulunmadığı ve hayati risk taşıdığı evre olmak üzere ikiye ayırıp incelemek gerekmektedir.

³⁵ İşbu çalışmamızda ve bu alandaki eserlerde esas olarak hükümlülerin ceza infaz kurumlarında yani idarenin gözetimi altında buldukları sıradaki tedaviyi ret hakkı ele alınmaktadır. Pek tabi ki ceza infaz kurumu dışarısında bulunan hükümlülerin de açlık grevinde ya da ölüm orucunda bulunmaları ihtimal dâhilindedir. Ancak bu kişilere yapılacak olan müdahalenin hükümlü olmayan kişilere yapılabilecek olan müdahalelerden bir farkın olmadığı açıktır. Esasında burada irdelenen nokta, beslenmeleri ve tedavileri tamamıyla idarenin yani devletin kontrolünde bulunan kişilerin düzenli beslenme de dâhil olmak üzere tedaviyi ret hakkını kullanmasıdır.

³⁶ “İKİNCİ BÖLÜM

Tutuklama

Tutuklama nedenleri

Madde 100 – (1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. (...)

³⁷ “Ceza muhakemesinde en önemli koruma tedbirlerinden olan tutuklama, bir yargıç kararıyla Anayasada ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle bir kişinin (sanık veya şüphelinin) henüz suçluluğu hakkında kesin karar verilmesinden önce özgürlüğünün geçici olarak kaldırılmasıdır.” Mehmet Reşat Koparan, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, *TBB Dergisi*, 65, (2006), 154. “Tutuklama, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi olan kişinin özgürlüğünün hakim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır.” Mustafa Tarık şentuna, “Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol”, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022. “Ceza muhakemesinde en önemli koruma tedbirlerinden olan tutuklama, bir hakim ya da mahkeme kararıyla Anayasada ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle bir kişinin (sanık veya şüphelinin) henüz suçluluğu hakkında kesin karar verilmesinden önce özgürlüğünün geçici olarak kaldırılmasıdır.” Özlem Öğütçü, “Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama”, 1.Baskı, Ankara: Seçkin, Haziran 2019.

2. Hükümlü ve Tutukluların Bilincinin Yerinde ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olduğu Evrede Açlık Grevi ile Ölüm Orucu Sırasında Tedaviyi Ret Hakkı

2.1. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunda Yer Alan Düzenleme

Hükümlüler ve tutukluların açlık grevi tutmalarıyla ilgili düzenlemeler kanun düzeyinde temel infaz kanunumuz olan 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (CGİK) yer almaktadır. Hükümlülerin açlık grevi eylemine başlamaları halinde tedaviyi ret hakkının olup olmadığı 82. maddede düzenlenmiştir. Hükümlülerin bilincinin yerinde ve karar verme yeterliliğine sahip olduğu evrede bu hakkın kullanımı 82. maddenin ilk fıkrasına aşağıdaki şekilde yer almaktadır;

“Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi

Madde 82- (1) *Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psikososyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.”*

Maddenin kenar başlığının hükümlülerin kendisine verilen içecek ve yiyecekleri reddetmesi olduğunu görmekteyiz. İçeriğine baktığımızda da açlık grevi yahut ölüm orucu ibarelerinin yer almaması dikkat çekmektedir. Madde metninde geçen *“hangi nedenle olursa olsun”* ibaresinden de düzenlemenin sadece açlık grevini kapsamadığı ve hükümlülerin başka nedenlerle de beslenmeyi reddetmesi üzerinde durulduğu görülmektedir.³⁸

Madde kenar başlığı ile metni incelendiğinde tedaviyi ret hakkından çok beslenmenin ret hakkından bahsedildiği görülmektedir. Fakat konumuzun açlık grevinde bulunanların tedaviyi ret hakkı olması ve bu eylem nedeniyle kişilerin sağlıklarının bozulmasının da beslenmemeleri yoluyla gerçekleştiği göz önüne alınırsa buradaki beslenmeyi ret hakkının tedaviyi ret hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerekeceği kanaatindeyiz.

Açlık grevine başlayan hükümlülere yönelik ilk olarak ceza infaz kurumu hekimince sürekli olarak beslenmeme ve bu beslenmeme nedeniyle vücudunda bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar nedeniyle oluşabilecek olumsuz sonuçlar hakkında bilgilendirme yapılacağı yer almaktadır.³⁹ Hükümlülerin sağlık hakkı konusunda danışabileceği yegâne kişi, ceza infaz kurumu hekimidir.⁴⁰ Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarından bir tanesi de

³⁸ Uygulamada en çok açlık greviden dolayı beslenmenin reddedilmesi görülmektedir. Özer, “Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi”, 2. Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi”, 230.

³⁹ Esasında açlık grevinin bilinçli bir tercih olabilmesi de bu aydınlatılmış rızaya bağlıdır. Boran, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, 96. Türk Tabipler Birliği, *Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme*.

⁴⁰ Açlık grevi eyleminde bulunanların sağlıklarının daimi olarak hekim kontrolünde tutulması, ülkemiz açısından üzerinde durulan bir konudur. Öyle ki Danıştay 12. Dairesi'nin bir kararına konu olayda ceza infaz kurumundaki tutuklu ve hükümlülerden açlık grevi eylemlerine katılanlara yönelik hizmet vermek için görevlendirilen hekimin bu görevlendirmeden imtina etmesi, disiplin hukuku açısından verilen görev ve emirleri kasten yapmama fiili olarak nitelendirilmiştir. Danıştay 12. Dairesi, 08.03.2021, E. 2018/748, K. 2021/1061,

müdahalede bulunacak kişinin hekim olmasıdır.⁴¹ Söz konusu bilgilendirmenin hekim yerine hekim sıfatını taşımayan bir sağlık personeli⁴² ya da sağlık personeli olmayan bir ceza infaz kurumu görevlisi tarafından yapılması yahut da söz konusu aydınlatmanın hiç yapılmaması, 82. maddenin gereği gibi uygulanmadığını gündeme getirecektir. Hükümlülerin beslenmeyi terk ettiklerinde karşılaşılabilecekleri muhtemel komplikasyonlara veya zararlara ilişkin aydınlatmanın, cezaevlerine asılan broşür veya hükümlülerin toplandığı salon, avlu ve benzeri alanlarda, açlık grevine veya ölüm orucuna henüz başlamadan yapılması, bu gibi eylemlerin başlamasını engelleyebilecek olabilir ancak kanunun amir hükmünün bu yolla yerine getirildiği söylenemez. Söz konusu aydınlatmanın yapılmasının amacı, hükümlülerin özgür iradesiyle beslenip beslenmemesine karar vermesidir.

Ölüm orucu veya açlık grevi bir tıbbi müdahale olmadığından hekimin buradaki bilgilendirme yükümlülüğü doğrudan kanunun ilgili hükmünden yani 82. Maddeden kaynaklanmaktadır. Söz konusu hüküm olmasaydı dahi beslenmeyi reddeden hükümlünün sağlığını kaybedip hasta olarak ilgili hekimin önüne geldiği zaman beslenmenin reddedilmesi durumunda muhtemel zarar ve sonuçları hakkında bilgilendirme yapması gerekecekti.

Kanun koyucu tarafından bir adım ötede psikososyal hizmet birimlerince beslenmeme şeklindeki eylemlerden vazgeçilmesi için ikna yöntemlerine başvurulacağı ifade edilmiştir. Bu yaklaşımın tarihe bölümünde bahsettiğimiz Süfraj hareketi mensubu kadınlara yönelik yapılan ikna faaliyetleriyle benzer olduğunu söyleyebiliriz.

Hükümlülerin açlık grevi konusunda aydınlatılmasından ve açlık greviden vazgeçmeleri yolunda ikna faaliyetinden sonra halen açlık grevine devam edilmesi halinde beslenmelerine kurum hekimince belirlenen ortamda başlanacağı öngörülmektedir. Açlık grevlerinde uzun süren açlık ile birlikte alınması gereken vitamin ve minerallerin eksik veya hatalı alınmasını engellemek üzere hükümlünün sağlığı açısından oluşabilecek muhtemel zararları en aza indirebilmek için getirilen yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Maddede yer alan beslenmelerine başlanır ifadesinden ölüm orucu eyleminin CGİK tarafından tasvip edilmediği ve hükümlülerin bu eylemde bulunmalarına müsaade edilmeyeceği anlamı çıkmaktadır.⁴³

<https://karararama.danistay.gov.tr/>, 31.01.2023. Aynı yöndeki karar örneği olarak Danıştay 12. Dairesi'nin 2018/1535 Esas 2021/1069 Karar sayılı 08.03.2021 tarihli kararı da verilebilir.

⁴¹ "(...) tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler, hekimlerdir." Gencer Özdemir, *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin, 2021, 37. Sorumlu hekimin inandırıcılığı ve hekim vasfının saygınlığı da burada önem arz eden bir husustur. Bu sebeplerle söz konusu aydınlatmanın hekim tarafından yapılması elzem görülmüş ve ilgili hüküm düzenlenmiştir. Öğretide ayrıca cezaevinin kapalı ortam koşullarından dolayı oluşacak psikolojik durumun hasta-hekim ilişkisinin kurulmasını da güçleştireceği vurgulanmaktadır. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 538.

⁴² "Tıbbi uygulama doktor tarafından ve doktor gözetiminde yerine getirildiği için, tıbbi uygulamaya ilişkin bilgilendirmenin de doktor tarafından yerine getirilmesi gerekir. (...) Doktor dışındaki sağlık personelinin, örneğin hemşire, hastabakıcı gibi, tıbbi uygulamanın ne olduğunun tedavi riskleri vb. konularda hastayı bilgilendirme yükümlülüğü yoktur." Sibel Damla Özdemir, *Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Sorumluluk*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin, Ocak 2022, 47.

⁴³ Söz konusu bu yaklaşıma paralel olarak Danıştay 10. Dairesi'nin kararına konu olayda ceza infaz kurumunda yaşadığı psikolojik sorunlar nedeniyle hastaneye sevk talebinde bulunan ve bu talebi yerine getirilmediği için açlık grevi eyleminde bulunduğu sırada intihar eden hükümlü için idarenin hizmet kusuru bulunduğu hükmedilmiştir. Danıştay 10. Dairesi, 29.06.2021, E. 2016/2734, K. 2021/3717, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 31.01.2023.

CGİK`in 82. maddesinde sadece hükümlüler için yer alan bu düzenlemenin tutuklular için de geçerli olduğu kanunun tutuklular için hükümlüler adına düzenlenen maddelerine atıf yaptığı madde olan 116. maddede maddenin kenar başlığı ve numarasının yer aldığı kanun aralığı açıkça zikredilerek aşağıdaki şekilde yer almaktadır;

“Tutukluların yükümlülükleri

Madde 116- (1) *Bu Kanunun; (...) kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmeleri, (...) konularında (...) 78 ila 88 inci maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”*

2.2. Hasta Hakları Yönetmeliğinde Yer Alan Düzenleme

Hasta Hakları Yönetmeliğinde hükümlülerin giriştikleri açlık grevi veya ölüm orucu ile ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda konumuz açısından Hasta Hakları Yönetmeliğinde yer alan ve genel olarak düzenlenmiş tıbbi müdahaleye rıza hükmünün incelenmesi gerekmektedir. 01.08.1998 tarihinde Resmi Gazete`de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği, sadece açlık grevi eylemcilerine müstakil olmamak üzere bütün hastalar için hastanın rızası kavramı üzerinde durmaktadır.⁴⁴ Yönetmeliğin tıbbi müdahalelerde hastanın rızasına ilişkin maddesi olan 24. madde düzenlemesi aşağıda yer aldığı gibidir:

“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. (...)

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

(...) Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

Yukarıda yer alan düzenlemeye bakıldığında hastanın aydınlatılmasına ve bu aydınlatmaya bağlı olarak rızasının alınmasına çok önem verildiği görülmektedir. Öyle ki

⁴⁴ Bu aşamada açlık grevinde bulunan kişilerin henüz hasta olmamalarından ötürü bu yönetmelik hükümlerine tabi olmayacağı öğretide bir yazar tarafından öne sürülmüştür. Bahri Öztürk vd, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2016, 100. Fakat sürece ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün başlatılmasıyla da hasta-hekim ilişkisinin kurulduğu, TTB tarafından ileri sürülmektedir. Türk Tabipler Birliği, ‘*Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri*’ Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme. DTB`nin görüşü de aynı yöndedir. Ömeroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, 86.

kişinin beden bütünlüğünü ilgilendirmesi karşısında küçük ve kısıtlının dahi görüşünün alınması somut olayların koşullarının elverdiği ölçüde gerekmektedir.⁴⁵

Açlık grevi nedeniyle sağlığı bozulan kişilerin yani hastaların bilincinin yerinde olup olmaması da durağan bir süreç olmayıp koşullara göre değişmektedir. Yönetmelik hastaların bilincinin yerine gelip rıza verme ehliyetinin geri geldiği durumlarda da mutlaka rızalarının alınması gerekliliğini vurgulamıştır.⁴⁶

Açlık grevine ilişkin incelediğimiz bu evrede kişinin rızasını açıklayabilme ehliyetinin var olduğu kabul edilebilecektir. O halde Yönetmelik hükümlerine göre açlık grevine başlayan hükümlü ve tutukluların zorla beslenmelerinin ve herhangi bir şekilde tedavi altına alınmalarının mümkün olmadığı sonucunu çıkarabiliriz.⁴⁷

Tedaviye yönelik rızanın verilmesi mutlak nitelikte olmayıp hasta tarafından kural olarak her zaman geri alınabilecek niteliktedir.⁴⁸ Bu durumda nasıl hareket edilmesi gerektiği de Yönetmeliğin 25. maddesinin ilk fıkrasında aşağıdaki şekilde yer almaktadır;

“Tedaviyi Reddetme ve Durdurma

Madde 25- *Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.”*

Açlık grevine başlayan hükümlü ve tutukluların hür iradeleriyle bu eylemlerinden vazgeçmeleri her zaman mümkündür. Bu vazgeçme tekrar normal beslenme düzenine geçmek şeklinde olabileceği gibi açlık grevi nedeniyle yapılan tedavinin sonlandırılmasını isteme şeklinde de kendisini gösterebilir. Yönetmeliğin yukarıda yer alan hükmü gereği bu takdirde hükümlü ve tutukluların bu iradesi dikkate alınacak ve haklarında gerçekleştirilen bir tedavi var ise bu tedavi maddede yer alan koşullar çerçevesinde durdurulacaktır.⁴⁹ Burada biten bir açlık grevine yeniden başlanılmasının yeni bir açlık grevi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise konumuzun dışındadır.

⁴⁵ Ahmet Er, Ömür Topaç vd., *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk*, 1.Baskı, Ankara: Adalet, Ocak 2021, 282. “Buna göre, tıbbi müdahale için sadece yasal temsilcinin rızası yeterli görülmeyecek, ayırt etme gücü ve olgunluk derecesi küçük yeterli olan küçüğün iradesi de rıza alınırken dikkate alınacaktır.” Gencer Özdemir, *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*, 88. “Vücut bütünlüğü kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, hastanın sağlıklı karar verebilecek durumda olması halinde bilgilendirme küçük ya da kısıtlı hastanın bizzat kendisine yapılacaktır.” Sibel Damla Özdemir, *Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Sorumluluk*, 48.

⁴⁶ Dilek Çavuşoğlu, *Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler*, 1.Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2020, 82.

⁴⁷ Açlık grevinde bulunanın sağlığının olumsuz etkilenip hayati tehlikeye girmesi halinde zorla tedavinin olabileceğine ilişkin karşı görüş için bkz: Çavuşoğlu, *Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler*, 159.

⁴⁸ Aynı husus, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi`nde de yer almaktadır. Gencer, “*Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, 80.

⁴⁹ Bu durumda tedaviyi durduran hekime de bir sorumluluk yüklenmeyecektir. Kılıç, “*Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu*”, 19.

2.3. Türk Tabipler Birliğinin Konuya Yaklaşımı

TTB tarafından açlık grevlerine ilişkin süreç, hasta hakları ve özellikle hekimlerin sorumlulukları noktasında dikkatlice takip edilmektedir. TTB tarafından bu evredeki yaklaşımın Yönetmelik hükümleriyle paralel olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre açlık grevinde bulunanların beslenmeyi reddetmesi halinde bu beslenmeme halinde ortaya çıkacak olumsuz sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgilendirme yapılmalı⁵⁰ ve zorla beslenmemesi⁵¹ noktasında aydınlatılmış rızanın alınması gerekliliği vurgulanmaktadır.⁵² Bu evreye ilişkin tarifimiz olan kişinin bilincinin yerinde olup açlık grevinin sonuçlarını tam ve doğru bir şekilde kavrayanların yani bu konuda karar verme yeteneğine sahip olan kişilerin damardan zorla beslendirilmemesi konusu hekimlere TTB tarafından aktarılmaktadır.⁵³

2.4. Dünya Tabipler Birliğinin Konuya Yaklaşımı

DTB Kasım 1991`de gerçekleştirdiği 43. Dünya Tıp Kongresinde hekimlerin açlık grevi eylemcilerine karşı nasıl bir müdahalede bulunması gerekeceğine dair “Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon” başlıklı bir bildiri yayımlamıştır.⁵⁴ Kongrenin gerçekleştiği yer Malta

⁵⁰ Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 3. Ömeroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, 86. Pek tabi ki bu bilgilendirmenin yapılabilmesi için de hastanın tıbbi geçmişinin hekim tarafından bilinmesi gerekecektir. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 17.

⁵¹ Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 15. TTB`nin güncel yaklaşımı bu olmakla beraber 1980`li yıllarda hükümlü ve tutukluların yaşamlarını devam ettirme eğiliminin daha baskın olduğu görülmektedir. Soyer, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, 412.

⁵² Ankara Tabip Odası, “*Açlık Grevi Süzerken TTB Olarak Bir Kez Daha Hatırlatıyoruz!*”, Erişim 21.04.2022 [https://ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=456e0f68-789e-11e9-8558-d074d2c3586f#:~:text=T%C3%BCrk%20Tabipleri%20Birli%C4%9Fi%20\(TTB\)%20Merkez,belgeleri%20bir%20kez%20daha%20hat%C4%B1rlatt%C4%B1](https://ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=456e0f68-789e-11e9-8558-d074d2c3586f#:~:text=T%C3%BCrk%20Tabipleri%20Birli%C4%9Fi%20(TTB)%20Merkez,belgeleri%20bir%20kez%20daha%20hat%C4%B1rlatt%C4%B1).

Öğretide de konunun en mühim tarafının aydınlatılmış rıza olduğu ifade edilmektedir. Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 100. Söz konusu rıza, usulüne uygun olarak aydınlatılmış serbest iradeye dayanmazsa tıp etiğine de aykırılık teşkil edecektir. Türk Tabipler Birliği, ‘*Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri*’ Üzerine Yine, *Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme*. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin yani hastanın tam olarak aydınlandığının anlaşılabilmesi için anladıklarının sorulması, DTB tarafından Malta Bildirgesinde açıkça belirtilmiştir. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 17. Ayrıca beslenmenin reddi yönünde irade açıklaması yapan hastanın iradesinin bu yönde olduğunun başka bağımsız bir hekim tarafından da onaylanması gerekeceği gereklilik olarak belirtilmektedir. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 13.

⁵³ Ankara Tabip Odası, “*Açlık Grevi Süzerken TTB Olarak Bir Kez Daha Hatırlatıyoruz!*”. Bu konunun hastanın özerkliğine saygı ve özen gösterme ödevi kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Türk Tabipler Birliği, ‘*Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri*’ Üzerine Yine, *Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme*. Böyle davranan hekimlerin sorumluluklarının doğmaması gerekmektedir. Doğan, “Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı”, 207. Hastanın gelişim durumuna ilişkin olarak yapılan kan testleri, kilo ve tansiyon ölçümü gibi müdahalelerin tıbbi tedavi sayılamayacağı Avrupa Birliği`nin (AB) “AB Üye Devletler Bakanlar Komitesinin Cezaevlerindeki Etik ve Örgütsel Özelliklerine İlişkin R (98) 7 No`lu Tavsiye” kararında isabetle vurgulanmaktadır. Soyer, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, 411. TTB tarafından da aynı yaklaşım benimsenmektedir. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 6. TTB tarafından ayrıca açlık grevini bırakanların normal hayatına dönmeleri için gerekli beslenme ve tedavilerin yapılmasının mesleki yükümlülük olduğu da vurgulanmaktadır. Ankara Tabip Odası, “*Açlık Grevi Süzerken TTB Olarak Bir Kez Daha Hatırlatıyoruz!*”. Bu konuya ilişkin ampirik çalışma örnekleri olarak bkz: Senem Erdur Uzut, “Wernicke Korsakoff Sendromu`nda Odyolojik Bulgular”, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, Nevin Küçükçalı “Uzun Süreli Açlıkların Adli Tıptaki Yeri ve Önemi, İstanbul: Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, 2003.

⁵⁴ TOHAV. Erişim 06.06.2022 <https://www.tohav.org/malta-bildirgesi#:~:text=Hastan%C4%B1n%20kendi%20ald%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20karara%20sayg%C4%B1,en%20iyi%20olan%C4%B1%20yapmak%20zorundad%C4%B1r.&text=Malta'da%20toplana%2043> Bu

olduğu için Malta Bildirgesi olarak da adlandırılmaktadır.⁵⁵ İlerleyen yıllarda pek çok kez üzerinde değişiklikler yapılmış olup en son 2017 yılında güncel halini almıştır.⁵⁶ Söz konusu bildirgenin en önemli yeri ise İlkeler bölümünün 5. maddesini oluşturmakta olup aşağıda yer aldığı gibidir;

“5. ‘Yarar’ ve ‘zarar’. Hekimler becerilerini ve bilgilerini tedavi ettikleri kişilerin yararına kullanmalıdır. Bu ‘yararlı olma’ kavramının tamamlayıcısı ise ‘zarar vermeme’ ya da ‘önce zarar verme’dir (primum non nocere).⁵⁷ Bu iki kavramın dengede tutulması gerekir. ‘Yarar’, kişilerin isteklerine saygılı olmayı ve refahlarını gözetmeyi içerir. ‘Zarar’dan kaçınma ise yalnızca sağlığa yönelik zararın asgari düzeyde tutulması değil, karar verme yeterliği olan kişilere zorla tedavi uygulanamayacağı ve onları zorla açlık greviden vazgeçirmeye çalışılmayacağı anlamına da gelir. Yararlı olma, her durumda ve her ne pahasına olursa olsun, başka belirleyenleri hiç dikkate almadan yaşamı uzatmaya çalışmak anlamına gelmez.

Hekimler, bunun zarara yol açacağı öngörülen durumlarda bile, karar verme yeterliği olan kişilerin özerkliğine saygılı olmalıdır.”

Yukarıda açık bir şekilde yer aldığı üzere DTB de açlık grevi eylemi sırasında eylemcilerin iradelerine saygı duyulması gerektiğini ve bu saygıdan ötürü onları yaşamda tutmak adına eyleme müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

3. Hükümlü ve Tutukluların Bilincinin Yerinde Olmayıp ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olmadığı Evrede Açlık Grevi ile Ölüm Orucu Sırasında Tedaviyi Ret Hakkı

3.1. Hükümlü ve Tutukluların Bilincinin Yerinde Olmayıp ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olmadığı Evrede Açlık Grevi İle Ölüm Orucu Sırasında Tedaviyi Ret Hakkının Mutlak Olarak Olmadığı Yönündeki Görüş

Hükümlü ve tutukluların bilincinin yerinde olmadığı bu yüzden karar verme ehliyetlerinin bulunmadığı evrede nasıl hareket edilmesi gerekeceği cevaplanması gereken bir sorudur. Bir görüşe göre bu evrede artık tıbbi açıdan zorunluluk teşkil ettiğinden dolayı açlık grevinde bulunan kişiye karşı tedavi girişimlerinde bulunulmalıdır.⁵⁸ Bu görüşün en mühim

bildiri konuya ilişkin ilk örnek olmayıp 1974 yılında da açlık grevi eylemcilerine karşı nasıl hareket edilmesi gerekeceğine dair Tokyo Bildirgesi yayımlanmıştır. Ömeroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, 85, Soyer, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, 407-408. İç hukuk düzenlemelerinin de esasında bu bildirilere uygun olması gerekliliği vurgulanmaktadır. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 5.

⁵⁵ Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun`da Beslenmenin Reddi”, 241.

⁵⁶ Açlık Grevi Eylemcileriyle İlgili DTB Malta Bildirgesi Erişim 06.06.2022 <https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/DTB-Malta%20bildirgesi-2017.pdf>

⁵⁷ Aynı husus TTB tarafından da evrensel tıp etiği olarak kabul görmektedir. Türk Tabipler Birliği, *Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri’ Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme*.

⁵⁸ Kılıç, “Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu”, 19. İnsanın yaşamının sağlanmasının mutlak olduğu anlayışı çerçevesinde böyle bir görüş ileri sürülmektedir. Ülkü, “AİHM’in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri”, 326. Bu görüş, insan bedeninin devlet karşısında nesne konumuna getirildiği ve bu beden üzerinde devlet lehine bir tasarruf hakkı tanındığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Doğan, “Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı”, 204.

dayanağı ise CGİK'in 82. maddesinin⁵⁹ ilk fıkrasından sonra devam eden fıkraları olup söz konusu düzenlemeler aşağıda yer aldığı gibidir;

“Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi

Madde 82- (2) *Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.*⁶⁰

(3) *Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.*

(4) *Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.*

(5) *Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.”*

Yukarıda yer alan düzenlemede açlık grevi eylemcilerinin bu evrede yani hayati tehlikelerinin bulunduğu aşamada tedaviyi ret hakkının bulunmadığı mutlak surette ifade edilmiştir. Fakat yine de zorla tedavi hususunda bir takım kriterler bulunmaktadır. Bunlardan ilki “sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak” kriteridir.⁶¹ Zaten eylemde bulunanları hayatta tutmak için yapılan zorla tedavi uygulamasının amacı da bu olup pek tabii ki bu husus gözetilecektir. 24.07.2007 tarihinde Meclise sevk edilmesine rağmen kanunlaşmayan “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı”nın 15. maddesinde “Açlık grevi veya ölüm orucu tutan kişinin bilincini kaybetmesi veya sağlıklı karar verebilme yeteneğini kaybetmesi halinde, yaşamının tehlikeye girmesi veya sağlığı açısından ölümcül bir takım zararların kaçınılmaz biçimde oluşmaya başlaması ile birlikte, hekim hastanın yakınlarının rızasına bakmaksızın gereken tıbbi müdahaleyi hastanın menfaatine uygun olarak

⁵⁹ Öğretide Türk hukukunda bu düzenleme olmasaydı ne özel hukuk ne de ceza hukuku açısından genel prensiplere göre açlık grevinde bulunanlara müdahale edilemeyeceği ifade edilmiştir. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 542. Ayrıca söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği de aynı yazar tarafından söylenilmektedir. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 543.

⁶⁰ Söz konusu düzenlemenin Alman Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda (Strafprozeßordnung) yer alan düzenlemeyle bir ölçüde paralel olduğunu söylenebilir. “Alman Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun Sağlık sorunu olanlar hakkında zorlayıcı tedbirler başlıklı 101. paragrafına göre ‘Sadece mahkumun hayatının ya da sağlığının önemli ölçüde tehlike içinde bulunması ya da diğer kişilerin sağlığı için tehlike arz eden bir durumun varlığı halinde tıbbi araştırma, tedavi ve aynı şekilde beslenme gibi önlemlere zoraki başvurmak mümkündür’”. Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi”, 233.

⁶¹ Er, Topaç vd., *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk*, 324.

uygulamakla yükümlüdür.” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu tasarıdaki hükmün, CGİK`in 82. maddesine paralel hükümler içerdiği görülmektedir.

Üçüncü fıkrada yer alan ifadenin daha çok salgın hastalıklar için tedavinin reddedildiği durumlarda geçerli olduğunu düşünüyoruz. Zira bu madde ilgili bölümde belirttiğimiz gibi sadece açlık grevi eyleminde bulunanlar için değil her ne sebeple olursa olsun beslenmeyi reddeden hükümlüler/tutuklular için düzenlenmiştir.

Dördüncü fıkrada teşhis ve tedaviye yönelik işlemlerin kural olarak kurum hekiminin kontrolünde gerçekleşeceği ancak istisnai durumlarda ikinci fıkradaki şartlar gözetilmeden ve kurum hekiminin kontrolü altında olmadan yapılabileceği kaleme alınmıştır.

Son fıkrada ise en önemli kriter olan “onur kırıcı nitelikte olmayan davranışlarda maruz bırakılmama” yer almaktadır.⁶² Tarihçe bölümünde bahsettiğimiz üzere insanlık onuruna yakışmayan pek çok zorlayıcı tedbir uygulanagelmıştır.⁶³ Fakat günümüz anlayışında artık bu tedbirlerin yeri yoktur. Anayasa`nın 17. maddesinde bu gibi muamelelerde bulunulması yasaklanmıştır.⁶⁴

Açlık grevinde bulunan kişinin bilincinin kapalı olması dolayısıyla rızası alınamayan hasta sıfatına sahip olan kendisi ve müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır. Bu yüzden gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalede hekimin sorumluluğu, vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁶⁵

⁶² Ülkü, “AİHS`in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri”, 326. Öğretide yer alan bir yazar tarafından her ne suretle olursa olsun zorla besleme uygulamasının insan onuruyla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir. Özer, “Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi”, 2. Ayrıca bu tarz müdahalelerde bulunmama, bir tıp etiği ilkesidir. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 10.

⁶³ Bu uygulamalardan ülkemiz açısından en çarpıcı örneğin 2000 yılında yapılan Hayata Dönüş Operasyonları olduğunu belirtmiştik. Danıştay 10. Dairesi`nin kararında söz konusu olaylar sırasında devletin müdahalesi ile yaralanan bir kimsenin insan hakkı ihlalden dolayı Anayasa Mahkemesi (AYM)`nin verdiği karar doğrultusunda devletin tazmin yükümlülüğü olduğuna işaret edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi, 06.12.2021, E. 2021/6391, K. 2021/6028, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 31.01.2023.

⁶⁴ “İKİNCİ BÖLÜM

Kişinin Hakları ve Ödevleri

1- Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

Madde 17 – (...)

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(...)”

⁶⁵ “(...) Bunların dışında, hekim ile hasta arasında öncesinde hiçbir ilişki bulunmamasına rağmen, hekim, hastaya müdahalede bulunabilir. Bu son durumda hekim ile hasta arasında gerçek vekâletsiz iş görme ilişkisi doğar ve hekimin sorumluluğu vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenir. (...)” Musa Furkan Şahin, “Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, (2019), 137. “Hekim ve hastane ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı durumlarda, yapılan her müdahale arada bir sözleşme ilişkisi olmadan vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle doğrudan haksız fiil olarak kabul edilemez. Özellikle kişi ile hekim arasında bir sözleşme kurulmamış olmasına rağmen, hekim, zorunluluk hali nedeniyle, hastanın hayatını kurtarmak ya da ağır bir zarara uğramasını önlemek için tıbbi bir müdahalede bulunmuşsa veya hastanın rızası alınarak başlanan bir ameliyat, hastanın verdiği rızanın dışına çıkılarak genişletilmişse, bu durumda hekimin yaptığı müdahaleler, gerçek vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilir.” Fatma Candan Kavşat Metiner, Alin Akın Metiner, “Özel Hastane ve Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *TADD*, 51, (2022), 428.

3.2. Hükümlü ve Tutukluların Bilincinin Yerinde Olmayıp ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olmadığı Evrede Açlık Grevi ile Ölüm Orucu Sırasında Tedaviyi Ret Hakkının Bilinci Yerinde ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olduğu Evreye Göre Değerlendirilmesi Gerekeceği Yönündeki Görüş

Hükümlü ve tutukluların açlık grevlerinin bu evresinde bir görüşe göre ilk evrede yani bilincin yerinde olup karar verme yeterliliğine sahip olduğu aşamadaki iradelerine göre tedaviyi ret hakkının olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Burada iki ihtimal söz konusu olabilecektir. Birinci ihtimale göre açlık grevinde bulunan kişi ilk evrede yalnızca o evre için iradesini açıklamış olabilir. Böylelikle ikinci evrede nasıl hareket edilmesi gerekeceği konusunda net bir irade beyanı yer almayacaktır.⁶⁶ İkinci ihtimalde ise açlık grevinde bulunan hükümlü/tutuklu, ikinci evre yani bilincinin kapanıp karar verme yeteneğinin olmadığı aşamada tedaviyi ret hakkını kullanıp kullanmayacağını önceden açıklar. Bu ihtimalde de hükümlü/tutuklunun önceki evredeki iradesine önem verilip verilmeyeceğine ilişkin görüşler çerçevesinde bir cevap bulunacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında bu hususlar aşağıda yer aldığı gibi açıklıkla düzenlemiştir:

“Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.”

Yönetmeliğin 7. fıkrasında ise bu irade beyanının alınmadığı hallerde zorla tedavinin uygulanacağı ve yakınlarına da bilgi verileceği yönündedir;

“Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

DTB'nin Malta Bildirgesi'nde de hastanın önceki evredeki isteklerine göre ve bu isteklerine uygun olarak hareket edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır;

“Karar verme yeterliğinin kaybı, daha önce kişi yeterliğe sahipken yapay besleme dahil olmak üzere tedaviye yönelik verdiği red beyanlarının geçersizleştiği anlamına gelmez.”

⁶⁶ Güney Afrika Tabipler ve Diş Tabipleri Birliği, bu konuda irade açıklamaya dahi zorlanamayacaklarını ifade etmektedir. Soyer, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, 410.

3.3. Hükümlü ve Tutukluların Bilincinin Yerinde Olmayıp ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olmadığı Evrede Açlık Grevi İle Ölüm Orucu Sırasında Tedaviyi Ret Hakkının Hekimin Takdirinde Olduğu Yönündeki Görüş

TTB, ikinci evre olarak nitelendirdiğimiz evrede aynı DTB gibi hastanın ilk evresindeki iradesine bakılması gerektiğini,⁶⁷ eğer bu yönde bir irade tespiti yoksa o zaman tedavi konusunda hekimin takdir hakkının devreye gireceğini⁶⁸ ifade etmiştir;

“Açlık grevi yapanın konu hakkındaki görüşleri öğrenilemiyorsa⁶⁹ ve kişinin önceden verdiği hiç bir talimat yoksa hekim o kişi için en iyisini belirleyip yapmakla yükümlüdür. Bu açlık grevi yapanın fiziksel sağlığını olduğu kadar, bilinci açıkken ifade ettiği isteklerini, kişisel ve kültürel değerlerini de dikkate almak anlamına gelir.

Açlık grevi yapanın önceki isteklerinin neler olduğuna ilişkin herhangi bir kanıt yoksa hekimler, üçüncü tarafların müdahalesinden bağımsız kalarak,⁷⁰ hastayı besleyip beslememe konusunda karar vermelidirler.”⁷¹

DTB tarafından da Malta Bildirgesi'nin Açlık Grevcilerinin Bakımı İçin Ana Hatlar kısmının Yapay Beslenme başlıklı 4. maddesi paralel bir düzenleme barındırmaktadır;

“Açlık grevcisi bilinci bozulup bu nedenle karar verme yeteneği ortadan kalktığında ya da komaya girdiğinde, hekim hastası ile açlık grevi sürecindeki görüşmeleri ve bu dönemde oluşan karar doğrultusunda hastasının tedavisi için tedavi konusunda onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbesttir.

Eğer hastanın bilinci bulanır ya da komaya girip kendi başına karar alamayacak durumda olursa, hekim açlık grevi sırasında aldığı kararı her durumda dikkate alarak ve bu bildirgenin 4. maddesini göz önünde bulundurarak hastanın iyiliği için tedaviye devam edip etmeme kararı konusunda özgürdür.”

3.4. Hükümlü ve Tutukluların Bilincinin Yerinde Olmayıp ve Karar Verme Yeterliliğine Sahip Olmadığı Evrede Açlık Grevi İle Ölüm Orucu Sırasında Tedaviyi Ret Hakkının Mutlak Olarak Var Olduğu Yönündeki Görüş

Bu görüşe göre açlık grevi sırasında bilincin kapanıp karar verme yeterliliğinin olmadığı evrede hükümlü/tutuklulara müdahale edilmemesi gerekmektedir.⁷² Zira açlık grevi,

⁶⁷ Türk Tabipler Birliği, 'Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri' Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme.

⁶⁸ Ömeroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, 86. Soyer, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, 408.

⁶⁹ Bunun için hekimin hastanın ailesiyle, arkadaşlarıyla ya da varsa avukatıyla görüşmesi gibi ciddi bir araştırma faaliyeti yürütmesi gerektiği de vurgulanmaktadır. Türk Tabipler Birliği, 'Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri' Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme, Soyer, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, 416.

⁷⁰ Malta Bildirgesinde bu husus, cezaevi hekimlerinin tıbbi konularda cezaevi idaresinden tamamen bağımsız hareket etmesi gerekeceği şeklinde açıklanmaktadır. Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, 16. Biz de buradaki üçüncü kişi müdahalesinin geniş anlamda devletlerin çıkardığı yasal düzenlemeler veya idari kararlarla hekimlere talimat verilmesi olduğunu anlıyoruz.

⁷¹ Ankara Tabip Odası, “Açlık Grevi Süreken TTB Olarak Bir Kez Daha Hatırlatıyoruz!”.

⁷² “Ancak devletin yaşamı koruma ve kişiyi yaşatma ödevi kişinin iradesi hiçe sayılarak zorla yerine getirilemez.” Doğan, “Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM

belirli bir davranış veya tutuma karşı kendini ifade etme biçimi olup ulusal ve ulusal üstü belgelerle korunan ifade özgürlüğünün kullanılmasından başka bir şey değildir.⁷³

İfade özgürlüğünün tarihi gelişimi esas itibarıyla konumuz dışında olmakla beraber pozitif hukuk açısından ve ülkemiz özelinde Anayasa'nın 25. ila 32. maddeleri arasında⁷⁴ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde güvence altına alındığını söyleyebiliriz.⁷⁵

İfade özgürlüğüne ilişkin AİHS ve Anayasa'nın ilgili maddelerinden hangisini esas almamız gerektiğine ilişkin cevap da yine Anayasa'nın 90. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin 5. fıkrasına 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenen cümleye göre⁷⁶ bir temel hak ve özgürlük niteliğindeki ifade özgürlüğü konusunda bir uluslararası antlaşma metni olan AİHS'in 10. maddesi uygulama alanı bulacaktır.⁷⁷ Söz konusu düzenleme aşağıda yer aldığı gibidir;

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

Yaklaşımı”, 204. Biz bu başlık altında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (AİHS) esas alırken TTB de İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini esas alarak bize aynı noktaya varmıştır. Türk Tabipler Birliği, ‘Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri’ Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme.

⁷³ Aynı yöndeki yaklaşım için bkz: Özer, “Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi”, 5. Boran, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, 96, Ülkü, “AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri”, 328. Yaşama hakkı ve ifade özgürlüğü tartışması bağlamındaki inceleme için bkz: Sevinç, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri”, 111-135. Biz konuya ifade özgürlüğü boyutundan yaklaşmış olsak da konunun kişi dokunulmazlığıyla da ilgili olduğu ifade edilmektedir. Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 100.

⁷⁴ Açlık grevinde bulunan hükümlüler ile tutuklulara yönelik zorla tedavi şeklindeki müdahalenin CGİK ile yani kanunla yapılması karşısında Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği yönündeki görüş için bkz: Gencer, “*Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, 104-105. Yazar tarafından yapılan eksik inceleme, bir temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin sadece kanunla yapılmasının hukuka uygun kabul edilmeyeceği olup ayrıca söz konusu müdahalenin Anayasa ve AİHS'te belirtilen meşru amaçlar ile demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekmektedir.

⁷⁵ Tam tersi olarak bazı yazarlarca açlık grevinin anayasada düzenlenmediği ve yaşam hakkı ihlali olarak görülebileceğinden bir hakkın kapsamında mütalaa edilemeyeceği düşünülmektedir. Söz konusu görüşteki yazarların listesi için bkz: Doğan, “Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı”, 198.

⁷⁶ “*Anayasa*

D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma

Madde 90 – (...)

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından bu maddede ifadenin kendisiyle beraber aynı zamanda aktarılan şekli de koruma kapsamına alınmıştır. Doğan, “Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı”, 208. Fakat AYM tarafından verilen bir kararda açlık grevinde bulunanlara disiplin cezası verilmesi yönündeki düzenlemeyle getirilen ifade özgürlüğüne yönelik müdahale, hukuka uygun olarak addedilmiştir. AYM, 10.10.2013, E. 2013/6, K. 2013/111, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023. Karara katılmak mümkün değildir.

Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Düzenlemenin ilk fıkrasında ifade özgürlüğünün korunması gereken bir hak olduğu vurgulanmıştır. İkinci fıkrada ise bu hakkın sınırlanmasında ölçüt alınabilecek meşru gerekçeler sayma yoluyla belirtilmiştir. Belirtilen hiçbir gerekçenin açlık grevi eyleminde bulunanlara karşı müdahale için dayanak noktası olamayacağını düşünmekteyiz.⁷⁸ O halde açlık grevi eyleminde bulunanlara karşı her iki evrede de iradelerine aykırı olacak şekilde müdahalede bulunulamayacağı sonucunu çıkarabiliriz. Yapılan bu açıklamalar, olağan döneme ilişkin olup usulüne uygun olarak karar alınan ve yürütülen olağanüstü yönetim hallerinde ifade hürriyeti de askıya alınabileceğinden açlık grevine müdahale gündeme gelebilecektir.⁷⁹

Açlık grevinin ifade özgürlüğü dâhilinde değerlendirilebilmesi için son olarak bu eyleme başlayacak olan kişilerin kendi özgür iradeleriyle hareket etmelerinin gerekli olduğunu vurgulamakta yarar vardır.⁸⁰ Zira TCK'nın 298. maddesinin 2. fıkrasında⁸¹ da açlık grevi ve ölüm orucuna teşvik ya da ikna etme ile bu yolda kendilerine talimat verilmesi fiilleri, suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yüksek mahkeme kararlarında da açlık grevi/ölüm orucuna teşvik

⁷⁸ Fakat AİHM'in önüne gelen pek çok uyuşmazlıkta açlık grevinde bulunanlara yönelik gerçekleştirilen müdahaleler için ihlal kararı verilmediğini belirtmekte yarar vardır. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 541.

⁷⁹ Hem olağan hem de olağanüstü dönemde açlık grevine müdahalede bulunulabileceğine ilişkin görüş için bkz: Doğan, “Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı”, 207.

⁸⁰ “Açlık grevlerinde önemli olan hususlardan biri grevin iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Kişi kendi özgür iradesi ile besin alımını durduruyor ise ancak bu durumda gerçek bir açlık greviden bahsedilebilecektir. Zira kişinin bir örgüt ya da grup tarafından açlık grevi yapmaya zorlanması söz konusu ise açlık greviden söz edilemeyecektir.” Çavuşoğlu, *Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler*, 157. AYM'nin Adnan Erol Bireysel Başvuru kararında başvuru kişinin tutuklanmasına neden olan gerekçelerden biri olarak sulh ceza hâkimliğince terör örgütüne mensuplarınca başlatılan açlık grevi eylemlerine katılması gösterilmiş olup diğer gerekçelerle beraber başvuru kişinin tutuklanması, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırı görülmemiştir. AYM, 15.03.2022, 2020/27934 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023. AYM'nin Sultan Kaya Bireysel Başvuru kararında da şu ifadeler yer almaktadır; “Belirli koşullarda ifade özgürlüğünün görünümünden biri olarak kabul edilebilecek olan açlık grevi ve oturma eylemlerinin yahut bu eylemlerin desteklenmesine yönelik üçüncü kişilerce yapılan slogan atma, basın açıklaması yapma, pankart açma gibi eylemlerin başlı başına bir suçlama konusu edilmemesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte belirtilen eylemlerin icra edilmesinin terörle bağlantılı bir faaliyet olduğuna ilişkin olguların bulunması ya da eylemler sırasında terör örgütünün cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerine yönelik övgü, meşrulaştırma ya da teşvik etme niteliğinde davranışlar sergilenmesi durumunda bu tür faaliyetlerin suç olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir” AYM, 15.03.2022, 2020/29355 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023. Danıştay 12. Dairesi'nin bir kararından memuriyete alım aşamasında ilgili idareler tarafından yapılan arşiv araştırması ve güvenlik soruşturmasında terör örgütünün talimatıyla açlık grevi eylemine katılanlara olumsuz yönde değerlendirme yapıldığını anlıyoruz. Danıştay 12. Dairesi, 13.12.2021, E. 2021/5550, K. 2021/6586, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 31.01.2023.

⁸¹ “**Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme**

Madde 298- (2) Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.”

eyleminde bulunanlara yönelik kanundaki koşullara uygun şekilde verilen⁸² idari yaptırım kararları hukuka uygun addedilmektedir.⁸³

SONUÇ

Gerek ülkemizin en büyük sağlık meslek örgütü olan TTB'nin gerekse de uluslararası alanda DTB'nin yaklaşımları açlık grevi eylemcilerinin iradelerine saygı duyulması gerektiği yönündedir. Bu iki örgütün temel gayesinin açlık grevinin savunulmasından ziyade bu eylemleri gerçekleştiren kişilere hekimlerin müdahale etmemesi sonucu sorumlulukların doğmaması olduğunu söyleyebiliriz.

Yönetmelik hükümlerinin de ilk evrede sağlık mesleği örgütleriyle paralel düzenlemeler getirdiğini (ya da en azından açlık grevi konusunda aksi bir hüküm öngörülmediğini) söyleyebiliriz. Fakat CGİK'nin açlık grevi eylemcilerinin bu eylemlerinden vazgeçmeleri için psikososyal hizmet birimlerini devreye sokması, irade konusunda aynı hassasiyete uyulmadığını bizlere göstermektedir. Yine de açlık grevi eylemcilerinin ilk evrede zorla beslenmesi şeklinde bir yaptırım kanunda yer almamaktadır. Ölüm orucunda ise kanunda yer alan beslenmelerine başlanır ifadesinden dolayı iradeye bağlı kalınmadığını ve zorla beslenmenin sağlanacağı öngörülmektedir.

İkinci evrede de gerek sağlık meslek örgütlerinin açıklamaları gerekse de Yönetmelik ve AİHS hükümlerinin değerlendirmesi sonucu hükümlü ve tutukluların ilk evredeki iradesine göre hareket edilmesi gerektiği çıkartılmaktadır. Fakat CGİK'in düzenlemesi bu evrede yani hayati tehlikenin bulunduğu aşamada açlık grevi eyleminde bulunan kişinin hayatını devam ettirme eğilimindedir. Anayasa'nın amir hükmü gereği AİHS'in ifade hürriyetine ilişkin hükmü, CGİK'in düzenlemesine göre öncelikle uygulanmalıdır. O yüzden bilincin yerinde olduğu evrede bilincinin kapandığı evre için tedaviyi ret hakkını kullanacağını beyan eden hükümlü ve tutukluların bu iradesine uygun hareket edilmesi gerekeceğini düşünüyoruz. Ancak açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan ve bilinci yerinde olmayan hükümlü veya tutuklunun

⁸² AYM'nin Eser Budak Bireysel Başvuru kararı ile Onur Erden Bireysel Başvuru kararlarında kanuni dayanağı olmadan açlık grevi eylemlerini belirli bir süreyle yasaklayan genelgeyle ve bu eylemlerde bulunanlara idari para cezası verilmesine ilişkin işlem ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. AYM, 13.04.2022, 2020/12955 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023, AYM, 31.03.2022, 2019/5403 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023. Hukukilik şartını taşımayan müdahalede diğer ölçütlere ilişkin haliyle bir değerlendirme yapılamamıştır. AYM'in bir başka kararı olan Cengiz Fırat ve Diğerleri Bireysel Başvuru kararında ise başvuruçuların o dönemde yürütülen açlık grevleri ile ilgili yaptığı bir basın açıklamasının ardından başvuruçulara valilik tarafından yayınlanan bir genelgeye dayanılarak izinsiz basın açıklaması yapıldığından bahisle idari para cezası verilmesi, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekliklerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. AYM, 10.05.2022, 2019/36358 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023. Aynı yöndeki örnekler olarak AYM'nin Zülküf Yıldız ve Diğerleri Bireysel Başvuru kararı ile Gülcan Kurnaz ve Diğerleri Bireysel Başvuru kararı verilebilir. AYM, 16.03.2022, 2019/35399 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023, AYM, 16.06.2022, 2020/101 Bireysel Başvuru No, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, 31.01.2023.

⁸³ Danıştay 10. Dairesi'nin bir kararına konu olayda terör örgütü sempatanlarının F tipi cezaevlerini protesto etmek için yaptıkları açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerine ilişkin talimat verilen yayınevi adresinin (ayrıca konumuzla ilgisi olmayan pek çok suç unsuru faaliyetinin de yürütüldüğü kabul edilen) mühürlenmesi işlemi hukuka uygun kabul edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi, 04.11.2003, E. 2003/3394, K. 2003/4246, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 31.01.2023.

gerekli tıbbi müdahalenin yapılmasına yönelik yakın aile bireylerinin iradelerine de öncelik verilmesi gerektiğini belirtmek isteriz.

İlk evrede yani bilincin yerinde ve karar verme yeterliliğe sahip olunan evrede ikinci evrede tedavinin istenip istenmeyeceği konusunda net bir irade beyanı da olmayabilir. CGİK'in ilgili maddesinden açlık grevinde bulunanın ilk evredeki iradesine bakılmadığı için bu ihtimalde de tedaviyi ret hakkının olmadığı sonucunu çıkarabiliriz. Yönetmeliğin 7. fıkrasında da zorunlu beslenme ve tedavi kabul edilmiştir. Fakat TTB tarafından konuya ilişkin açıklamalarda bu konudaki kararın hekimler tarafından hiçbir dış baskı altında olmadan verilecek kararda yani hekimlerin takdirinde olduğu belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

Boran, Bedia. "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, 3, (2007), 96-104.

Demirörs Özge, Sevinç Arslan Hızal, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *AÜHFD*, 65/4, (2016), 1481-1516.

Doğan, Recep. "Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", *Ankara Barosu Dergisi*, (2021), 193-238.

Koparan, Mehmet Reşat. "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *TBB Dergisi*, 65, (2006), 154-172.

Metiner, Fatma Candan Kavşat, Alin Akın Metiner, "Özel Hastane ve Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", *TADD*, 51, (2022), 411-442.

Ömeroğlu, Ömer. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", *EÜHFD*, 3-4, (2011), 83-109.

Özen Muharrem, Meral Ekici Şahin. "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi*, 4, (2010), 15-36.

Özer, Süleyman. "Etik İle Hukuk Sarkacında Açlık Grevi", *TBB Dergisi*, 154, (2021), 1-39.

Sevinç, Murat. "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak; Açlık Grevleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57-1, (2002), 111-135.

Soyer, Ata. "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar", *Türk Tabipler Birliği Toplum ve Hekim Dergisi*, 6, (Aralık 2000), 405-412.

Şahin, Musa Furkan. "Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, (2019), 135-168.

Taşkın, Ahmet. "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi", *TBB Dergisi*, 62, (2006), 230-261.

Çakmut Özlem Yenener, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 1. Baskı, İstanbul: Legal, 2003.

Çavuşoğlu Dilek, *Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler*, 1.Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2020.

Er, Ahmet Ömür Topaç vd. *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk*, 1.Baskı, Ankara: Adalet, Ocak 2021.

Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.

Öğütçü, Özlem. “*Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*”, 1.Baskı, Ankara: Seçkin, Haziran 2019.

Özdemir, Gencer. *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin, 2021.

Özdemir, Sibel Damla. *Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Sorumluluk*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin, Ocak 2022.

Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2016.

Şentuna, Mustafa Tarık. “*Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol*”, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.

Türk Tabipler Birliği, *Açlık Grevi ve Hekimler*, Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Kasım 2012.

Yerdelen, Erdal. *Türk Ceza Hukuku Yaptırımlar ve İnfazı*, 1.Baskı, Ankara: Adalet, 2021.

Altundiş, Arzu. “*Medyanın Dili, Madunun Temsili ve Biyopolitika:2000 Ölüm Orucu Üzerine Bir İnceleme*”, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Demirdöven, Seren. “*Hükümlü veya Tutuklunun Hak Kullanımının ve Beslenmesinin Engellenmesi Suçları (TCK m. 298)*” Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

Gencer, Zafer Adem. “*Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Nisan 2014.

Kılınç, Bilal. “*Mukayeseli Hukukta Ötenaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötenazinin Yeri Sorunu*” İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Küçükçalı, Nevin. “*Uzun Süreli Açlıkların Adli Tıptaki Yeri ve Önemi*”, İstanbul: Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, 2003.

Osmanoğulları, Berçem Dilek. “*Bir Eylem Biçimi Olarak 1996-2000 Yıllarında Türkiye Hapishanelerinde Yaşanan Açlık Grevleri*”, Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017.

Sümer, Necati. “*Dinlerin İntihar Olgusuna Bakışı*”, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.

Uzut, Senem Erdur. “*Wernicke Korsakoff Sendromu'nda Odyolojik Bulgular*”, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.

Ülkü, Muhammet Burak. “*AİHS'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri*”, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Haziran 2018.

Açlık Grevi Eylemcileriyle İlgili DTB Malta Bildirgesi Erişim 06.06.2022 <https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/DTB-Malta%20bildirgesi-2017.pdf>.

Ankara Tabip Odası, “*Açlık Grevi Sürerken TTB Olarak Bir Kez Daha Hatırlatıyoruz!*”, Erişim 21.04.2022 [https://ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=456e0f68-789e-11e9-8558-d074d2c3586f#:~:text=T%C3%BCrk%20Tabipleri%20Birli%C4%9Fi%20\(TTB\)%20Merkez_belgeleri%20bir%20kez%20daha%20hat%C4%B1rlatt%C4%B1](https://ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=456e0f68-789e-11e9-8558-d074d2c3586f#:~:text=T%C3%BCrk%20Tabipleri%20Birli%C4%9Fi%20(TTB)%20Merkez_belgeleri%20bir%20kez%20daha%20hat%C4%B1rlatt%C4%B1).

Türk Tabipler Birliği, ‘*Ölüm Orucu ve Açlık Grevi Eylemleri*’ Üzerine Yine, Yeniden Zorunlu Bir Değerlendirme, Erişim 21.04.2022 https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=d21095e8-d28f-11ea-be10-6c152474dcf3

TOHAV. Erişim 06.06.2022 https://www.tohav.org/malta-bildirgesi#:~:text=Hastan%C4%B1n%20kendi%20ald%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20karar_a%20sayg%C4%B1,en%20iyi%20olan%C4%B1%20yapmak%20zorundad%C4%B1r.&text=Malta'da%20toplanan%2043.

AYM, K. 2013/111, (10.10.2013) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No 2020/29355, (15.03.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No 2020/27934, (15.03.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No, 2019/35399, (16.03.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No 2020/12955, (13.04.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No 2019/5403, (31.03.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No 2019/36358, (10.05.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

AYM, Bireysel Başvuru No, 2020/101, (16.06.2022) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

Danıştay 10. Dairesi, K. 2003/4246, (04.11.2003). <https://karararama.danistay.gov.tr/>

Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/3717, (29.06.2021). <https://karararama.danistay.gov.tr/>

Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/6028, (06.12.2021). <https://karararama.danistay.gov.tr/>

Danıştay 12. Dairesi, K. 2021/1061, (08.03.2021). <https://karararama.danistay.gov.tr/>

Danıştay 12. Dairesi, K. 2021/1069, (08.03.2021). <https://karararama.danistay.gov.tr/>

Danıştay 12. Dairesi, K. 2021/6586, (13.12.2021). <https://karararama.danistay.gov.tr/>

TÜRK CEZA HUKUKUNDA EŞE KARŞI CİNSEL SALDIRI SUÇU*

Zeynep Büşra Korkmaz **

Öz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.102/2'de cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi hali düzenlenmiştir. Çalışmada; bu suçun TCK m.102/2'deki kanuni düzenleniş şekline, gerekçesine ve yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçirdiği değişikliklere yer verilerek; maddi unsurları, manevi unsurları, hukuka uygunluk nedenleri, nitelikli halleri, yaptırımı, soruşturma ve yargılama usulü incelenmiştir. İlk olarak kimlerin eş sayıldığı ve bu hükümlerin kimler için uygulanabileceği, mağdurun yaşına bağlı olarak 16 ya da 17 yaşında evlenmiş olan kişiye karşı, eşi tarafından rızası dışında cinsel davranışlarda bulunulduğunda, cinsel saldırı suçunun mu yoksa cinsel istismar suçunun mu oluşacağı tartışmalarına yer verilmiştir. Devamında, suça konu fiilin neler olduğu, TCK m.102/1'de yer alan basit cinsel saldırı suçunu oluşturan eylemlerin eşler arasında işlenip işlenemeyeceği tartışılmıştır. Son bölümde ise cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde soruşturma ve kovuşturma usulü ile muhakemeye ilişkin birtakım hususlara değinilerek, eşe karşı cinsel saldırı eyleminin soruşturma ve kovuşturulmasının şikâyet şartına tabi olarak düzenlenmesinin uygulamada yol açabileceği sorunlardan bahsedilmiştir. Çalışmamız, suçla ilgili bazı tartışmalı konular ile Türk Ceza Hukuku ve hukukun evrensel ilke ve esasları ışığında incelenen suçun bünyesinde barındırdığı sorunlara ve bu sorunların ne şekilde çözümlenebileceğine dair eleştiri ve önerilere yer verilerek sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Saldırı Suçu, Eş, Mağdur, Şikâyet, İlgilinin Rızası.

SEXUAL ASSAULT CRIME AGAINST A SPOUSE IN TURKISH CRIMINAL LAW

Abstract

Article 102/2 of the Turkish Penal Code No. 5237 regulates the situation in which the crime of sexual assault is committed against the spouse. In the study; by including the legal regulation of this crime in TCK Article 102/2, its justification and the changes it has undergone since its entry into force until today; the material elements, moral elements, reasons for compliance with the law, qualified circumstances, sanction, investigation and trial procedure of this crime have been examined. First, discussions are included on who is considered a spouse, to whom these provisions can be applied, and whether the crime of sexual assault or sexual abuse occurs when a person acts sexually against his 16 or 17-year-old spouse without his spouse's consent. In continuation, what the criminal act is and whether the acts that constitute the crime of simple sexual assault in Turkish Penal Code Article 102/1 can be committed between spouses are discussed. Finally, if the aggravated crime of sexual assault, which is committed by inserting an organ or other object into the body, is committed against the spouse, the investigation and prosecution procedure and some issues regarding the trial are mentioned. Also, the problems that may arise in practice if the investigation and prosecution of the act of sexual assault against the spouse is subject to the complaint requirement have been mentioned. Our study was concluded by including some controversial issues related to crime, the problems inherent in the crime examined in the light of Turkish Criminal Law and the universal principles and Fundamentals of law, and criticisms and suggestions about how these problems can be solved.

Keywords: Sexual Assault Crime, Spouse, Victim, Complaint, Consent of the Person Concerned.

* Makalenin Gönderim Tarihi : 13.11.2023

Makalenin Kabul Tarihi : 28.11.2023

** Öğr.Gör., Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü Öğretim Elemanı, zeynep.korkmaz@kilis.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4244-406X.

GİRİŞ

Yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ırza tasaddi, ırza geçme ve sarkıntılık kavramlarıyla düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz gibi yeni kavramlarla düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesine göre cinsel saldırı suçu; cinsel davranışlarla yapılan vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü davranış şeklinde kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre; cinsel saldırı suçunun meydana gelebilmesi için mağdurun vücut dokunulmazlığı bedensel temasla ihlal edilmelidir. Vücuda gerçekleştirilen temasın vücudun çıplak ya da kıyafetli olması arasında fark bulunmamaktadır. Cinsel saldırı suçunda eylemin bedensel temasla gerçekleşmesi şarttır, eylemin bedensel temas olmadan sadece söz, davranış ya da çıkarılan cinsel sesler ile gerçekleştirilmesi halinde artık cinsel saldırı suçundan değil cinsel taciz suçundan bahsetmek gerekecektir.¹

TCK m.102/1'de düzenlenen basit cinsel saldırı suçu bakımından cinsel arzuların tatmin edilmesi aranmışken, ikinci fıkrada yer alan organ ya da sair cisim sokma şeklinde gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu bakımından cinsel arzuların tatmini değil, gerçekleştirilen fiilin vajinal, anal veya oral yoldan gerçekleşmesi şartı aranmıştır.

Evlilik birliği içinde meydana gelen aile içi şiddet türlerinin en yaygını eşlerin birbirine karşı uyguladığı cinsel şiddettir.² Eşlerin birbirine karşı gerçekleştirdiği hangi cinsel davranışların suç teşkil ettiği ise hem karşılaştırmalı hukuk bakımından hem de Türk Hukuku bakımından yıllardır tartışma konusu olagelmıştır.

Eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı niteliğindeki fiil, Türk Hukuku'nda ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'dan önce özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle fiilin suç olup olmadığı konusunda belirsizlik mevcutken bu belirsizlik 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesi ile giderilmiş oldu. 102. maddenin 2. fıkrasında, ihlalin vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle yapılması, ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir. 102. maddenin 2. fıkrasındaki bu ağırlaştırıcı halin eşe karşı işlenmesi durumunda ise eşin şikâyetine bağlı olmak kaydıyla suç olarak düzenlendiği görülecektir.³

Bu çalışmanın amacı da cinsel suçların evlilik birliği içinde eşler arasında işlenip işlenemeyeceğini ve eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırının hangi şartlarda suç teşkil edeceğini ortaya koymaktır.

¹ Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 228; Durmuş Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 16/434; Ecehan Ardic, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 6.

² Mehmet Ali Uçar, *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 119.

³ Eda Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu* (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009), 2.

1. Eş Kavramı

Türkçe sözlükte “eş”, “*karı kocadan her biri, hayat arkadaşı, refik, refika*” olarak tanımlanmıştır.⁴ Türk Medeni Kanunu’nda ise eş, Türk Medeni Kanunu kapsamında kurulan evlenme akdinin tarafı olan kişiler olarak tanımlanmaktadır.⁵

Eş kavramı, mülga Türk Medeni Kanunu’nda tarafların cinsiyetlerini niteleyecek bir şekilde “*koca*” ve “*karı*” ifadeleri ile belirtilmişken⁶ geçen zaman içinde, modern dünyanın değişmesi ve gelişmesi kadın erkek eşitliğinin de daha çok kabul görmesi nedeniyle 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda evlilik birliği içinde taraflara aynı değerin verildiğini göstermek maksadıyla evlilik birliğinin tarafları olan “*karı*” ve “*kocayı*” belirten kelimeler yerine, cinsiyeti olmayan “eş” kelimesi kullanılmıştır.⁷ Buna rağmen kısmen de olsa 2001 tarihli yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda “*karı*” ve “*koca*” ifadelerinin kullanılmaya devam ettiği görülmektedir.⁸

Türk Ceza Kanunu’nda ise eş kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu sebeple, eşe karşı cinsel saldırı suçunda bahsedilen “*eşin*”, Türk Medeni Kanunu’nda yer alan “eş” olduğu kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu anlamında “eş” sıfatının kazanılabilmesi ise, bu Kanun kapsamında geçerli bir evliliğin yapılmasına bağlıdır. Geçerli bir medeni nikâhın varlığı “eş” sıfatının kazanılması bakımından önem arz etmesi sebebiyle,⁹ fiili birliktelikler bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Yargıtay da bu yöndeki bir kararda şu ifadelerle yer vermiştir; “(.)*Davacı ile Emekli Sandığı iştirakçisi iken 15/08/1998 tarihinde bir başkasıyla “evli” olarak vefat eden İ.A. arasında resmi evlilik bulunmamaktadır. Davacının, müteveffa İ’le 1946 yılından beri nikâhsız olarak fiilen beraber yaşamış olması, bu fiili beraberliğin ‘evlilik’ olarak kabulünü ve tescilini gerektirmez. Evlilik ancak, evlendirme memuru önünde evleneceklerden her birinin, bu amaca uygun iradelerini sözlü olarak açıklamalarıyla oluşur (TMK md. 142) (...)*”¹⁰

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda aile hukuku düzenleme altına alınmış olmasına rağmen evlenmenin tanımı yapılmamıştır. Öğretide ise evlenme; “*Tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli şekilde evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır.¹¹

Evlenmenin şartları ise Türk Medeni Kanunu’nun 124 ve devamı maddelerinde şu

⁴ Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük”, (Erişim 16 Ekim 2023).

⁵ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 16.

⁶ “*Karı ve kocadan her birinin kan hısımları diğerinin aynı derece sıhrî hısımları olur(...)*” (473 sayılı TMK m. 18), “*Kocanın ikametgâhı karının ve ana ve babanın ikametgâhı(...)*” (473 sayılı TMK m. 20), “*Bir cemiyet azası kendisi veya karı ve kocası(...)*” (473 sayılı TMK m. 66).

⁷ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 14.

⁸ “(.)*karı gebe kalırsa evlenmenin iptaline karar verilemez.*” (4721 sayılı TMK m. 153), “(.)*kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu(...)*” (4721 sayılı TMK m. 288), “(.)*Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu (...)*” (4721 sayılı TMK m. 173), “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; (...)*” (4721 sayılı TMK m. 187).

⁹ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 22.

¹⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/1435 (1Şubat 2010).

¹¹ Turgut Akıntürk - Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 19/59; Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015), 46.

şekilde düzenlenmiştir;

- a) Ayırt etme gücü,
- b) Evlenme yaşı,
- c) Evlenecek olan kişi ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcinin izni,
- ç) Evlenme engellerinin bulunmaması,
- d) Evlenmenin şekli şartlarının sağlanması.

Bu şartlardan birinin eksikliği evlenmeyi engeller.¹²

2. Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu

Cinsel davranış ifadesi hem 765 sayılı mülga TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da tanımlanmamıştır. Bu sebeple cinsel davranış ifadesinin ne anlama geldiği konusunda objektif ve subjektif olmak üzere iki görüş ileri sürülmüştür.¹³ *Objektif görüşü* savunanlar kendi içinde ayrılmaktadır. İlki, cinsel davranışın tıp, antropoloji, sosyoloji ve psikoloji bilimlerine göre açıklanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁴ İkinci görüşe göre ise eylemin cinsel bir davranış olup olmadığının belirlenmesi bakımından ikili ilişkilere bakılması gerekmektedir. Buna göre davranışın cinsel nitelikte olup olmadığı, kişilerin fizyolojik, anatomik, psikolojik, antropolojik, patolojik durumu ile sosyal ve kültürel durumu belirlenerek saptanabilir. *Subjektif görüşe* göre de failin davranışlarını gerçekleştirirken sırasında şehvi hislerle hareket edip etmediği araştırılarak failin kastı belirlenmelidir.¹⁵ Bunun için genel kast yeterlidir. Yani failin cinsel davranışta bulunma kastıyla hareket etmesi halinde ortada bir cinsel davranış vardır. Yargıtay da cinsel bölgelere yapılan temas ile cinsel bölge niteliğinde olmayan fakat cinsel organla yapılan veya davranışın bütünlüğünden cinsel amaç ile yapıldığı anlaşılan fiilleri cinsel nitelik taşıyan davranış kapsamında değerlendirmektedir.¹⁶ *Cinsel davranış*; istismarı gerçekleştiren kişinin, mağdurun vücudunun cinsel bölgelerine yani kalça, anüs, penis, vajina ve perineal alanlarına dokunma, okşama ya da kendi cinsel bölgelerine dokundurtma, okşatma gibi fiilleri içeren davranışlardır.¹⁷ Bu davranışların kıyafetli ya da kıyafetsiz gerçekleşmesinin

¹² Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 19; Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 47.

¹³ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 4; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku* 366-367.

¹⁴ Özlem Yenerer Çakmut, "Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, (2016), 15; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 366-367.

¹⁵ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 4; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 366-367.

¹⁶ "Sanığın olay günü yolda yürümekte olan müştekinin yanına yaklaşarak kalçasını ellemek suretiyle vücut temasını içeren ve mahkemece de oluşu kabul edilen eyleminin cinsel saldırı suçunu..." Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2007/5422 (28 Haziran 2007); "Sanığın oluşu kabul edilen 15.03.2006 günü mağdurenin kalçasını sıkımsak şeklinde gerçekleşen ve vücut temasını da içeren eyleminin, çocuğun basit cinsel istismarı vasfında bulunduğu ve TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeyerek cinsel taciz olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2009/1909 (19 Şubat 2009).

¹⁷ Emin Domaç, *Zonguldak Bülent Ecevit Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine Gönderilen Aile İçi Cinsel İstismar (Ensest) Olgularının Mağdur ve Saldırgan Açısından Değerlendirilmesi* (Zonguldak: Zonguldak Bülent Ecevit Üniversitesi, Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD, 2019), 12; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku* 366.

veya istismarı gerçekleştiren kişinin tatmin olup olmamasının bir önemi yoktur.¹⁸

Dünya Sağlık Örgütü de Şiddet ve Sağlık Konusundaki Dünya Raporunda cinsel şiddeti şu şekilde tanımlamaktadır; “*cinsel bir eylem gerçekleştirmeye, istenmeyen cinsel sözler söylemeye, cinsel yaklaşım ve tekliflerde bulunmaya ya da bir kişiyi ticari amaçla cinsel olarak kullanmaya yönelik eylemlerin tümünü kapsamakta olup, kurbanla fail arasındaki ilişki her ne olursa olsun, kurbanın evinde ya da iş yerinde sınırlı kalmaksızın her türlü koşulda bir kişinin cinselliğine karşı dolaylı ya da direkt olarak ve zorlamayla yapılan cinsel bir eylemi içermektedir.*”¹⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi ise cinsel şiddeti; “*kişinin rızası olmaksızın cinsel dokunulmazlığını hedef alan cinsel nitelikli eylemler*” ifadeleriyle tanımlamıştır.²⁰

Cinsel saldırı²¹, mağdurun rızası hilafına cinsel özgürlüğüne karşı haksızlık içeren müdahaledir.²² 765 sayılı TCK’da, özel olarak düzenlenmiş cinsel saldırı suçu bulunmamakla beraber, cinsel saldırı suçunu karşılayabilecek üç ayrı suç tipi karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarıdır. 5237 sayılı TCK’da ise cinsel saldırı suçu, özel olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’da düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu, 765 sayılı TCK’daki ırza geçme, ırza tasaddi ve fiilî sarkıntılık suçlarını kapsar şekilde düzenlenmiştir.

Orta Çağ’da, Roma Hukuku’nda VIII. yüzyıldan sonra “*Lex Julia de Adulteris*” Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte zina, çok evlilik, ensest ve her türlü gayri meşru cinsel ilişki fiilleri suç olarak kabul edilmiş ve cezalandırılmıştır.²³ İslam Hukuku’nda, evlilik dışı gerçekleştirilen cinsel ilişkiler zina suçu olarak kabul edilmiş ve bunlara had cezası uygulanmıştır.²⁴ Zina eyleminin zorla gerçekleştirildiği durumlar ise ayrı tutulmuş ve cebre maruz bırakılarak gerçekleştirilen cinsel eylem mağduru kadının cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir.²⁵

Modern dünyanın değişmesi ve gelişmesi ile birlikte, uluslararası hukukta da eşe karşı

¹⁸ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku* 366-367.

¹⁹ Handan Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 57 (2005), 243; Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99 (2012), 270; Duygu Özgür Yıldırım, *Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi Hali: Evlilik İçi Tecavüz*, (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 17-18; Oğuz Polat, “Şiddet”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/1 (2016), 15-16.

²⁰ Erkan Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011), 13.

²¹ Ceza hukuku alanında bu fiilin, ırza geçme suçu olarak kabulüne ilk kez Danimarka Ceza Kanunu’nda rastlamaktayız. Danimarka Ceza Kanunu ırza geçme suçunu “*Bir kadın ile rızası olmaksızın cebir ve şiddetle, hürriyetine mani olarak, hayatını, sıhhatini, kendisini veya yakınlarını tehdit ederek cinsel ilişki kurmak*” olarak tanımlamıştır. Yeşim Özer, “Türkiye’de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları”, *Kadın Araştırmaları Dergisi* 11 (Şubat 2012), 4.

²² Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 15.

²³ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 244; Abbas Kılıç, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 78 (2008), 174.

²⁴ Nur Suresi 2. Ayet-i Kerime, Zina suçunun cezası; recm (suçlunun beline kadar toprağa gömülmesi ve taşlanarak öldürülmesi) veya celdedir (sopa ile dövmek.); Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 245; Onur İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu* (Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012), 3.

²⁵ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 245.

cinsel saldırı suçuna yönelik düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.²⁶ Modern hukukta evlilik içi cinsel saldırının suç olarak düzenlendiği ilk yer, Danimarka Ceza Kanunu olmuştur.²⁷ Danimarka Ceza Kanunu'na göre evlilik içinde bile olsa kadının rızası dışında gerçekleştirilen cinsel ilişki, cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.²⁸ Fransa'da, 1980 yılında Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklik ile cinsel saldırı suçu; "*hangi mahiyette olursa olsun, başkasının cismi üzerinde cebir ve şiddet veya hile ile işlenen her cinsel idhal fiili ırza saldırı teşkil eder*"²⁹ şeklinde tanımlanmış ve 1990 yılında Fransız Yargıtayı evlilik birliği içinde eşin rızası olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişkiyi cinsel saldırı suçu olarak kabul etmiştir.³⁰ Belçika'da da Belçika Yüksek Adli Mahkemesi, evlilik birliği içinde zorla gerçekleşen cinsel ilişkiyi ırza geçme suçu olarak kabul etmiştir.³¹ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, CR ve SW davalarında eşinin rızası olmaksızın eşiyile zorla cinsel ilişkiye giren sanığın cezalandırılmamasının modern evlilik anlayışına uymadığı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin temel amaçlarına da aykırı olduğunu ifade etmiştir.³²

Türk hukukunda da 5237 sayılı TCK'dan önce, eşe karşı cinsel saldırının suç olduğuna ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmaması sebebiyle kocanın, karısının rızası hilafına gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin normal yani vajinal yoldan olması halinde suç oluşmamaktaydı.³³ Bu dönemdeki doktrine göre, karısıyla sadece anormal yoldan (anal cinsel ilişki) cinsel ilişkide bulunan kocanın fiili, 765 sayılı TCK m.478/1-3'te "*aile bireylerinden birine rahim ve şefkatle bağdaşmayacak şekilde fena muamele*" suçunu oluşturacaktır. Yargıtay da bu görüşü destekler şekilde, karı koca arasındaki zorla gerçekleştirilen normal (vajinal yoldan gerçekleşen) cinsel ilişkinin suç oluşturmadığı, ancak anormal (anal ya da oral yoldan gerçekleşen) cinsel ilişkilerin aile efradına karşı fena muamele suçunu oluşturduğuna dair kararlar vermiştir.³⁴ Kocanın karısını cinsel ilişkiye zorlamak amacıyla gerçekleştirdiği eylemin bedensel bütünlük ve sağlığı bozacak fiil derecesine varması halinde ise, bu dönemdeki doktrin ve yargı içtihatlarına göre, kocanın eylemi yine "*ırza geçme*" suçundan cezalandırılmayacak; sadece bedensel bütünlüğü ve sağlığı bozacak fiilden dolayı cezalandırılacaktır. Yargıtay'ın bu konuda görüşü ise, "*karıya karşı fena muamele*" suçunun olduğu yönündedir.³⁵ Yine Yargıtay

²⁶ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 10.

²⁷ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 14.

²⁸ Özer, "Evlilik İçi Tecavüz", 4.

²⁹ Özer, "Evlilik İçi Tecavüz", 5.

³⁰ Özer, "Evlilik İçi Tecavüz", 5.

³¹ Özer, "Evlilik İçi Tecavüz", 5.

³² Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 14.

³³ Mehtap Hamzaoğlu - Emrah Konuralp, "Türk Hukuk Sisteminin 'Namus' la İmtihani: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi* 2/2 (2018), 79.

³⁴ Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 259; Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 1946/4823 (16 Mayıs 1946), "*Kocanın karısına livata fiilini yapması karı koca cinsi ihtiyacının tatmini hususundaki muvazeneyi ihlal eden ve kadınlık gurur ve haysiyetini kıran bu gayri tabii hal Ceza Kanunu'nun 478'inci maddesinde yazılı kariya karşı fena muamele teşkil eder.*"; Yine Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 1994/6217 (7 Temmuz 1994) sayılı kararında, manevi cebirle eşiyile ters ilişkide bulunan sanığın eyleminin "*aile bireylerinden birine rahim ve şefkatle bağdaşmayacak bir biçimde fena muamele*" suçunu oluşturacağını belirtmiştir.

³⁵ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 17.

Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararda;³⁶ “(...)ırza geçmede cinsel ilişkinin meşru olmaması gerekir(...), böyle bir (evlilik içi ırza geçmeyi) cezalandırma, TCK'nın 434. maddesini ortadan kaldıracak ve yasanın bütünlüğünü bozacaktır. Ceza Yasası'nın 434. maddesinin varlığı, kocanın bu tür fiillerinin zorla ırza geçme suçunu oluşturmayacağına bir göstergesidir(...), 434. maddeyi kabul ederek aile kurmayı teşvik eden yasa koyucunun amacına aykırı olup, aile bütünlüğünü bozacaktır(...)” gerekçesine yer vermiştir.³⁷ Yargıtay'ın 765 sayılı TCK dönemindeki eşin diğer eşi anal yoldan cinsel ilişkiye zorlamasının kötü muamele suçu olarak değerlendirilmesi yönündeki kararları modern hukuk anlayışının çok uzağındadır. Tarafları eş olsa dahi, rızaya dayanmayan anal, vajinal ya da oral her türlü cinsel ilişki cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.³⁸

Türk hukukunda cinsel özgürlüğü ihlal eden davranışlar, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının “Kişilere karşı suçlar” başlıklı kısmının “Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir. TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, kanunda anlatıldığı şekilde, “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” gerekir. Yani kişinin vücut dokunulmazlığının herhangi bir davranışla ihlali değil; cinsel bir davranışla ihlali cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır.³⁹ TCK m.102'de cinsel saldırı suçunun, iki şekilde işlenebileceği düzenlenmiştir. Birincisi, TCK m.102/1'de düzenlenen vücuda organ veya sair bir cisim sokmaksızın vücut dokunulmazlığının ihlali, ikincisi ise TCK m.102/2'de düzenlenen vücuda organ veya sair cisim sokarak vücut dokunulmazlığının ihlalidir.

Türk Hukuku'nda ilk kez 5237 sayılı TCK ile nitelikli cinsel saldırı suçunun, eşe karşı işlenmesi hali için, kanunda özel bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁰ TMK anlamında evli olan eşler arasında, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen fiilin, mağdur eşin şikâyeti üzerine cinsel saldırı suçunu meydana getireceği TCK m.102/2'de düzenlenmiştir. Organ ya da sair cisim sokma şeklinde gerçekleşen cinsel saldırı suçunun işlendiği tarihte eşlerin ayrı yaşamaları ya da haklarında ayrılık kararı verilmiş olması suçun eşe karşı işlenmiş olması durumunu değiştirmeyecektir. Eşlerin ayrı yaşadıkları durumlarda ya da haklarında ayrılık kararı verilmiş olan hallerde de suç, eşe karşı işlenmiş olur.⁴¹

2.1. Korunan Hukuki Yarar

765 sayılı TCK döneminde, yasa koyucunun cinsel suçlara cinsel özgürlük bağlamında

³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 1996/191- 251 (26 Kasım 1996).

³⁷ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 12; Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 292-293; Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 1953/7956 (9 Temmuz 1953); “Gayri tabii yoldan cinsi temasa mecbur eden kocanın fiilinde müessir fiil ve cismen eza kastı bulunmadığı cihetle failin “fena muamele” cürmünden mahkumiyeti gerekir”; Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 1990/7044 (19 Aralık 1990); “Karısını manevi cebir kullanarak anal (ters) ilişkiye zorlayan sanığın eylemi TCK 478/1-3 maddesindeki suçu oluşturur”; Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 1994/6219 (7 Temmuz 1994); “Evli olduğu mağdurenin iradesine karşın zorla ters (anal) ilişkide bulunan sanığın eylemi, aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturur.”

³⁸ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 26.

³⁹ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 17.

⁴⁰ Mehmet Emin Artuk - Caner Yenidünya, *Evlilik İçinde Irza Geçme* (İstanbul: Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınları,1999), 144; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 26; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 14.

⁴¹ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, 392.

değil, genel âdap açısından bakması sebebiyle cinsel suçlar,⁴² kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında değil “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” başlığı altında topluma karşı işlenen suçlar altında düzenlenmiştir.⁴³ Yani 765 sayılı TCK döneminde cinsel suçlarda korunan ortak hukuksal yarar genel ahlak ve aile düzenidir.⁴⁴ Bu dönemde bireylerin cinsel özgürlüğü ve cinsel bütünlüğü değil, kamu düzeni, genel ahlak, aile ve toplum düzeni gibi değerler korunmaktadır.⁴⁵

5237 sayılı TCK’da ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar TCK’nın 2. Kitabı’nın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısımında düzenlenmiştir.⁴⁶ TCK m.102’nin gerekçesinde ise bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı olduğu belirtilmiştir.⁴⁷ Yeni düzenlemeyle yasa koyucu, cinselliği kişisel bir özgürlük değeri olarak görmüş ve cinsel suçların genel âdap ve aileye karşı değil, kişilerin bedensel ve cinsel bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen bir suç olarak düzenleyerek bireye verdiği önemi göstermiştir.⁴⁸

TCK m.102/2’nin 2. cümlesinde düzenlenen eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunda ise korunan hukuki değer eşlerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlükleridir.⁴⁹ Evlenme eşlere cinsel ilişkiye girmeyi talep hakkı vermekle birlikte eşler cinsel özgürlüklerini

⁴² “ırza geçme” (m. 414-416/1), “ırz ve namusa tasaddi” (m. 415-416/2), “reşit olmayan 15 yaşını bitirmiş küçüklerle rızaen cinsel münasebet” (m. 416/3), “söz atma, sarkıntılık” (m. 421) ve “evlenme vaadiyle kızlık bozma” (m. 423).

⁴³ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 217; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 15; Kahraman Serhat Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014), 19; Murat Volkan Dülger, “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler”, *İstanbul Barosu Dergisi* 80/2 (2006), 5.

⁴⁴ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 32; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 245-246; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 26-27; Nur Centel, *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*, Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ’a Armağan (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997), 119; Dülger, “Evlilik Birliği İçinde”, 5; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 16.

⁴⁵ Özer, “Evlilik İçi Tecavüz”, 7; Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 22; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 271.

⁴⁶ “cinsel saldırı” (m. 102), “cinsel istismar” (m. 103), “reşit olmayanla cinsel ilişki” (m. 104), “cinsel taciz” (m. 105).

⁴⁷ Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 28; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 245-246; Adalet komisyonu hazırladığı raporda düzenlemenin gerekçesini şu ifadelerle açıklamıştır; “*bu suçlar İkinci Kitabın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Kısımının Sekizinci Bölümünde, içerik ve sistematik bakımından yeniden tanımlanmıştır. Bu yeni düzenlemede, kişinin vücut dokunulmazlığı ve özellikle cinsel dokunulmazlığı daha etkin bir şekilde koruma altına alınmıştır.*”

⁴⁸ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 32-33; Mahmut Koca - İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 282 “*Cinsel özgürlük, kişilerin cinselliğini yaşama konusunda hür iradesiyle tercihte bulunabilme hakkı.*”; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005), 56; Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 280-282; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 319-320; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, 246-271; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 16; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 271; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 38; “*Cinsel nitelikli bir davranışa girişme konusundaki irade özerkliği*” Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, 356; Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 29; Ahmet Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığı Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 44; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 67.

⁴⁹ Özer, “Evlilik İçi Tecavüz”, 11; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 27; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 35-36; Gülşah Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCKm.102)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 21/1 (2013), 821.

birbirlerine devretmezler. Yani cinsel ilişki talebinde bulunulan eşin, cinsel ilişki talebini kabul yükümlülüğü bulunmaması sebebiyle, evlilik içinde olsa dahi rıza olmaksızın vücuda sair bir cisim veya organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmiştir.⁵⁰

2.2. Suçun Kanunilik Unsuru

Eşe karşı cinsel saldırı suçuna ilişkin düzenleme TCK m.102/2’de yer almaktadır. Düzenlemeye göre;

“Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.”

TCK m.102/1’deki basit cinsel saldırı suçu ise; *“Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Öğretide birinci fıkrada tanımlanan basit cinsel saldırı suçunda “eş” ifadesinin geçmemesi nedeniyle bu suçun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, cinsel saldırı suçunun daha ağır hali olan TCK m.102/2’nin eşe karşı işlenmesi halinde şikâyete tabi olması sebebiyle bu suçun basit halinin de cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁵¹ Bu görüşe karşı çıkan yazarlar ise, eşler arasında TCK m.102/1’deki suçun oluşamayacağını, bunun sebebi olarak ise birinci fıkra yönünden düzenleme yapılmadığını ve madde gerekçesini dayanak olarak göstermişlerdi.⁵² Yargıtay da bu görüşü destekler şekilde, faili eş olan sanık hakkında basit cinsel saldırı suçundan yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararını bozmuş ve gerekçe olarak eşler arasındaki cinsel eylemlerin suç olduğuna dair madde metninde düzenleme bulunmamasını göstermiştir; *“Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK’nın 102/2. maddesinin ikinci cümlesinde şikâyete tâbi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK’nın 102/1. maddesindeki suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi(...)”*⁵³

2.3. Suçun Konusu

Cinsel suçlarda maddi konu iki ayırım yapılarak belirlenmelidir. İlk olarak, temas olmadan gerçekleştirilen cinsel taciz suçunun maddi konusu, cinsel taciz oluşturan söz, yazı ya

⁵⁰ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 35-36; Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCKm.102)”, 821; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 27.

⁵¹ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 15; TCK m.102/1’de yer alan basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında da işlenebileceğine dair görüşler için bkz. Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 320; Ersan, Şen, *Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu*, <https://www.hukukihaber.net/evlilik-birliginde-basit-cinsel-saldiri-sucu-makale,3735.html> (Erişim T. 22/10/2023)

⁵² Artuk vd., *Özel Hükümler*, 291-292; Yazarlar TCK m.102/2’deki açık düzenleme ve 102/1’de herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle eşler arasındaki basit cinsel saldırı suçu kapsamındaki fiillerin suç oluşturmayacağı ve ceza hukuku kapsamında da cezalandırılmalarının mümkün olmadığı kanaatindedir.

⁵³ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 16; Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/1689 (13 Şubat 2014).

da davranışların muhatabı olan mağdurdur.⁵⁴ İkinci olarak, cinsel bir temasın varlığının arandığı basit cinsel saldırı suçunda ise maddi konu, mağdurun vücududur. Son olarak, organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda, failin cinsel eylemini mağdurun cinsel organı ya da vücut boşlukları üzerinde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu bakımından da suçun maddi konusu mağdurun vücududur.⁵⁵

Suçun maddi konusu, ancak yaşayan bir insan bedeni olabilir. Ölüye karşı gerçekleştirilen eylem cinsel saldırı suçunu değil, TCK m.130/2’de düzenlenen ölünün hatırasına hakaret suçunu oluşturacaktır. İnsan dışındaki bir canlıya karşı (hayvana karşı) cinsel bir davranışta bulunulması halinde ise cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır.⁵⁶

Eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun maddi konusu da mağdur eşin vücududur. Diğer cinsel suçlarda olduğu gibi bu suçta da mağdurun vücudu, suçtan doğrudan etkilenen konumundadır.

2.4. Mağdur

Cinsel saldırı suçunda mağdur, kadın veya erkek yaşayan herkes olabilir.⁵⁷ Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda mağdurun yaşı, sıfatı, zihinsel ve bedensel gelişimi gibi durumlar faile uygulanacak kanun maddesi bakımından önemlidir.⁵⁸ Mağdurun, failin eşi olması hali ise nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından ayrıca düzenlenmiştir.⁵⁹

Eşe karşı cinsel saldırı suçunun mağduru, cinsel bir davranış gerçekleştirmek suretiyle cinsel özgürlüğüne müdahale edilen diğer eştir. Eşe karşı cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için, mağdurun da failin de “eş” sıfatını taşıması zorunludur. Eş ifadesi, TMK kapsamında geçerli biçimde kurulmuş olan evliliğin tarafı olan kişileri ifade ettiğinden, cinsel saldırı suçunun mağduru da yine evlilik birliği içinde bulunan kadın veya erkektir.⁶⁰ Eşe karşı cinsel saldırı suçunda fail ile mağdurun farklı cinsiyetlerde olmaları zorunludur.⁶¹ Tarafların eş olmaması halinde yani evlilik dışı veya dini nikâhlı olarak birlikte yaşayan kişiler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı fiili, “eşe karşı cinsel saldırı” olarak değil, nitelikli cinsel saldırı suçu olarak değerlendirilecektir.⁶²

TMK m.124’e göre; olağan evlenme yaşı on yedi olmakla birlikte, olağanüstü bir sebebin varlığı halinde hâkim kararıyla on altı yaşını dolduranlara da evlenme izni verilebilir.

⁵⁴ Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 336; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 34; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 273; Artuk vd., *Özel Hükümler*, 309; Karlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 36; Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCKm.102)”, 826-827.

⁵⁵ Artuk vd., *Özel Hükümler*, 309; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 34; Karlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 36; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 273; Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCKm.102)”, 826-827.

⁵⁶ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 38; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 34.

⁵⁷ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 358; Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 283; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 38; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 34; Dülger, “Evlilik Birliği İçinde”, 12; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 272.

⁵⁸ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 39.

⁵⁹ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 272; Dülger, “Evlilik Birliği İçinde”, 12.

⁶⁰ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 29.

⁶¹ Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 284.

⁶² Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 28; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 45.

Bu durumda 16 veya 17 yaşında evlenmiş olan, 18 yaşını doldurmamış olması nedeniyle “çocuk” sıfatını, geçerli bir evlilik yapmış olması sebebiyle de “eş” sıfatını taşıyan mağdura karşı eşi tarafından zorla gerçekleştirilen cinsel saldırıların cinsel saldırı suçunu mu yoksa çocukların cinsel istismarı suçunu mu oluşturacağı hususu TCK’da özel bir düzenleme yapılmamış olması sebebiyle tartışmalıdır.⁶³ Doktrinde bu konuda iki hâkim görüş vardır. Birinci görüşe göre; rızası olmaksızın eşi tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlarda mağdurun, 18 yaşından küçük olması ve “çocuk” sıfatını taşıması sebebiyle çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı, bu sebeple suçun soruşturma ve kovuşturmasının res’en yapılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁴ Diğer görüşe göre; failin, 18 yaşından küçük dahi olsa mağdurla TMK kapsamında geçerli bir evlilik kurması sebebiyle, mağdur eşle rızası olmaksızın gerçekleştirmiş olduğu cinsel davranışlarda, eşe karşı cinsel saldırıya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁵ Doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde, biz de ikinci görüşün yerinde olduğunu, yani mağduru eş olan kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından fail eşe cinsel istismar suçundan değil eşe karşı cinsel saldırı suçundan değerlendirme yapılmasının hakkaniyete uygun olacağını düşünmekteyiz.

2.5. Fail

TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun faili “kişi” olarak tanımlandığı için kadın veya erkek herkes fail olabilir.⁶⁶ Fail ve mağdur farklı cinsiyetten kimseler olabileceği gibi aynı cinsiyetten kişiler de olabilir.⁶⁷

TCK m.102/2’de düzenlenen, organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun failinin kim olabileceği hususunda öğretide tartışmalar mevcuttur. Doktrindeki yazarlardan bir kısmı⁶⁸ failin hem kadın hem de erkek olabileceğini ifade ederken, diğer kısım yazarlar ise cinsel organ sokma fiilinin ancak erkek bir fail tarafından gerçekleştirilebileceğini, kadın failin bu fiili uygulama kabiliyetinin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. YCGK, eski TCK döneminde ırza geçme eylemini; “(...) aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması(...)”⁶⁹ şeklinde tanımlayarak failin ırza geçme suçu bakımından erkek olabileceğine kanaat getirmiştir.⁷⁰

TCK m.102/2’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için

⁶³ Ardic, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 55-58.

⁶⁴ Ardic, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 58.

⁶⁵ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 29.

⁶⁶ Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 282; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 356; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 17-18; Dülger, “Evlilik Birliği İçinde”, 12; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 272.

⁶⁷ Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 282; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 356; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 17-18; Dülger, “Evlilik Birliği İçinde”, 272.

⁶⁸ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 356; Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), 100; Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 282; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 17-18.

⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 1990/56 (4 Haziran 1990).

⁷⁰ İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 18; Sulhi Dönmezer, *Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983), 113.

cinsel saldırının vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi gerekmektedir.⁷¹ Madde gerekçesine göre, “Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacını taşıması zorunlu değildir”.⁷² Gerekçeden de anlaşılacağı üzere suçun oluşması için vajinal, anal ya da oral yoldan bir organın veya sair bir cismin sokulması bu suçun oluşması için yeterlidir. Bu nedenle cinsel organı sokamamakla birlikte parmak veya başka bir organı ya da sokmaya elverişli herhangi bir cismi anal ya da oral yoldan sokan kişi de aynı sonucun meydana gelmesini sağladığı için kadın ya da erkek olması fark etmeksizin fail olması mümkündür.⁷³ Yani cinsel suç faili; kadın, erkek veya on sekiz yaşından büyük ya da küçük olabilir.⁷⁴

Yukarıda da bahsedildiği üzere cinsel saldırı suçunun fail ve mağdurunun herkes olması mümkünken, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için mağdur ve failin “eş” sıfatını taşımaları bir zorunluluktur.⁷⁵ Yani cinsel saldırı suçunun basit hâli herkes tarafından işlenebilirken nitelikli hâli olan eşe karşı cinsel saldırı suçu, özel fail tarafından işlenebilen görünüşte özgü suçtur. Suç, fail tarafından mağdur eşe karşı doğrudan işlenebileceği gibi, cinsel saldırı suçunu oluşturan davranışlar fail eşin mağdur eşini zorlamasıyla mağdurun rızası hilafına bizzat kendisine de yaptırılabilir.⁷⁶

2.6. Fiil

TCK m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şekli, başka bir kişi tarafından fiziksel temas içeren cinsel davranışlarla kişinin rızası dışında vücut dokunulmazlığını ihlalidir. Cinsel davranış; istismarı gerçekleştiren kişinin mağdurun vücudunun cinsel bölgelerine yani kalça, anüs, penis, vajina ve perineal alanlarına dokunma, okşama, elleme, öpme ya da kendi cinsel bölgelerine dokundurtma, okşatma, sarılma gibi fiilleri içeren davranışlardır.⁷⁷ Cinsel saldırıdan söz edilebilmesi için ise bedensel temas şarttır,⁷⁸ fakat bu temasın çıplak vücuda ya da cinsel organlara yapılması gerekmez. Bedensel temasın olmadığı hallerde yani davranışın sözle, hareketle ya da başka bir şekilde gerçekleşmesi durumunda⁷⁹ cinsel saldırı suçu değil, cinsel taciz suçu⁸⁰ oluşur. Örneğin, cinsel amaçla bir kişinin seyredilmesi ya da kişiyi kendi üzerinde cinsellik içeren davranışlar sergilerken izlemeye zorlama cinsel vücut teması

⁷¹ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 257.

⁷² Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 274-275.

⁷³ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 258; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 356; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 68.

⁷⁴ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 67; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 19.

⁷⁵ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 356; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 77.

⁷⁶ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 27-28.

⁷⁷ Domaç, “*Aile İçi Cinsel İstismar (Encest)*”, 12; Cinsel davranışlar cinsel amaçlı veya cinsel istekleri tatmine yönelik olarak yapılan hareketlerdir.

⁷⁸ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 78.

⁷⁹ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 79; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *CHD* 24, 61.

⁸⁰ “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi(...)” (TCK m. 105); Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, 61.

içermediği için cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.⁸¹ Yargıtay da kararlarında bedensel teması esas ölçüt olarak, fiziki temas olmayan cinsel davranışları cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirmektedir.⁸² Bu yönde verdiği bir kararında şu ifadeler yer almaktadır; “ (...) *Mağdurenin aşamalarındaki samimi anlatımları ve dosya içeriğinden sanığın eyleminin cinsel saikle kollarından tutması ve cinsel içerikli sözler söylemesinin TCK'nın 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu halde, suç vasfında yanılığa düşülerek TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçundan hüküm kurulması(...)*”.⁸³

TCK m.102/1'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel halinin oluşabilmesi için, cinsel davranışta bulunan failin, mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel arzularını tatmin amacıyla ihlal etmesi gerekir.⁸⁴ Yani TCK m.102/1'deki davranışlar cinsel arzuları tatmin amacıyla mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen fakat cinsel ilişki boyutuna da varmayan davranışlardır.⁸⁵ Cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışların eşler arasında işlenip işlenemeyeceği ise tartışmalıdır. Öğretideki bir kısım yazara göre kanun maddesinde mağdur bakımından bir ayrıma gidilmemiş olması sebebiyle eşe karşı da bu suçun işlenebileceği kabul edilmiştir.⁸⁶ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise eşler arasında gerçekleşen basit cinsel saldırı fiili bakımından kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmaması ceza hukukundaki kanunilik ve belirlilik ilkeleri sebebiyle suç teşkil etmeyecektir.⁸⁷ Evlilik birliğinin taraflara yüklediği hak ve sorumluluk gereği eşlerin birbirlerinden cinsel istek ve arzularının tatminini talep hakkı vardır. Eşlerin birbirine dokunması, öpmesi ve sarılması için birbirinden izin alması, evlilik akdinin eşler arasında gerçekleştirdiği samimiyeti ve yakınlığı ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle, eşlerin birbirine karşı gerçekleştirdikleri öpme, okşama, elleme, dokunma veya sarılma gibi fiiller suç teşkil etmeyecektir. Yargıtay da bu yönde verdiği bir kararında şu ifadelere yer vermiştir; “*Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK'nın 102/2. maddesinin ikinci cümlesinde şikâyete tâbi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu*

⁸¹ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 80; Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için failin eylemi özel kastla yani cinsel bir amaçla gerçekleştirmesi gerekir. Aksi takdirde söz konusu fiil, TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret, 106. maddesinde düzenlenen tehdit ya da 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu olarak değerlendirilir.; Dursun, “Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, 61.

⁸² Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda”, 277; Yargıtay'ın mağdurenin elinden tutup söz atması durumunda cinsel saldırı suçunun oluştuğuna dair kararlar için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2009/5650 (11 Mayıs 2009); Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2010/1464 (23 Şubat 2010); Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2009/13579 (3 Aralık 2009); Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2009/517 (28 Ocak 2009); Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2008/9960 (18 Kasım 2008); “ (...) *Katılanın aşamalarındaki beyanlarında sanığın kendisine söz attığı sırada elini tuttuğunu da iddia etmesi karşısında sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 102/1 maddesi kapsamında yer alan basit cinsel saldırı suçu niteliğinde olup olmadığının tayin ve takdiri(...)*”.

⁸³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2013/1339 (14 Şubat 2013).

⁸⁴ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda”, 251; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 286; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 356.

⁸⁵ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 82.

⁸⁶ İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 20; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 320; Handan Yokuş Sevük, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *CHKD* 3/2, 129; Kılıç, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, 191.

⁸⁷ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 357; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 285; İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 20; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 31.

*kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK'nın 102/1. maddesindeki suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi, (...)*⁸⁸

TCK m.102/2'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için, cinsel saldırının vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi gerekmektedir.⁸⁹ Madde gerekçesine göre, “*Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkırdaki tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacını taşıması zorunlu değildir*”.⁹⁰ Gerekçeden de anlaşılacağı üzere suçun oluşması için vajinal, anal ya da oral yoldan bir organın veya sair bir cismin sokulması bu suçun oluşması için yeterlidir. Yani parmağın mağdurun vajina ya da anüsüne sokulmasıyla da cinsel saldırı gerçekleştirilmesi mümkündür.⁹¹ Organ veya sair cismin tamamının vücuda sokulması fiilin tamamlanması için zorunlu değildir. Organ veya sair cismin mağdurun vücuduna kısmen de olsa girmiş olması yeterli olup ne kadar girdiğinin suçun tamamlanması bakımından önemi yoktur.

TCK m.102/2'nin 2. cümlesindeki düzenlemeye göre; vücuda organ veya sair cisim sokma fiilinin eşe karşı işlenmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlıdır.⁹² Eşlerin birbirine karşı gerçekleştirdikleri fiilin cinsel saldırı suçunu oluşturabilmesi için, eşin vajinasına, anüsüne veya ağızına organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir. Mağdur eşin vajinasına, anüsüne veya ağızına sokulan obje, cinsel organ, parmak ya da vücuda sokulması mümkün olan herhangi bir cisim olabilecektir.⁹³ Gerçekleştirilen cinsel saldırının normal ya da anormal yoldan olmasının suçun oluşması bakımından hiçbir önemi yoktur. Mağdur eşin rızası dışında, eşin penisini mağdur eşin ağızına sokması⁹⁴ ya da parmağını, elektrikli vibratörü veya havuç, salatalık gibi bir objeyi mağdur eşin vajina ya da anüsüne sokmasıyla da cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşacaktır.⁹⁵ Suçun oluşması için cinsel ilişki şartı aranmaması sebebiyle kadın eşin de erkek eşe karşı anüse parmak ya da cisim sokulması, ağza vajina sokulması gibi fiillerle bu suçu gerçekleştirmesi mümkündür. Her ne kadar cinsel saldırı suçunun temel şeklinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceği bakımından doktrinde tartışmalar olsa da suçun organ veya sair bir cisim sokmak şeklindeki nitelikli hali bakımından fikir birliği mevcuttur.

2.7. Manevi Unsur

Cinsel suçlar ancak kasten⁹⁶ işlenebilen suçlardır, bu fiillerin taksirle işlenmesi hali

⁸⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/1689 (13 Şubat 2014).

⁸⁹ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 257.

⁹⁰ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 274-275.

⁹¹ Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 257-258.

⁹² Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 260.

⁹³ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 30; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 59.

⁹⁴ “*Hükümlü hakkında 765 sayılı TCK’nın 416/2. maddesine göre verilip kesinleşen hükümde penisini mağdurenin ağızına sokmak suretiyle gerçekleştirdiği kabul edilen eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 102/2. maddesinde vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı olarak düzenlenmiş olduğundan eylemin bu şekilde kabulü...*” Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2006/1297 K (1 Mart 2006); Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda*, 59.

⁹⁵ Polat, “Şiddet”, 30; Gerçekleşen bu durumlar objelerle penetrasyondur.

⁹⁶ “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” (TCK md.21/1).

suç olarak düzenlenmemiş ve cezalandırılmamıştır.⁹⁷

TCK m.102'nin gerekçesinde suçun temel şekli bakımından (TCK m.102/1) gerçekleştirilen fiillerin şehvi nitelikte olmasının yeterli olduğu, failin şehvi arzularının tatmin edilmesinin gerekmediği düzenlenmiştir. TCK m.102/2'de, düzenlenen cinsel saldırı suçunun genel kastla mı yoksa özel kastla mı işlenebileceği hususu ise doktrinde tartışmalı olup farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre,⁹⁸ bu fiil ancak genel kast ile işlenebilirken, diğer görüşe göre ise,⁹⁹ suçun basit hali özel kast, nitelikli hali ise genel kast ile işlenebilir.¹⁰⁰

TCK m.102/2'de düzenlenen nitelikli hal bakımından ise gerçekleştirilen davranışların cinsel arzuların tatminine yönelik olmasının suçun meydana gelmesi bakımından zorunlu unsur olmadığı belirtilmiştir. TCK m.102/2'nin gerekçesinden anlaşılacağı üzere cinsel saldırı suçunun basit hali bakımından özel kast, nitelikli hali bakımındansa genel kastın arandığı söylenebilir.¹⁰¹ Herhangi bir nesnenin ya da organın vajina veya anüse sokulmasında ve oral yoldan (ağza) cinsel bir organ veya cinsel bir nesnenin sokulmasında genel kast yeterlidir. Ancak oral yoldan sokulan şey cinsel bir organ veya cinsel nesne dışında bir nesne ise özel kast aranmalıdır. Aksi halde günlük hayatta farklı amaçlarla yapılan masum birçok sokma fiili; yani sevgilisinin ağzına şakalaşmak amacıyla zorla çikolata veya pasta sokulması gibi eylemler suç oluşturacaktır.

Eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda da madde gerekçesine göre cinsel arzuları tatmin amacının varlığı aranmamıştır. Eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda fail eşte cinsel arzuları tatmin amacının varlığı şart değildir. Yani fail eşin, mağdur eşin rızasına aykırı olarak onun vajinasına, anüsüne veya ağzına penisini, parmağını, elektrikli vibratörü veya cinsel bir objeyi sokmasıyla da cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşacaktır. Bu durumların varlığında cinsel arzuların tatmini amacı bulunmasa da fiil cezalandırılabilir.¹⁰²

⁹⁷ Hamide Zafer, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 250; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 122; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 289; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 388.

⁹⁸ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 277; Yazar, suçun hem basit hem de organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen halinin kasten işlenebileceğini düşünmektedir. Ayrıca cinsel saldırı suçunun basit hali bakımından özel kastın aranması halinde failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etmediği hallerde suçun basit cinsel saldırı değil, kasten yaralama ya da hakaret suçunu oluşturacağı kanaatindedir. Aynı yönde bkz. Özbek vd., *Özel Hükümler*, 361; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, 402.

⁹⁹ Artuk vd., *Özel Hükümler*, 297; Yazarlar vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşen cinsel saldırı suçunda kastı aramakla birlikte cinsel arzuların tatmin edilmesi saikini aramamaktadır. Dolayısıyla eylemin cinsel içerikli olması şartıyla mağdurun aşağılanması, korkutulması ya da intikam alma amacıyla gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı eylemi de bu suç kapsamında cezalandırılacaktır. Aynı yönde bkz. Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 252-258; Koca - Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 290; TCK m.102/1 bakımından madde gerekçesinde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin aranması nedeniyle failin kastının belirlenmesi bakımından bu ölçütün esas alınması gerektiğini düşünmektedir. Vücuda organ ya da sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunda failin sokma kastında olması yeterli olup, bu hareketler cinsel motifli olduğu için ayrıca cinsel arzuların tatmini kastının mevcut olmasına gerek yoktur.

¹⁰⁰ Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 258.

¹⁰¹ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 124; Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 124; Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 252-258.

¹⁰² Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 33.

2.8. Hukuka Uygunluk Nedeni

TCK m.26/2’de düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden biri de ilgilinin rızasıdır.¹⁰³ TCK’ya göre geçerli olarak verilen rıza, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırır.¹⁰⁴ Geçerli bir rıza için ilgilinin rıza gösterme ehliyetine sahip olması ve gösterilen rızanın fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlendiği sırada açıklanması gereklidir.¹⁰⁵

TCK m.102’de düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu bakımından da cinsel davranışa maruz kalan kişinin gösterdiği rıza geçerlidir. Mağdur, failin TCK m.102/1 anlamında gerçekleştirdiği cinsel davranışlara rıza göstermiş, fakat TCK m.102/2 anlamında gerçekleştirilen vücuduna organ veya sair cisim sokma davranışına rıza göstermemişse, bu durumda fail TCK m.102/2’den sorumlu tutulacaktır.¹⁰⁶ Mağdur tarafından gösterilmiş olan bu rıza hem cinsel fiile hem de bu cinsel fiilin uygulanma şekline ilişkin olarak cinsel davranışın devamı sırasında da varlığını devam ettirmelidir.¹⁰⁷ Mağdurun gerçekleştirilen eyleme direnemeyecek durumda olması nedeniyle (sarhoşluk, uyku, ilaç kullanımı gibi haller) direnmenin gerçekleşmemesi halinde de rıza yoksa suç oluşur. Mağdurun gerçekleştirilen eyleme direnemeyecek duruma gelmesinde failin herhangi bir katkısı olmasa dahi failin, cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde fail cezalandırılacaktır.¹⁰⁸

Eşler arasında organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından da mağdurun, eşinin fiiline rıza göstermesi fiili hukuka uygun hale getirecektir.¹⁰⁹ Fiile gösterilen rızanın açık veya örtülü olmasından ziyade rızanın serbest iradeyle verilmiş olması önemlidir. Mağdur eşin iradesi, cebir, şiddet, tehdit ya da hileli bir davranışla sakatlanırsa veya mağdur sadece vücuduna organ veya sair cisim sokma davranışı dışındaki cinsel davranışlara rıza göstermişse, cinsel saldırı suçu yönünden verilen rıza geçerli bir rıza olmayacak, eşe karşı cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır.¹¹⁰ Yargıtay’ın bu yönde verdiği bir kararında şu ifadeler yer almaktadır; “Mağdurenin aşamalarda özde değişmeyen samimi anlatımlarına, ...göre, sanık ve mağdurenin evli oldukları, olay tarihinden dört gün önce mağdurenin sanığın kendini aldattığından şüphelendiğini söylemesi üzerine sanığın dört gün eve gelmediği, olay günü sanığın mağdureye mesaj atarak evde konuşmayı teklif ettiği, mağdure dışarıdan eve geldiğinde evde bulunan sanığın mağdurenin kolundan tutarak konuşmak bahanesiyle mağdureyi yatak odasına götürdüğü, mağdureyi yüz üstü yatağa yatırıp üzerine battaniye örtüp yatağa bağladığı, sanığın makas alarak mağdurenin kıyafetlerini kesip, mağdurenin rızası dışında cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında sanığın nitelikli

¹⁰³ “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” (TCK m.26).

¹⁰⁴ Ataman, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, 62.

¹⁰⁵ Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 284.

¹⁰⁶ Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 249.

¹⁰⁷ Özbek vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 334; Tezcan vd., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 404; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 276; Ardıç, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, 122; İnan, Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, 38; Koca - Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 291; Yokuş Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda”, 250.

¹⁰⁸ Ardıç, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, 87.

¹⁰⁹ Salman, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, 31; Ardıç, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, 120.

¹¹⁰ Salman, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, 32.

cinsel saldırı suçunu işlediği, (...)"¹¹¹

2.9. Daha Fazla Cezayı Gerektiren Nitelikli Haller

TCK m.102/3'te cinsel saldırı suçunda daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller düzenlenmiştir.¹¹²

Daha fazla cezayı gerektiren hallerden biri de TCK m.102/3-a'da yer alan mağdurun ruh veya beden bakımından kendini savunamayacak durumda olması halidir. Kanun koyucu ruh veya beden bakımından kendini savunamayacak durumda olma hallerinin neler olduğunu açıkça belirtmediği için bu durumun sadece akıl hastalığı ya da akıl zayıflığıyla sınırlı olarak yorumlanmaması, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi durumların yanı sıra çaresizlik, felçli olma, engelli olma, aşırı yaşlılık, sarhoş olma, hasta olma gibi haller de göz önüne alınarak geniş yorumlanması gerekmektedir.¹¹³ Nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun içinde bulunduğu akıl hastalığı, akıl zayıflığı, çaresizlik ve sakatlık gibi durumların mağdurun, cinsel saldırı suçuna karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte olması ve failin de mağdurun içinde bulunduğu ruh veya beden bakımından kendini savunamayacak durumda olma halini suçun işlenmesinden önce bilmesi gerekir.¹¹⁴ Fail tarafından önceden bilinmeyen veya anlaşılamayan durumlarda nitelikli hal uygulanamayacaktır.¹¹⁵ Yargıtay da verdiği kararlarda bu duruma dikkat çekmiştir.¹¹⁶ Mağdurun cinsel saldırıya karşı koyma gücünün geçici veya kalıcı şekilde ya da kendisi tarafından ortadan kaldırılması, nitelikli halin uygulanması bakımından önem arz etmeyecek, yine bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹¹⁷

Bu ağırlaştırıcı halin eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı suçunu bakımından da uygulanması mümkündür. Yani fail eşin, ruh ve beden bakımından kendini

¹¹¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2013/1520 K (19 Şubat 2013).

¹¹² "Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır." (TCK m.102/3).

¹¹³ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 56; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 380; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 294; Karslı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 52; Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", 197; İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 48.

¹¹⁴ Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, s.63; Salman, "Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu", 56; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 380-381; Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 278; Karslı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 52.

¹¹⁵ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 57.

¹¹⁶ "Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 23.10.2009 tarihli raporunda, mağdurda orta derecede zeka geriliğinin bulunduğu, kendisinde saptanmış olan ve hayatının ilk yıllarından başlayıp ömrü boyunca sürecek olan bu zeka geriliği nedeni ile olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı bildirilmiş ise de mağdurun bu durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve ... sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken bu husus yerine getirilmeden eksik inceleme ile hükme varılması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2011/3697 K (18 Kasım 2011); "Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olup olmadığı ve durumun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulundan rapor alınmadan Adli Tıp Kurumu Denizli Şube Müdürlüğünce düzenlenen rapora yetinilmek suretiyle ve noksan araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2009/1833 K (18 Şubat 2009).

¹¹⁷ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 111-112; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 63; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 295; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 381.

savunamayacak durumda bulunan mağdur eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde de TCK m.102/3-a uygulanacaktır.¹¹⁸ Fakat fail eşin, mağdur eşin utangaçlığı veya deneyimsizliği gibi durumlarından yaralanarak nitelikli cinsel saldırı suçuna sebep olacak eylemleri gerçekleştirmesi halinde bu ağırlaştırıcı hal uygulanmayacaktır.¹¹⁹ Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından mağdur eşin ruh veya beden bakımından kendini savunamayacak durumda olmasının sürekli veya geçici; ilaç, alkol veya uyuşturucu etkisinden kaynaklanmasının bir etkisi yoktur, fail eş yine nitelikli cinsel saldırı suçunun ağırlaştırılmış halinden sorumlu tutulacaktır.¹²⁰

Daha fazla cezayı gerektiren hallerden bir diğeri de suçun, TCK m.102/3-d'de düzenlenen silah kullanılarak ya da birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halidir.¹²¹ Silah deyiminden ne anlaşılması gerektiği TCK tanımlar başlıklı m.6/1'de düzenlenmiştir.¹²² Fail eşin, fiili işlediği sırada, mağdur eşin iradesini etkileyecek bir biçimde silah kullanması ağırlaştırıcı halin uygulanması için yeterlidir, silahın bilfiil kullanması ya da gerçek silah olması gerekli değildir.¹²³ TCK m.102/3-d'de düzenlenen daha fazla cezayı gerektiren hallerden bir diğeri de fail eşin eylemini birden fazla kişiyle birlikte gerçekleştirmesi halidir.¹²⁴ Fail eşin, eşine karşı rızası dışında gerçekleştirdiği cinsel saldırı fiillerini birden fazla kişiyle birlikte hareket ederek gerçekleştirmeleri halinde faile verilecek olan ceza yarı oranında artırılır.

TCK m.102/5'de, cinsel saldırı suçunda neticesi sebebiyle cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren haller düzenlenmiştir.¹²⁵ Eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı fiili sonucunda, mağdur eş bitkisel hayata girer veya ölürse, fail eş TCK m.102/5 uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Fail eşin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halden sorumlu tutulabilmesi için sonucun meydana gelmesi, meydana gelen sonuçtan en az taksirinin bulunması ve kastının da sadece cinsel saldırıya yönelik olması, mağdurun bitkisel

¹¹⁸ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 109.

¹¹⁹ Artuk vd., *Özel Hükümler*, 293; Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 55; Kılıç, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", 196; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 56.

¹²⁰ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 56-57.

¹²¹ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 279; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 297.

¹²² "Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 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" (TCK m. 6)

¹²³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/54 K. (13 Ocak 2014); "Olay tarihinde sanığın mağdureyi takip ederek evinin giriş kapısının önünde mağdureyi zorla dudağından öpüp vücudunu ellerken mağdurenin bağırması üzerine, cebindeki çakı bıçağını çıkarıp susması için mağdurenin karnına dayayarak mağdureden susmasını istemesi üzerine mağdurenin bağırmasına devam etmesi ile olay yerinden ayrılması şeklinde gelişen olayda sanığın mağdurenin karnına bıçak dayaması eyleminin basit cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu gözetilerek sanığa basit cinsel saldırı suçundan tayin edilecek cezanın TCK. nın 102/3-d maddesi uyarınca artırılması yerine(...)" Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 279-280; Artuk vd., *Özel Hükümler*, 295; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 58; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 113; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 384; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 297; Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 62; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 69; İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 58; Kılıç, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", 198.

¹²⁴ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 115; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 70; Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", 198; İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 59; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 297.

¹²⁵ "Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolünür." (TCK m.102/5).

hayata girmesini veya ölmesini istememiş olması, cinsel saldırı fiili ile meydana gelen netice arasında da illiyet bağının bulunması gerekmektedir.¹²⁶ Eğer fail eşin kastı mağduru öldürmek ise bu durumda fail hem kasten öldürme suçundan hem de cinsel saldırı suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.¹²⁷ Failin mağdur eşi önce öldürüp sonra cinsel saldırı fiillerini gerçekleştirmesi durumunda ise fail kasten öldürme ve kişinin hatırasına hakaret suçlarından sorumlu tutulacaktır.¹²⁸

3. Soruşturma ve Yargılama Usulü

TCK m.102/2'nin 2. cümlesinde düzenlenen organ ya da sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu şikâyete tabi suçlardandır.¹²⁹ TCK m.102/3-4-5'te düzenlenen cezayı artırıcı hallerin eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında gerçekleşmesi halinde ise kanunda ayrıca bir düzenleme yapılmamış olması sebebiyle soruşturmanın res'en yapılması gerektiği anlaşılacaktır.¹³⁰

Vücuda organ ya da sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunun şikâyete tabi olması sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde uzlaştırma kapsamında olması suçun niteliği nedeniyle eleştirilmiş, 5271 sayılı CMK'da 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle uzlaştırma kurumu TCK'dan çıkartılarak CMK'ya alınmış ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır. Böylece vücuda organ ya da sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçu da dâhil olmak üzere cinsel suçların tamamı bakımından uzlaştırma yolu kapatılmıştır.¹³¹

3.1. İspat

Cinsel suçlar genellikle mahrem alanlarda gerçekleşen ve tanık delilinin çok fazla bulunmadığı suçlardır. Bu sebeple cinsel suçların delili genelde mağdur beyanından ibaret

¹²⁶ Korkusuz, "Cinsel Saldırı Suçu (TCKm.102)", 639; İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 67-68; Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 282; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 61; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 387; Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 72; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 75; Kılıç, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", 200; Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 268; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 301.

¹²⁷ Karşlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, 72; Ataman, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda*, 75; Kılıç, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", 200; İnan, *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, 68; Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 282; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 387.

¹²⁸ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 388.

¹²⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2014/9062 K. (2 Temmuz 2014); "Sanığın eşi olan mağdureye yönelik zorla anal yoldan nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu sırada elindeki bira şişesi ile mağdureye hitaben "Karşı çıkıp bağırırsan bu şişe ile kafana vururum seni keserim" şeklindeki tehdidinden dolayı ayrıca tehdit suçundan dava açılmış ise de tehdit suçunun cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu, mağdurenin kovuşturma aşamasında sanıktan şikâyetçi olmadığını bildirmesi karşısında, sanık hakkındaki kamu davasının TCK. nın 73/4 ve CMK. nın 223/8 maddelerine göre düşmesine karar verilmesi gerekirken, atılı suçun kötü muamele suçuna dönüşmeyeceği gözetilmeden ve tehdit suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması(...)"

¹³⁰ Özbek vd., *Özel Hükümler*, 344-345; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 63; Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda", 269; Kılıç, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)", 201; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 307.

¹³¹ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 64; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 149; Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 307.

olmaktadır. Yargıtay’ın da sanık tarafından ispatlanmadıkça mağdurun sanığa iftira atmadığını kabul ettiği ve bu yönde mahkûmiyet hükmü kurduğu kararları bulunmaktadır.¹³² Yargıtay’ın cinsel suçlarda mağdur beyanının en önemli delillerden olduğunu ve belirtilerle desteklenmesi halinde suçun sabit görüleceği yönünde mahkûmiyet hükmü kurduğu kararları mevcuttur. Yargıtay’ın bu yönde verdiği bir kararında şu ifadeler yer almaktadır; “*Görgü tanığı bulunmayan olayda, uyuşmazlığın çözümü için, katılanın anlatımları ve sanıkların savunmaları ile maddi kanıtların birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir...katılan tarafından kullanılannumaraya ait HTS raporu incelendiğinde, ...katılanın anlatımlarını doğrulayan telefon kayıtları karşısında, sanıkların savunmasının doğru olmadığı görülmektedir. Katılan tüm aşamalarda kendisini zorla kaçıran sanıkların tüm karşı koymalarına rağmen sırayla vajinal yoldan ırzına geçtiklerini, ayrıca sanık ... anal yoldan da bir kez ırzına geçtiğini anlatmış olup, olayın hemen sonrasında ...Devlet Hastanesince düzenlenen rapor ile aynı günlü Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda katılanın anlatımlarının doğru olduğunun kabulü gerekmektedir. Sanık savunmaları da katılanın anlatımlarını doğrulamaktadır. Bu nedenle katılanın aşamalarda vermiş olduğu, özde değişmeyen ve birbirini destekleyen anlatımlarının, tamamının doğru kabul edilerek, bu beyanlara üstünlük tanınmasında, cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır(...)*”¹³³

Yargıtay’ın mağdur beyanına dayanan, sanık aleyhine sonuç doğuran bu hükümleri öğretide eleştirilmiştir.¹³⁴ Fakat bununla birlikte Yargıtay’ın tam tersi yönde mağdurun rızayla girdiği cinsel ilişkiyi çevresine mazur göstermek adına yalan söylediğine kanaat getirdiği kararları da bulunmaktadır.¹³⁵ Yargıtay’ın bu yönde verdiği bir kararında şu ifadeler yer almaktadır; “*Dosya içeriği ve mağdurun anlatımlarına göre, olay yerine gelen annesine uzun süre kapının açılmadığı, bilahare kendisini elinde pantolonu ile gören annesinin baskısına rağmen herhangi bir şey söylemediği, uzun süren yoğun ısrarlar üzerine eylemin zora dayalı olduğu iddiasında bulunduğu, mağdurun yaşı, eylemin süresi, ortaya çıkış biçimi ve raporunda fiilin zorla gerçekleştiğini gösteren herhangi bir bulgunun olmadığının anlaşılması karşısında,*

¹³² “*Kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atmaları için geçerli sebep bulunmayan mağdure ve annesinin aşamalarda değişmeyen tutarlı ve samimi anlatımlarına, (...)*” Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2009/11265 K. (8 Ekim 2009); “*Kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için geçerli sebep bulunmayan mağdurenin tüm aşamalarda samimi anlatımları, 5 gün mutad iştigaline engel olacak şekilde müessir fiile maruz kaldığını gösterir doktor raporu, tevilli sanık beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, (...)*” Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2010/714 K. (9 Şubat 2010); “*...çarşaftaki kan lekesinin DNA profili ile katılandan alınan kan örneğinin DNA profilinin birbiri ile uyumlu olması, olaydan hemen sonra katılanla uzun süre beraber olan ve katılanın içinde bulunduğu durumu yakından gözlemleme olanağına sahip bulunan tanıklar C. ile E. ’nin anlatımları, katılanın beyanları, dolayısıyla ırza geçmenin zorla olduğunu doğrulamakta, buna karşın aşamalarda değişiklikler gösteren ve dosyadaki kanıtlarla da örtüşmeyen sanığın savunmalarını çürütmektedir. Bu nedenle, sanığın suç tarihinde katılanın zorla ırzına geçerek kızlığını bozduğunun sübuta erdiği kabul edilmelidir(...)*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2010/226 K. (9 Kasım 2010).

¹³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), 2010/251 K. (7 Aralık 2010).

¹³⁴ Eleştirenler için bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, 357; Yazar, bu ölçütün ispat yükünün tersine çevrilmesi ve sanığa yükümlülük getirilmesi anlamına geldiğini belirterek kararı eleştirmiştir.

¹³⁵ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 152; Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2008/7647 K. (17 Temmuz 2008); “*Oluş ve dosya içeriğine göre eylemi 1 yıl saklayıp kimseye söylemeyen bilahare sanıkla evlenmenin gerçekleşmemesi nedeni ile olayı açıklamak zorunda kalan mağdurenin ırza geçmenin zora dayalı olduğuna dair iddiasının durumu çevresine mazur göstermek düşüncesinin sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği ve eylemin zorla yapıldığı hususunda başkaca da delil elde edilemediği gözetilerek, ...bozmayı gerektirmiş(...)*”

*suçun cebir şiddet kullanılarak işlendiğini gösteren mağdurun oluşa uygun düşmeyen anlatımları dışında somut kanıtın bulunmadığı, ileri sürülen zor iddiasının durumunu ailesine mazur göstermek düşüncesinden kaynaklanabileceği bu sebeple eylemin rızaya dayalı olduğu ve lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiği gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması(...)*¹³⁶

Sonuç olarak Yargıtay'ın cinsel saldırı suçlarıyla ilgili vermiş olduğu kararların birçoğunda, mağdurların tutarlı ve samimi beyanlarına fazlaca önem verilmiş;¹³⁷ tek başına mağdur veya tanık anlatımlarına, yan delillerle desteklenmediği sürece itibar edilmemiştir.¹³⁸

Eşler arasındaki cinsel davranışların aile içi mahremiyet özelliği taşıması sebebiyle eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiği olay yerinde genellikle tanık bulunmadığı için olayın rıza dışı olup olmadığını tespit edebilmek adına, mağdurun kendisinin ve şüpheli eşinin vücudundaki yara, darp ve mücadele izini gösterir adli rapor alınması önem arz etmektedir.¹³⁹

3.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TCK m.102/1'de düzenlenen cinsel saldırı suçu bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi, diğer hallerde ise görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi'dir. Eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun yargılamasını yapmakla görevli olan mahkeme de ağır ceza mahkemesidir. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görev alanına giren suçlar, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesinde¹⁴⁰ düzenlenmiştir.

Yetki bakımından ise genel yetki kuralı gereğince suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkemedir. Teşebbüste icra hareketlerinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m.12). Buna göre davaya bakacak olan yetkili mahkeme, eşe karşı cinsel saldırı suçunun işlendiği yer ağır ceza mahkemesidir. Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçu teşebbüs

¹³⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2006/9462 K. (23 Kasım 2006).

¹³⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi (Yargıtay), 2012/2742 K. (7 Mart 2012); *“Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı anlatımları ile mağdureye karşı işlenen suç esnasında uygulanan şiddeti anlatımına uygun şekilde belgeleyen Adli Tıp ...Müdürlüğü'nce düzenlenmiş doktor raporu ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, başkasıyla evli olan sanığın kendisi gibi evli olan komşusu mağdureyi olay günü çamaşır makinesini çalıştırması hususunda yardım etmesi için evine çağırmasının ardından zorla nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu anlaşıldığı, sanığın çelişkili ve tutarsız savunmalarına itibar edilemeyeceği gözetilerek, organ sokma suretiyle mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçeyle beraat hükmü kurulması(...)*”

¹³⁸ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 66.

¹³⁹ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 65.

¹⁴⁰ *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yağma (m.148), irtikâp (m.250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m.158), hileli iflâs (m.161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”*

halinde kalmışsa son icra hareketinin yapıldığı; zincirleme suç şeklinde işlenmişse, son suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi yetkili olacaktır (CMK m.12/2).¹⁴¹

4. Yaptırım

TCK m.102/2’de düzenlenmiş olan nitelikli cinsel saldırı suçunun cezası on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasıdır. Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunun cezası ise nitelikli cinsel saldırı suçu ile aynı olup on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak öngörülmüştür. Eylemin beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan eşe karşı ya da silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda ise ceza yarı oranda artırılır (TCK m.102/3). Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sonucunda, mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü durumunda ise TCK m.102/5 gereği ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.¹⁴² Ayrıca eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçu işleyen fail bu suçtan dolayı mahkûm olduğu hapis cezasının bir sonucu olarak, TCK m.53/1’de öngörülen bazı haklardan yoksun bırakılır ve mahkûm olduğu cezanın infazı tamamlanana kadar bu hakları kullanamaz.¹⁴³ Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunda hükmedilen hapis cezasının infazında uygulanan koşullu salıverilme süresi de diğer suçlara göre farklılık göstermektedir. İnfaz Kanunu’ndaki değişikliklerle birlikte süreli hapis cezalarında, failin, cezasının yarısını infaz kurumunda çekmesi halinde koşullu salıverilmeden yararlanabileceği düzenlenmişken eşe karşı gerçekleşen cinsel saldırı suçunda cezasının ancak 2/3’nün infaz kurumunda geçirmesiyle koşullu salıverilmeden yararlanabileceği düzenlenmiştir.

SONUÇ

765 sayılı TCK döneminde eşler gerek basit cinsel saldırı (ırza tasaddi) gerekse nitelikli cinsel saldırı (ırza geçme) suçunun mağduru olarak kabul edilmeyenken, 5237 sayılı TCK döneminde ilk kez nitelikli cinsel saldırı suçunun, eşe karşı işlenmesi hali için, kanunda özel bir düzenleme yapılarak eşin, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen fiilin mağduru olabileceği açıkça düzenleme altına alınmıştır.¹⁴⁴ Bu düzenleme ile birlikte eşlerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlükleri de koruma altına alınmıştır. Cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK m.102’de basit cinsel saldırı suçunu oluşturan eylemler bakımından cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışların eşler arasında işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Doktrindeki bir kısım yazara göre kanun maddesinde mağdur bakımından bir ayrıma gidilmemiş olması sebebiyle eşe karşı da bu suçun işlenebileceği kabul edilmişken¹⁴⁵ bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise eşler arasında gerçekleşen basit cinsel saldırı fiili bakımından kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmaması sebebiyle eşler arasındaki cinsel ilişki

¹⁴¹ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 66.

¹⁴² Ardiç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 157.

¹⁴³ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 63-64.

¹⁴⁴ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 26; Ardiç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 14; Artuk - Yenidünya, *Evlilik İçinde Irza Geçme*, 144.

¹⁴⁵ İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 20; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 320; Handan Yokuş Sevik, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *CHKD* 3/2, 129; Kılıç, “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, 191.

boyutuna varmayan basit cinsel davranışlar suç teşkil etmeyecektir.¹⁴⁶

Eşe karşı cinsel saldırı suçu TMK anlamında evli olan eşler arasında gerçekleşir, yani bu suçun mağdurunun da failinin de “eş” sıfatını taşıması zorunludur. Tarafların eş olmaması halinde kişiler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı fiili, mağdurun yaşına göre; nitelikli cinsel saldırı, reşit olmayanla cinsel ilişki ya da çocukların cinsel istismarı olarak değerlendirilecektir.¹⁴⁷ Cinsel ilişkinin taraflarının eş olması fakat mağdurun 18 yaşını doldurmamış yani 16 veya 17 yaşında geçerli bir evlilik yapmış olması durumunda eşi tarafından zorla gerçekleştirilen cinsel saldırıların cinsel saldırı suçunu mu yoksa cinsel istismar suçunu mu oluşturacağı mağdurun hem eş hem de çocuk sıfatına sahip olması hem de TCK’da özel bir düzenleme yapılmamış olması sebebiyle tartışmalıdır.¹⁴⁸ Bizce, mağduru eş olan kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından fail eşe, cinsel istismar suçundan değil eşe karşı cinsel saldırı suçundan soruşturma ve kovuşturma yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Fakat doktrindeki tartışmaların ve hukuki belirsizliğin giderilmesi adına Türk Ceza Kanunu’nda cinsel suçların sınıflandırılmasında kullanılan yaş sınırları ile Türk Medeni Kanunu’ndaki evlenme yaşının uyumlu hale getirilmesi amacıyla yeni bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır.

TCK m.102/2’de düzenlenen, cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet şartına tabi olmasının, uygulamada suçların gizli kalacağı ya da suçun cezasının fazla olması sebebiyle mağdura şikâyetinden vazgeçmesi konusunda baskı uygulanacağı ve eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun büyük bir kısmının soruşturulma ve kovuşturulmasını fiilen olanaksız hale getirebileceği gibi endişelere yol açabilecektir. Bu sebeple eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının re’sen yapılması şeklinde bir düzenleme yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut - Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 19. Baskı, 2016.

Ardıç, Ecehan. *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Artuk, Mehmet Emin - Caner Yenidünya. *Evlilik İçinde Irza Geçme*. İstanbul: Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999.

Artuk, Mehmet Emin vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 16. Baskı, 2017.

Ataman, Erkan. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı*

¹⁴⁶ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 357; Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 285; İnan, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*, 20; Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 31.

¹⁴⁷ Salman, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 28; Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 45.

¹⁴⁸ Ardıç, *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*, 55-58.

Suçlar. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Baytemir, Erdal. *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Çakmut, Özlem Yenerer. “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 2016.

Centel, Nur. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 99, 269-290.

Domaç, Emin. *Zonguldak Bülent Ecevit Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine Gönderilen Aile İçi Cinsel İstismar (Ensest) Olgularının Mağdur ve Saldırgan Açısından Değerlendirilmesi*. Zonguldak: Zonguldak Bülent Ecevit Üniversitesi, Tıp Fakültesi Adli Tıp, Tıpta Uzmanlık, 2019.

Dönmezer, Sulhi. *Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983.

Dülger, Murat Volkan. “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler”. *İstanbul Barosu Dergisi* 80/2 (2006), 1-30.

Dursun, Selman. “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”. *CHD* 24 (2014), 57-73.

Hamzaoğlu, Mehtap - Konuralp, Emrah. “Türk Hukuk Sisteminin ‘Namus’la İmtihani: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri”. *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi* 2/2 (2018), 67-83.

İnan, Onur. *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012.

Karlı, Kahraman Serhat. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Kılıç, Abbas. “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 78 (2008), 167-204.

Koca, Mahmut - Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2016.

Korkusuz, Gülşah. “Cinsel Saldırı Suçu (TCKm.102)”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71/1 (2013), 815-854.

Mustafa Dural vd. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.

Özbek, Veli Özer vd. İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 13. Baskı, 2018.

Özer, Yeşim. “Türkiye’de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları”. *Kadın*

Araştırmaları Dergisi 11, 1-20.

Polat, Oğuz. “Şiddet”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22/1, 15-16.

Salman, Eda. *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Şen, Ersan. “Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu”. <https://www.hukukihaber.net/evlilik-birliğinde-basit-cinsel-saldiri-sucu-makale,3735.html> (Erişim T. 22/10/2023)

Taner, Fahri Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

Tezcan, Durmuş vd. *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 16. Baskı, 2018.

Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2005.

Tuğrul, Ahmet Ceylani. *Cinsel Dokunulmazlığı Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim 16 Ekim 2023).

Uçar, Mehmet Ali. *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Yıldırım, Duygu Özgür. *Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi Hali: Evlilik İçi Tecavüz*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Yokuş Sevük, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 57, 243-282.

Yokuş Sevük, Handan. “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”. *CHKD* 3/2.

Zafer, Hamide. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 6. Bası, 2016.

SAĞLIK ÇALIŞANLARININ GARANTÖRSEL SORUMLULUĞU VE MÜCBİR SEBEPLER *

Meliha Toprakçı**

Öz

Hayatın akışını sekteye uğratan beklenmedik olaylar, ceza hukuku açısından doğrudan etki doğurmaktadır. Özellikle toplumsal tepkiye sebep olan olaylar, adalet beklentisi oluşturmaktadır. Can kayıplarının arttığı olaylar ise, adalet beklentisini en üst safhaya taşımaktadır. Toplumsal düzenin işleyişi, toplumu oluşturan bireylerin sorumluluk alması ile sağlanmaktadır. Toplumsal yapının korunması, toplumun ihtiyaç duyduğu hizmetlerin sağlanması ve toplumun idaresi, devlet eliyle sağlanmaktadır. Devlet, kişilere emirler verip yasaklar koyabilmektedir. İşte, emirlerin yerine getirilmemesi halinde ihmalî suç, yasak fiillerin işlenmesi halinde ise icrai suç oluşmaktadır. İhmal suretiyle icrai suçların meydana gelişi, bazı kişilere toplumun geri kalanından daha fazla sorumluluk yüklemektedir. Sorumlulukların ihmal edilmesi nedeniyle meydana gelen neticeler, sıradan kişilerin eylemlerinden daha farklı değerlendirilmelidir. Hukuki düzenlemeler çerçevesinde yapılan incelemeler, bu değerlendirmelerin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Sağlık personellerinin hak ve sorumluluk düzeyleri, işin doğası gereği, özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu sorumluluğun her yönüyle ele alınması ve aynı zamanda sağlık çalışanlarının iş ve işlemlerini kısıtlayacak nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu çalışmada, öncelikle suçların hareket şekillerine göre sınıflandırılmasından bahsedilip icrai ve ihmalî suçlar anlatılacak ve ihmal suretiyle icrai suç kavramı açıklanacaktır. Ardından, garantörsel sorumluluk tanımlanacak ve hangi şekillerde ortaya çıktığı açıklanacaktır. Sağlık personellerinin sorumluluk halleri; ceza sorumluluğu, idari sorumluluğu, tıbbi etik sorumluluğu ve hukuki sorumluluk olmak üzere ayrı ayrı anlatılacaktır. Son olarak mücbir sebep etkisi altında garantörsel sorumluluğun durumu ele alınacak ve 6 Şubat 2023 tarihinde yaşanan deprem felaketinde sağlık personellerinin sorumluluk düzeyleri tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Garantör, Hareket, Deprem, Mücbir Sebep.

GUARANTOR LIABILITY OF HEALTHCARE WORKERS AND FORCE MAJEURE

Abstract

Unexpected events that interrupt the flow of life have a direct impact in terms of criminal law. Especially events that cause social reaction create an expectation of justice. Incidents where loss of life increases raise the expectation of justice to the highest level. The functioning of the social order is ensured by the individuals who constitute the society taking responsibility. The protection of the social structure, the provision of services that the society needs and the administration of the society are provided by the state. The state can give orders and impose prohibitions on people. Here, failure to comply with orders constitutes a crime of omission, and if prohibited acts are committed, an executive crime occurs. The occurrence of criminal offenses through negligence places some individuals more responsible than the rest of society. The consequences that occur due to neglect of responsibilities should be evaluated differently from the actions of ordinary people. Investigations carried out within the framework of legal regulations reveal the necessity of these evaluations. The level of rights and responsibilities of health personnel, due to the nature of the work, has been specially arranged. The responsibility in question should be handled in every aspect and at the same time it should not be of a nature to restrict the work and transactions of health workers. In this study, first of all, the classification of crimes according to the way they act will be mentioned, the positive act and omission crimes will be explained and the concept of commission by omission will be explained. Then, guarantor liability will be defined and explained in what ways it arises. Responsibilities of health personnel; criminal responsibility, administrative responsibility, medical ethical responsibility and legal responsibility will be explained separately. Finally, the situation of guarantor liability under the effect of force majeure will be discussed and the level of responsibility of health personnel in the earthquake disaster on February 6, 2023 will be discussed.

Key Words: Guarantor, Act, Earthquake, Force Majeure.

* Makalenin Gönderim Tarihi : 02.12.2023

Makalenin Kabul Tarihi : 18.12.2023

** Avukat, Doktora Öğrencisi, e-posta: avtoprakci@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9191-3646.

GİRİŞ

6 Şubat 2023 günü saat 4.17’de yaşanan deprem, en yıkıcı felaketlerden biri olarak tarihe not düşülmüştür. Kahramanmaraş – Gaziantep depremi de denilen, bölgede hayatı uzun süre durduran olaylar sırasında yaşanan can ve mal kayıpları, neredeyse her alanda etki ve sonuç doğurmuştur.

Doğa olayları ve meydana gelebilecek muhtemel neticeler, hukuk alanında birçok kez düzenlenmiştir. Mevzuatın içerisinde olağanüstü haller kapsamında bulunan doğa olayları, devletin afete ilişkin koruyucu önlemler alması ve meydana gelebilecek adli olayların önüne geçebilmek adına ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Yaşanan bu felakette ise, 50000’in üzerinde can kaybı ve binlerce yaralanmanın meydana gelmesi, toplumsal şok yaşanmasına neden olmuştur. Bu durum, doğal olarak adaletin sağlanması talebinin güçlü bir şekilde dillendirilmesine yol açmıştır. Art arda açılan ceza soruşturmaları, daha önce benzeri çok sık görülmeyen olayların bilimsel olarak değerlendirilmesi gereğini doğurmuştur.

Depremi geniş bir alanda çok yüksek şekilde etki göstermesi, birçok hukuki sorunu beraberinde getirmiştir. Özellikle yıkılan yerlerin yapımında deprem gerçeğine ve mevzuata uyumsuz olarak hareket edildiği, deprem sonrası yağmalama olaylarının yaşanma ihtimali ve benzeri durumlar, bu hukuki sorunlardan bazılarıdır. Bu sorunlardan biri de, deprem anında hastanelerden ayrılan ve geride kalan hastalarla ilgili hiçbir işlem yapmayan sağlık çalışanlarının sorumlulukları ile ilgilidir.

Sağlık çalışanlarının deprem sebebiyle hastaneden ayrılmaları, hastaları koruyucu önlemler almak şöyle dursun, arama kurtarma ekiplerine durum bildiriminde dahi bulunmadıkları yönündeki iddialar, basında birçok kez dillendirilmiştir. Söz konusu ihmaller nedeniyle, yardım ulaştırılmayan hastalardan bazıları hayatını kaybetmiş ve kimi hastaların da durumu ağırlaşmıştır.

Bu çalışmanın amacı, iddia edilen eylemlerin ceza hukuku açısından hangi anlamlara geldiğini ve ne gibi sonuçlar doğurabileceğini tartışıp sağlık personellerinin hastanelerden ayrılıp yardım gönderilmesini sağlamamaları durumunda sorumluluklarının düzeyini açıklamaktır.

1. Türk Ceza Hukukunda Garantörsel Sorumluluk Halleri

1.1. Genel Olarak

İcrai ve ihmali suç ayrımı, günümüz hukuk sistemlerinde genel olarak kabul gören bir ayrımdır. Neticenin meydana gelmesi, failin bir hareketi yapmasından veya yapmamasından kaynaklanabilmektedir. İşte yapmak ve yapmamak, icrai ve ihmali hareket kavramlarını ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte, icrai hareketle işlenebilen suçların ihmali olarak işlenmesi de mümkündür. Böylesi haller, ihmal suretiyle icrai suçları teşkil etmektedir.¹

Türk Ceza Kanunu'nda² öngörülen birtakım suçlar yalnızca icrai hareketlerle işlenebilirken diğer bazı suçlar yalnızca ihmali davranışlarla işlenebilmektedir. Bazı suç tiplerinin ise her iki şekilde işlenebildiği görülmektedir.

1.2. Suçların Harekete Göre Sınıflandırılması

Hareketin niteliğine göre suçlar; tek hareketli, çok hareketli, serbest hareketli, bağlı hareketli, ani, mütemadi, icrai hareketli ve ihmali hareketli suçlar olarak sınıflandırılabilir.

Bu çalışmada açıklayacağımız konu gereği, suçların tasnifi açısından, hareketin şekline ilişkin bir ayrım olan icrai ve ihmali hareketli suçlar üzerinde durulacaktır.

1.2.1. İcrai ve İhmali Suç Ayrımı

Kanun koyucu, birtakım hareketlerin yapılmasını yasaklamış ya da birtakım hareketlerin yapılmasını emretmiştir. İşte yasaklayıcı ve emredici normlar, icrai ve ihmali suçları belirlemektedir. Kanunlarda yasaklanmış olan fiillerin işlenmesiyle meydana gelen suçlar icrai, emredilmiş olan eylemlerin yapılmamasıyla meydana gelen suçlar ihmali suçlardır.³

İcrai hareketle işlenebilen suçlarda, failin aktif bir hareketinin bulunması gerekir. Diğer bir deyişle, neticenin ortaya çıkmasına neden olan hareketi fail yapmış olmalıdır. Ceza kanunlarında düzenlenen suçların çoğu, icrai hareketle işlenebilen suçlardır. Kanunda düzenlenen suçların büyük kısmı, aktif hareketlerle yasaklanmış hareketlerin yapılmasıyla oluşmaktadır. TCK'da düzenlenen bazı suçlar, yalnız icrai hareketlerle işlenebilmektedir. Örneğin; TCK m. 102 ve devamı maddelerinde düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, 141. maddedeki hırsızlık suçu ve yine 148. maddede bulunan yağma suçu gibi suçlar yalnızca icrai hareketlerle işlenebilir.

İhmali davranışlarla işlenebilen bir suçtan söz edebilmek için, failin yapması gereken bir hareketi yapmamış olması gerekir. İhmali davranışla işlenebilen suçlar, gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, iki kavramı ayıran husus, neticedir. Suçun oluşması için ayrıca neticenin gerçekleşmesi aranmıyorsa, gerçek ihmali suç ortaya çıkmaktadır. Ancak suçun oluşması için, eylemin yapılması ile birlikte

¹ Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 228.

² Türk Ceza Kanunu (TCK), *Resmî Gazete* 25611 (12.10.2004), Kanun No. 5237.

³ Aras Türay, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17 / 3 (Ağustos 2020), 118.

neticenin de meydana gelmesi aranıyorsa, görünüşte ihmali suçtan söz edilmektedir. Görünüşte ihmali suç, yükümlü kılınan kişiyi aktif harekette bulunmaya yönlendirmektedir.⁴ Bizim de katıldığımız başka görüşe göre ise, iki kavramı ayıran husus netice olamaz. Bu kavramların temel ayrımı, teminat sorumluluğudur. Buna göre, yükümlülük altına alınan kişinin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmuyorsa, netice gerçekleşse de suç yine gerçek ihmali suç kapsamında kalmaktadır.⁵

1.2.2. İhmal Suretiyle İcrai Suçlar ve Oluşma Şartları

İhmal suretiyle icrai suç, hukuk düzeninin kişiyi icra etmekle yükümlü kıldığı sorumluluklar varken kişinin bu sorumlulukları ihmal etmesi ile meydana gelmektedir.⁶ Diğer bir deyişle, fail icra etmesi gereken bir fiili ihmal etmektedir.

İhmal suretiyle icrai suçların, doğrudan icrai şekilde işlenen halleri de kanunlarda bulunabilmektedir. Bununla birlikte, ilgili suçların ihmali şekilde işlenebilmesi, failin garantör olmasına bağlıdır. Bu yönüyle ihmal suretiyle icrai suçlar, özgü suç kapsamında kabul edilmektedir.⁷

Garantörsel sorumluluğun kapsamı gereği, yalnız tanımlanan suçlarda, garantörün ihmali aranmaktadır. Bununla birlikte, garantör sıfatı olmayan kişilerin de bazı durumlarda neticeyi önlemeye yönelik hareket etmesi aranabilir. Bu durumda, garantöre tanımlanmış suç oluşmasa da, kişilere kanunlarda tanımlanan başka suçlar isnat edilebilir. Böylesi durumlarda, somut olayda şartları varsa TCK m. 98'de yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu gündeme gelebilmektedir.⁸

1.3. Garantörsel Sorumluluğun Oluşması

Garantörsel sorumluluk, toplumsal düzenin devamlılığı sürecinde, hukukun birtakım kişilere meşru sebeplerle diğer kişilerden daha büyük yükümlülükler yüklemesi halidir. Garantörsel sorumluluğun varlığı, oluştuğu sebebe dayalı olarak ilgililerin hukuki güvenliğini sağlamaktadır.

Garantörlük, hareketsiz kalındığı halde neticeden sorumlu tutulmaktır.⁹ Garantörlük sıfatı; olumsuz neticenin meydana gelmemesini sağlayan, olumsuz sonucu önleme yükümlülüğü bulunan kişiye verilmektedir. Dolayısıyla garantörün ihmali, icra etmesi gereken fiille eşdeğer nitelikte olmalıdır.¹⁰

⁴ İzzet Özgenç – Cumhur Şahin, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 / 2 (Haziran 2002).

⁵ İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25 / 4 (Ekim 2021), 349.

⁶ Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 340.

⁷ Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 / 1 (Haziran 2010), 186.

⁸ Mehmet Emin Artuk – Mehmet Emin Alşahin, "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18 / 1 (Haziran 2012), 31.

⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 94.

¹⁰ Mustafa Avcı – Erdal Yerdelen, "Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19 / 1 (Ocak 2015), 172.

Garantör, hukuken yükümlülük altında olan kişidir. Garantörsel sorumluluk, üç farklı şekilde oluşabilir.

Garantörsel sorumluluğun oluşma şekillerinden ilki, kanun emri ile garantörlüktür. Hukukumuzda garantörlüğü sağlayan kanunlar bulunmaktadır. Kanunen garantörlük halinde, kişinin ilgili kanunda neticeyi önlemekle yükümlü garantör olarak tanımlanan kişi olması, kişiyi doğrudan sorumluluk altına sokmaktadır.¹¹ Garantör kanundan kaynaklanan görevini ihmal ettiğinde ortaya çıkan netice suç oluşturuyorsa, bu noktada ihmal suretiyle icrai suç oluşmuş olacaktır.

Kanunen garantörlükte ilk akla gelen, acil yardım ekipleri olabilir. Bunlar; kolluk kuvvetleri, sağlık görevlileri, itfaiye görevlileri ve sair şekilde çoğaltılabilir. Yargıtay'ın böylesi olaylarda yaklaşımı, garantör sıfatı bulunan görevlilerin kusuru oranında cezalandırılması gerektiği yönündedir.¹² Bundan başka, Türk Medeni Kanunu'ndan¹³ kaynaklanan anne ve babanın çocuğa bakma yükümlülüğü de en bilinen garantörlük şekillerindedir. Yargıtay kararlarında, ebeveynlerinin ihmali sonucu zarar gören çocuklardan çok kez bahsedilmektedir. Doğum sonrası terk edilen bebeklerle ilgili, meydana gelen neticeye göre sorumluluğun durumu incelenmiştir. Bebeklerin hayatlarını kaybetmeleri halinde ebeveynlerin garantörlüğü üzerinde durulmuş; özellikle TCK m. 97'de yer alan terk suçu üzerinde durularak fiilin kasten öldürme suçu mu¹⁴, olası kastla öldürme suçu mu¹⁵, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu mu oluşturacağı irdelenmiştir. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlendiğine yönelik görüşler, genellikle karşı oy olarak görülmektedir.¹⁶ Bebeğin hayatta kaldığı halde ise Yargıtay, garantör olan sanığın eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı üzerinde durmuştur.¹⁷

İkinci olarak, garantörsel sorumluluk sözleşme ile oluşabilmektedir. Sözleşme ile oluşturulan garantörlükte, garantörün sözleşme iradesiyle sorumluluk altına girdiğini belirtmek gerekir. Diğer bir deyişle, kanunen garantörlükte olduğu gibi kişinin yalnızca bir sığa sahip olması yeterli olmaz, ilgili sözleşmede garantörlük sorumluluğunu yüklediğini beyan etmesi

¹¹ Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 341.

¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2016/779 E., 2020/351 K., K. T.: 07.07.2020. Daha önce de hapisshanede yangın çıkaran maktulün olay tarihinde bulunduğu hapisshanede tekrar yangın çıkardığı, infaz koruma memurunun daha önceki olayda olduğu gibi yangının büyümeden söndürüleceğini düşünerek hareket ettiği, yangının yayılması sonucunda orada bulunanların ve tek kişilik hücrelerde bulunan mahkumların da zahirli gaz soluma nedeniyle öldükleri olayda; infaz koruma memurları kilitleri açmayarak mahkumların ölmesine sebebiyet vermiştir. Yargıtay, mesleki dikkat ve özen eksikliği nedeniyle kusurlu bulunduğu infaz koruma memurlarının bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçunu işlediklerini kabul etmiştir.

¹³ Türk Medeni Kanunu (TMK), *Resmi Gazete* 24607 (8.12.2001), Kanun No. 4721.

¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2020/466 E., 2022/709 K., K. T.: 09.11.2022. Annenin bebekten kurtulmak amacıyla, bebeği kimsenin bulamayacağı ve kaçınılmaz olarak ölüm neticesinin gerçekleşeceğini bildiği halde ıssız bir ormana bırakması neticesinde, bebeğin ölümü gerçekleşmiştir. Yargıtay, somut olayda sanığın kasten ve icrai olarak öldürme suçunu işlediğine hükmetmiştir.

¹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/161 E., 2015/493 K., K. T.: 08.12.2015. Bebeğin bulunması için yola yakın olarak bırakıldığı olayda, bebek bulunup hastaneye götürülse de ölüm neticesi gerçekleşmiştir. Bu somut olayda Yargıtay kararında, bebeğin ölümünün istenmediğine ancak neticenin öngörülebilir olduğuna dikkat çekilmiş ve olası kastla öldürme suçunun oluştuğuna karar vermiştir.

¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2020/164 E., 2020/239 K., K. T.: 28.05.2020. Bebeğini kimsenin bulamayacağı yere bırakan sanık annenin eylemi sonucu bebeğin donarak ölmesi neticesinin gerçekleştiği olayda, eylemin doğrudan ve icrai şekilde işlendiğine karar verilmiştir. Bununla birlikte, iki üye eylemin ihmali davranışla işlendiği yönünde karşı oy kullanmışlardır.

¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/986 E., 2018/102 K., K. T.: 20.03.2018.

gerekmektedir. Sözleşme ile kurulan garantörlük ilişkilerine dair günlük hayatta birçok örnek verilebilmektedir. Bu örneklerden biri, korumalık mesleğinde yapılan sözleşmedir. Sözleşmedeki iradesi ile koruma olan kişi, korumakla yükümlü olduğu şeyin ya da kişinin garantörü haline gelir. Söz gelimi, garantörü olduğu şey ya da kişi bir tehlike altında olduğu halde görevini yerine getirmeyen koruma, kanunlarda suç olarak tanımlanan netice de ortaya çıkarsa, ihmal suretiyle icrai suç işlemiş olacaktır.

Üçüncü ve son olarak garantörsel sorumluluk, öngelen tehlikeli hareket ile ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, kişi esasında kanunla veya bir sözleşmeyle sorumluluk altında değildir. Dikkat edilmesi gereken husus, garantör sıfatı taşıyacak kişinin, sorumlu olduğu kişiyi kendi davranışları nedeniyle tehlikeli bir duruma düşürmüş olmasıdır. Diğer bir deyişle, eylemleriyle başkalarını tehlikeye düşürenler, tehlike nedeniyle zarar görecektir kişilerin garantörü olmaktadır. Öngelen tehlikeli hareket nedeniyle garantörlüğün en tipik örneği, sürücünün kusurlu olduğu trafik kazalarıdır. Yargıtay bu husustaki kararlarında, kazalardaki kusur oranı ve kaza sonrasındaki davranışlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Kazalarda sürücülerin kusurunun bulunmadığı hallerde beraat kararı verilmesi gerektiği¹⁸, kusur bulunuyorsa da somut olayın gereklerine göre cezalandırma yapılması gerektiği¹⁹ yönünde kararlar verilmiştir.

Garantörün iştirakine ilişkin, doktrinde ve uygulamada tartışmalar bulunmaktadır. Esasen garantörün, bu sıfatla başka bir suçun iştirakçisi olması tipik olarak mümkündür. Bununla birlikte, garantörlük zaten ihmali davranıştan doğduğu için, neticeyi meydana getirecek hareketleri önlemek için müdahalede bulunmayan garantör, faillik şeriklikten önce geldiği için, kendi ihmali suçunun faili olmaktadır.²⁰ Örneğin, bir kişiye defalarca ateş edildiği halde müdahale etmeyen polis memuru, tipik olarak ateş edenlere yardım etmektedir. Ancak hukuk kendisine garantör sıfatıyla neticeyi önleme yükümlülüğü yüklediğinden, polis memuru meydana gelen neticeden ihmal suretiyle icrai suç kapsamında fail olarak sorumlu olacaktır. Benzer şekilde, birden çok garantörün aynı fiili işlemesi ile müşterek faillik de gündeme gelebilmektedir. Garantörün işleyebileceği suçlara azmettirme de mümkündür. Bu aşamada akla her ne kadar dolaylı faillik gelse de, dolaylı faillikten söz edebilmek için, azmettirenin de garantör olması aranmaktadır.²¹

¹⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2020/4549 E., 2023/818 K., K. T.: 15.03.2023. Traktör sürücüsü yolda seyredirken karşı şeritten gelen yüksek hızlı ve alkollü motosiklet sürücüsünün traktöre çarparak kendi ölümüne sebep olduğu olayda, traktör sürücüsünün olaydaki kusuru incelenmiştir. Bu aşamada ihmal suretiyle icrai suç ile garantörlük oluşacağı yönünde yaklaşımlar öne sürülmüşse de, Yargıtay, öngelen tehlikeli eyleme traktör sürücüsünün sebep olmadığına, kazanın gerçekleşmesinde kusurlu olduğu tespit edilemeyen sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2021/281 E., 2022/78 K., K. T.: 10.02.2022. Sanığın birlikte alkol aldığı maktul ile motosiklete binerek yola çıktığı, köprüden geçerken maktulün akarsuya düştüğü ancak sanığın alkolün etkisiyle durumu kavrayamadığı olayda, sanığın garantörlüğü hakkında yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Daha sonra alınan Adli Tıp raporlarına göre sanığın hemen harekete geçse bile düşme sırasında ağır yaralanan maktulü kurtarma ihtimalinin neredeyse olmadığı, sanığın durumun farkına vardığında yetkililere haber vermesi de göz önüne alınarak, ölüm neticesinin sanığın eylemlerine bağlı olarak gerçekleştiğine ilişkin kesin bir illiyet bağı kurulamayacağı belirtilmiştir. Sayılan nedenlerle, sanığın eylemlerinin bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir.

²⁰ Mahmut Koca, "Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3 / 2 (Ağustos 2015), 113.

²¹ Zahit Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24 / 1 (Haziran 2018), 127.

Yargıtay'ın önüne gelen somut olaylarda, fikir birliğine varmak her zaman mümkün olamamaktadır. İki hırsızın bir bekçiye arabayla çarptıktan sonra maktule yardım etmedikleri ve adli tıp raporu uyarınca yardım çağırılması halinde maktulün hayatta kalabileceği anlaşılan somut olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu içerisinde görüş ayrılıkları oluşmuştur. Öngelen tehlikeli eylemi gerçekleştiren sanıkların garantör sıfatı taşımaları hususu da incelenmiştir. Özellikle arabayı kullanmayıp yolcu koltuğunda bulunan sanığın yardım eden sıfatına mı, yoksa müşterek fail sıfatına mı sahip olması gerektiği hususu tartışılmıştır. Bu karar, Yargıtay'ın garantörlükte iştirak hususunda yaklaşımını gözlemlemek açısından oldukça önemlidir.²²

2. Sağlık Personelinin Sorumluluk Çeşitleri Yönünden İnceleme

Sağlık personelinin işin doğası gereği elde ettiği ayrıcalıklar, birtakım yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir.

Sorumluluk açısından sağlık personelleri arasında en çok hekimler dikkat çekmektedir. Bu aşamada, hekim kavramı üzerinde durmak yerinde olacaktır. Hekim kavramı, bazı görüşlere göre tüm sağlık personellerini kapsayıcı bir üst kavram olarak kullanılsa da, böylesi bir kullanım hem mevzuat hem de uygulama açısından oldukça sorunludur. Dolayısıyla, biz de hekim sıfatının tıbbi fakültelerden mezun olan uzmanlarca kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz.²³

Sağlık personelleri arasında özellikle hekimlerin yaptığı müdahaleler, özel bir yere sahiptir. Kişilerde bulunan sağlık sorunlarının teşhisine ve tedavisine, kişilerin ağrı ve acısının giderilmesine, hastalık nedeniyle önceden koruyucu tedbirler almaya yönelik olarak hekimin hastaya uyguladığı işlemlere, “tıbbi müdahale” denilmektedir.²⁴

Sağlık personelinin yaptığı işlemler nedeniyle hukuk sistemi içerisinde sorumluluğu doğmaktadır. Bu sorumluluk türlerini ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

2.1. Ceza Sorumluluğu

Hekimlerin işlerinin doğası gereği yaptıkları birçok işlem, esasında ceza hukukunda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, tedavinin cezalandırıldığı bir hukuk sisteminin var olması da düşünülemez.

Sağlık personellerinin yaptıkları müdahaleler, kendileri için hem bir hak hem de görev olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, tedavi amacıyla yapılan müdahaleler, hukuka uygunluk

²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/1046 E., 2021/298 K., K. T.: 22.06.2021: “...hırsızlık suçunu işledikleri sırada oluşabilecek tüm engelleri birlikte defetmek üzere en başta verdikleri kararın olası sonuçlarını da öngördüklerinde kuşku bulunmayan sanıkların sorumluluklarında maktulün öldürülmesi eylemine hasren özel bir ayırım yapılarak, sanık ...'m eyleminin TCK'nın 39. Maddesi uyarınca “yardım eden” olarak kabulü de usul ve yasaya uygun değildir, zira iştirakin kapsam ve derecesinin belirlenmesinde eylemin bir anına veya kısmına göre değil olayın bütünlüğü içinde bakılması gerekmektedir. Bu yönüyle, sayın çoğunluğun sanık ...'ın olaydaki konum ve rolünü tali/ikincil olarak suça yardım boyutunda ele alan görüşüne iştirak etmek mümkün olmadığından...”

²³ Nebahat Kayaer, “Hekimin Ceza İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Müdahale Yükümlülüğünün İhmalinden Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Tıp Hukuku Dergisi* 5 / 9 (Ocak 2016).

²⁴ Süleyman Emre Zorlu – Haydar Gündüz, *Salgın Hastalıklarda İdarenin Sorumlulukları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 211.

sebeplerinden hakkın kullanılması kapsamında kalmaktadır.²⁵ Bu aşamada, hukuki dayanaklara değinmek yerinde olacaktır.

Tıbbi müdahale, şartları varsa hukuka uygun sayılmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesinin şartları; müdahalenin ehil kişi tarafından yapılması, aydınlatılmış onam veya rıza, zamanın gereklerine uygun müdahale ve müdahalenin zorunlu olmasıdır.²⁶ Bu şartlar arasında en önemlilerinden biri, aydınlatılmış rıza hususudur. Rıza verilecek eylem hukuka uygun olmalı ve rıza eylemden önce verilmiş olmalıdır. Aydınlatılmış rıza; “...riskleri, yararları ve alternatifleri ile alternatiflerin de risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin ya da uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü...” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁷ Yine müdahalenin hukuka uygunluğu kavramı, hakkın kullanılması kapsamı içerisinde görülmektedir. Hakkın kullanılması, TCK m. 26’da:

“(1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakış açısıyla, tıp alanında sahip olunan yetkinliğin hekimlere tıbbi müdahalede bulunma hakkı taşıdığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla tıbbi müdahaleler, hekimlerin hak kullanımı olarak değerlendirilmektedir.²⁸

Bazı hallerde kişi garantör de olsa, neticeyi önlemek için yapabileceği eylemler sınırlı kalmaktadır. Örneğin; hekimin müdahale edeceği vaka, yeterince bilgi sahibi olmadığı bir alandan olabilir. Bilgi sahibi olsa bile, müdahale etmek için yeterli yeteneği bulunmayabilir. Böyle bir durumda ne yapılması gerektiği doktrinde şu şekilde belirtilmektedir: “Bilgisi olmayan, kendini bilgilendirmek; yapamayacak durumda (fiziksel veya pratik eksiklik nedeniyle) olan kişi de, ihmâl etmek zorundadır.”²⁹

Sağlık personelleri, mevzuatın birçok yerinde garantör olarak gösterilmiştir. Bunların başlıcaları; Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun³⁰ m. 12, Hususi Hastaneler Kanunu³¹ m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi³² m.18’de yer alan düzenlemelerdir.³³

Sağlık personelinin eylemleri nedeniyle ceza hukuku kapsamına giren bazı neticelerin doğması mümkündür. Uygulamada birçok somut olay, sağlık personellerinin tedavi sırasında

²⁵ Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 545.

²⁶ Yakup Gökhan Doğramacı, “Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu”, *Tıp Hukuku Dergisi* 4 / 7 (Nisan 2015).

²⁷ Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (Temmuz 2014), 3543.

²⁸ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, 27.

²⁹ Rahime Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21 / 1 (2019), 435.

³⁰ Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, *Resmi Gazete* 10705 (12.01.1961), Kanun No. 224.

³¹ Hususi Hastaneler Kanunu, *Resmi Gazete* 2419 (5.6.1933), Kanun No. 2219.

³² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, *Resmi Gazete* 10436 (19.2.1960), Bakanlar Kurulu Karar No. 4/12578.

³³ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, 95.

yükümlülüklerini ihmal ettikleri iddialarıyla hukuki işlem aşamasına gelmektedir. Kanunen garantör sıfatı taşıyan sağlık çalışanları, en çok öldürme ve yaralama suçları açısından sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu suçlarda, sağlık çalışanları TCK m. 83³⁴ ve m. 88'den³⁵ sorumlu tutulacaklardır.

Sağlık personellerinin garantörlüğü kanundan doğabileceği gibi, öngelen tehlikeli hareket nedeniyle de oluşabilmektedir. Yaptığı hatalı tıbbi müdahale ile hastayı tehlikeli bir duruma düşüren hekimin garantörlüğü de böyledir.³⁶ Yine sağlık personeli, sözleşmeden kaynaklanan garantör de olabilirler. Resmi bir görevi bulunmasa da, açıkça bir sözleşme ile veya gönüllü olarak tedaviyi üstlenen hekim, sözleşme nedeniyle garantör olmaktadır.³⁷

Hekimlerin acil durumlarda yardım etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla, hekimin tıbbi yardımda bulunmaktan kaçınması, sorumluluğunun doğmasını gündeme getirecektir. Böylesi durumlarda, taksirle yaralama suçu veya görevi ihmal suçu da gündeme gelebilmektedir.³⁸ Hekimin müdahale etmesi için mutlaka tam teşekküllü hastane imkânlarına sahip olması aranmamaktadır. Öyle ki, sıradan bir yolculuk sırasında kaza olduğunu görüp yardım veya bildirimde bulunmayan biri TCK m. 98'den sorumlu tutulurken, yoldan geçmekte olan hekim garantör olması nedeniyle meydana gelen neticeye göre TCK m. 83 veya m. 88'den sorumlu tutulacaktır.³⁹

Uygulamada çok karşılaşılan bu suçlardan başka, sağlık çalışanları, TCK'da kamu görevlilerine özgü diğer suçları da işleyebilmektedir (zimmet, irtikâp v.s...). Yine benzer olarak çalışanlarına özgü olacak şekilde, sağlık çalışanın hukuka aykırı şekilde çocuk düşürtme suçunu işlemesi ve suçu bildirmemesi (TCK m. 280) de cezai sorumluluk kapsamındadır. Bunlardan başka; organ ve doku nakli suçu, insan üzerinde deney ve deneme yapma suçu ve kişisel verileri kaydetme, verme, ele geçirme suçu da bu kapsamda kalmaktadır.⁴⁰

³⁴ TCK m. 83: “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi

Madde 83- (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 kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaması, 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 hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”

³⁵ TCK m. 88: “Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi

Madde 88-(1) Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.”

³⁶ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, 96.

³⁷ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 637.

³⁸ Recep Gülşen, “Hekimin, Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, *Tıp Hukuku Dergisi* 1 / 1 (Ocak 2012).

³⁹ Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, 3540.

⁴⁰ Ceyda Ümit, “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 32 (Ekim 2017), 218.

2.2. İdari Sorumluluğu

Hekim, tedavi sürecini kamu görevlisi sıfatı ile işletmektedir. Dolayısıyla, hekimin tedavi sırasındaki hataları nedeniyle de idare sorumlu tutulmaktadır. Öyle ki, hekim hataları nedeniyle açılan davalar doğrudan hekime değil, idareye yöneltilmektedir.

Sağlık alanındaki sorumluluk, temelde idari bir kamu hizmeti yapmakla yükümlü olan Devlet'e aittir. Anayasa'da da yer bulan sağlıklı yaşam hakkı, bireylerin en temel haklarından biridir. Bu noktada Devlet'in yükümlülüğü, yalnızca hasta olarak başvuru yapan bireylerle sınırlı değildir. Devlet, sağlık hizmetini vatandaşların başvurusu öncesinden itibaren hazır bulundurmalı ve tedavi sürecinden sonra da rehabilitasyon aşamasında hizmete devam etmelidir. Dolayısıyla sağlık hizmeti, sürekli bir kamu hizmetidir.⁴¹

Devlet'in sağlık hizmetinde aksamaya yol açacak işlemleri, hizmet kusuru olarak adlandırılmaktadır. Hizmet kusuru; hizmetin geç işlemesi, hiç işlememesi ve kötü işlemesi olmak üzere üç farklı başlıkta değerlendirilmektedir.⁴²

İdarenin kamu hizmetini sağlarken gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması, hizmetin dönemin gerektirdiği şartlardan geride kalması, hizmet kalitesinin yetersiz olması halinde hizmetin kötü işlemesinden söz edilmektedir. Kamu hizmeti sağlayan idarenin, ilgili hizmeti sağlarken zarara sebebiyet verecek ihmallerde bulunması halinde, hukuki sorumluluğu doğmaktadır.⁴³

Sağlık hizmetinin süreklilik niteliği; bireylerin teşhis, tedavi ve rehabilitasyon süreçlerinde kusurla karşılaşılması durumunda önem kazanmaktadır. Hizmet kusuru nedeniyle zarara uğrayanların hukuki yollara gitmeleri mümkündür. Devlet'in meydana gelen zarar nedeniyle, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk hallerinde, yükümlü olması için birtakım şartlar bulunmalıdır. Buna göre meydana gelen zarar; somut ve kesin olmalı, özel olmalı, hukuka uygun bir yararı zedelemiş olmalı ve maddi olarak ölçülebilir olmalıdır.⁴⁴ Uygulamada, sağlık hizmeti verilirken hata yapılması veya prosedürlere uyulmaması nedeniyle davalar açılmaktadır. Danıştay'ın kararında, işlem öncesi aydınlatılmış onamı usulüne uygun şekilde alınmayan hastanın vefat etmesi sonucu idarenin tazmin yükümlülüğü doğacağına hükmedilmiştir.⁴⁵

Sağlık hizmetinin işlemesinde zarar görenin kusurunun bulunması, idarenin sorumluluğunu etkileyen bir haldir. Zarar görenin kendi kusuru, idarenin kusurundan daha fazla ise, nedensellik bağının kesildiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, üçüncü kişinin fiilinden doğan zararlarla ilgili, idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilebilir.⁴⁶

⁴¹ Aydın Akgül, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20 / 1 (Ocak 2016), 275.

⁴² Yasemin Kılıç Öztürk, "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", *Ankara Medical Journal* 15 / 4 (Kasım 2015), 241.

⁴³ Ahmet Bozdağ, "İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay'ın Uygulaması", *Türk İdare Dergisi* 468 (Eylül 2010), 40.

⁴⁴ Kılıç Öztürk, "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu", 240.

⁴⁵ Danıştay 10. Daire Esas Numarası: 2019/6633, Karar Numarası: 2021/4417, Karar Tarihi: 29.09.2021.

⁴⁶ Zorlu – Gündüz, *Salgın Hastalıklarda İdarenin Sorumlulukları*, 221.

İdari sorumluluk açısından, sağlık çalışanları arasında özellikle hekimler öne çıkmaktadır. Hekimlerin idari sorumluluğundan söz edildiğinde, 657 sayılı Kanun⁴⁷ ve Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin ele alınması gereklidir.

2.3. Tıbbi Etik Sorumluluğu

Etik sorumluluk, mesleklerin kendi içerisinde oluşmuş olan etik değerlere uygunlukla ilgilidir. Tıbbi etik sorumluluğu, tıp alanında çalışmakta olan kişilerin uyması gereken birtakım kurallardan oluşmaktadır.

Hekimlik mesleğine girişte, Hipokrat yemini ile başlayıp daha birçok sorumluluk yükleyen etik değerler bulunmaktadır. Tıbbi etik esasında, tıbbi yardıma ihtiyaç duyanlara ayırım gözetilmeksizin ve eşit şekilde yardımın sağlanması üzerine temellendirilmiştir. Günümüz şartlarında, tıp alanında çalışmakta olanları kapsayıcı nitelikte olan meslek kuruluşları bulunmaktadır. Örneğin, bunlardan en bilineni Türk Tabipler Birliği'dir. Bu kuruluşlar, üyelerinin yaptığı etik dışı iş ve işlemler üzerinde soruşturma yapma ve karar alma gücünü haizdir.

Tıbbi etik, içerisinde birçok ilkeyi barındırmaktadır. Bunlar; dürüstlük ilkesi, yaşama saygı ilkesi, zarar vermeme ilkesi, adalet ilkesi, özerklik ilkesi, meşruiyet ilkesi gibi ilkelere. Etik sorumluluk açısından, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Hekimlik Meslek Etik Kuralları belirleyici olmaktadır.

Tıbbi etik kuralları ile hukuk düzeni her zaman uyşamayabilir. Açlık grevleri, ölüm oruçları, ötenazi gibi tartışmalı durumlarda; etik olan ile hukuki olan karşı karşıya gelebilmektedir. Bu gibi durumlarda hekimin müdahale edip etmeyeceğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Kişilerin tedaviyi reddettiği hallerde, hekimin zorla müdahalesi söz konusu olmaktadır. Açlık grevlerinde zorla besleme, bu gibi hallere örnek olabilir. Özellikle ölüm kararıyla sürdürülen eylemlerde, bazı hallerde uluslararası metinlere dayanılarak "tıbbi etik gereği" hekimlerin müdahaleden kaçınmaları durumu gündeme gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, bize göre hukuka rağmen bir başkasının ölüm kararını etik amaçlarla desteklemek söz konusu olamaz. Kaldı ki, ülkemizin böylesi kaçınmaları destekleyecek uluslararası antlaşma niteliği taşıyan bir metne taraflığı bulunmamaktadır. Söz gelimi, böylesi bir uluslararası antlaşma taraflığı bulursa ve iç hukukta çelişki meydana gelmiş olsa bile, biz de garantör olan hekimin koruyucu müdahaleleri yapması gerektiği görüşünü savunmaktayız. Aksi halde, hekimin cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler tatbik edilmelidir.⁴⁸

Tıbbi etik kurallarının uygulanmasında, hataların yol açtığı zarara ilişkin izlenmesi gereken aşamalar tartışılmaktadır. Bireye odaklı yaklaşımın, sağlık mesleği mensuplarının hata yapma kaygısı ile çalışmak zorunda kalmalarına sebebiyet verdiğine ve kişilerin cezalandırılması üzerinde durulmasının kısır döngü yarattığına dikkat çekilmektedir. Sisteme odaklı yaklaşımda ise, hatanın ortaya çıkışını kısıtlayıcı önlemlerin göz önüne alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Ülkemizdeki yaklaşımın bireye odaklı olarak gelişmeye devam

⁴⁷ Devlet Memurları Kanunu, *Resmi Gazete* 12056 (23.7.1965), Kanun No. 657.

⁴⁸ Rıfat Murat Önok, "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 9 (Şubat 2007).

ettiğini ileri süren görüşe göre, bu dönüşüm, sağlık hizmetlerinin ve sağlık alanındaki mesleki değerlerin düşmesine sebep olmaktadır.⁴⁹

Sağlık mesleği mensuplarının kaygı nedenlerine ilişkin yapılan araştırmada, meslek içerisinde farklı unsurların kaygıya sebep olabildiği anlaşılmıştır. Bununla birlikte, hem doktorların hem de hemşirelerin ifadelerinde, sağlık mesleği mensuplarının tamamında görülen ve en yüksek kaygı düzeyine sebep olan olgunun “hatalı tıbbi uygulama” olduğu görülmektedir.⁵⁰

2.4. Medeni Hukuk (Hukuki) Sorumluluğu

Sağlık çalışanları ile hastalar arasında kurulan ilişkilerin niteliğini tartışabilmek için, öncelikle kurulan ilişkinin şeklini ele almak gerekmektedir. Doktrindeki genel kanı, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu bakış açısı bizce de yerinde olmakla birlikte, özel hastanelerde kurulan hukuki ilişkinin niteliği hususunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, bu tip sözleşmelere “hasta kabul sözleşmesi” denilmektedir. Hasta kabul sözleşmelerinin tarafları, hasta ve hastane olmaktadır. Bu sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmesi için tedavi amaçlı iş ve işlem yapan sağlık personelleri ise, “ifa yardımcısı” konumundadırlar. Bu nedenle hastane, sözleşmenin tarafı olarak kusursuz sorumluluk altında olmaktadır.⁵¹

Sağlık çalışanın hukuki sorumluluğu, kurallara aykırı eylemde bulunması ile doğmaktadır. Elbette hukuki sorumluluk denilince incelenmesi gereken husus, hakkı saldırıya uğrayan kişinin zararını tazmin sorumluluğudur. Uygulama içerisinde yanlış veya eksik tedavi nedeniyle zarara uğrayan mağdurlar veya fiilden zarar görenler, malpraktis davaları açmaktadırlar. Bu davalar sonucunda hastaların haklı bulunması halinde, tazminat taleplerinin değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

Sağlık çalışanları arasında özellikle hekimlerin hukuki sorumlulukları gündeme geldikçe, sigorta hukuku kapsamında hekimleri güvence altına almak adına birçok gelişme yaşanmıştır. Bununla birlikte, günümüz hukuk sisteminde hekim hatası nedeniyle meydana gelen zararların tazmini devlet tarafından karşılanmaktadır. Bu durum, hukuk camiası içerisinde çoğunlukla karşıt görüşleri ortaya çıkarmıştır. Her meslek dalında hukuki sorumluluk doğuran neticeler ortaya çıkması mümkündür. Anayasal güvence altında bulunan hâkimler ve savcılardan başka mesleklerin de hukuki sorumluluktan kurtarılmasının ne derece doğru olacağı tartışılmalıdır. Bize göre, hekim hataları da diğer tüm alanlarda olduğu gibi mesleki hata olduğundan, bu hatanın tazminini topluma yüklemek doğru olmayacaktır. Ayrıca bu yaklaşım, eylemleri nedeniyle sorumluluk altına girmeyeceğini bilen kişilerde dikkat ve özenin azalmasına yol açabilecektir.

⁴⁹ Murat Civaner, ““Malpraktis” yerine “hizmet kaynaklı zarar””, *Türk Pediatri Arşivi* 46 / 1 (Mart 2011), 9.

⁵⁰ Tülin Tunç – Rana Özen Kutanis, “Doktor ve Hemşirelerde Kaygı Nedenleri: Bir Üniversite Hastanesi Örneği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi* 6/13 (2015), 66.

⁵¹ Ulaş Can Değdaş, “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 / 6 (Ocak 2018), 47.

3. Ceza Hukuku Açısından Garantörsel Sorumluluğa Mücbir Sebep Etkisi Sorunsalı

Mücbir sebep, dış etki ile meydana gelen ve insani gayretle savuşturulamayan etkilerdir. Mücbir sebep halinde, yaşanan tabiat olayları nedeniyle kişilerin mutlak bir kuvvet etkisi altında kalmış ve iradelerini söz konusu baskı nedeniyle yönlendirememiş olmaları gerekir. Açıkça görüldüğü üzere, fiilin “iradi insan davranışı olma” vasfı bulunamadığından, mücbir sebep altındayken yaşanan davranışların fiil olarak nitelendirilmesi ve kişilerin cezalandırılması mümkün değildir.⁵²

Mücbir sebeplerden söz edildiğinde, ilk önce doğal afetler ele alınmaktadır. Bu aşamada, ülkemizde meydana gelen deprem felaketi nedeniyle hastaneleri terk eden garantör sağlık çalışanlarının durumu incelenecektir.

6 Şubat 2023, saat 04.17’de meydana gelen deprem felaketi sonrasında, yıkımın boyutu nedeniyle arama kurtarma çalışmaları oldukça zorlaşmıştır. Deprem anında hastanelerde bulunan sağlık çalışanlarının binaları terk ettikleri görülmüştür. Ancak, medyaya yansıyan birçok ifade ele alındığında; olay yerinden ayrılan sağlık çalışanlarının, binaların içerisinde kalan ve kendi çabasıyla uzaklaşması imkânsız olan hastalara yardım ulaştırmak için hiçbir şey yapmadıkları, bu nedenle uzun süre hastanede mahsur kalan hastalara hiçbir yardımın ulaşmadığı dile getirilmektedir.⁵³

Garantörsel sorumluluğu bulunan sağlık çalışanları, mücbir sebep etkisi altında görev yerlerini terk etmek durumunda kalmışlardır. Daha sonra da geri dönmeleri ve hastaların tahliyesini sağlamak için hiçbir adım atılmaması nedeniyle içeride kalan hastalardan hayatını kaybedenler olmuştur.

Kabul etmek gerekir ki, 6 Şubat depremi gerek gücü gerekse etki alanı ele alındığında tarihte nadir görülen felaketlerdendir. Türkiye Cumhuriyeti üzerinde 11 ili etkileyen doğal afet sonrasında, 90 gün süreyle afetten etkileyen bölgeleri kapsayacak şekilde Olağanüstü Hal ilan edilmiştir. Yaşanan can kayıpları nedeniyle 7 gün milli yas ilan edilmiştir. Geçen zaman ve kaldırılan enkazlar sonrasında, aralarda meydana gelen boşluklar felaketin boyutunu göstermektedir.⁵⁴

Deprem meydana gelmesinden sonra, bulunduğu bina ayakta olan insanların en doğal tepkisi binaları terk etmeleridir. Bununla birlikte, yaklaşık 2 dakika sürdüğü belirtilen depremin yarattığı sarsıntı durduğunda sorumlulukların devam edip etmeyeceği hususu tartışmamızın esasını teşkil etmektedir. Yaşanan büyük depremlerin ardından artçı depremler olacağı bilinen bir husustur. Dolayısıyla, esas depremde hasar alan binaların artçı depremlerle yıkılma ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, sağlık çalışanlarının doğrudan hastaneye geri girmelerinin can güvenliklerini sağlama hususunda kaygılar yaratacağını kabul etmek gerekir. Söz konusu tartışmanın esası, mücbir sebep etkisinin ne kadar süreyle devam edeceğidir. Yaşanan olayda, mücbir sebep etkisinin ne zamana kadar devam edeceği hususu, belirli veya

⁵² Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 315.

⁵³ Cumhuriyet Gazetesi (Cumhuriyet), “Türkiye Haberleri” (Erişim Tarihi: 1.12.2023).

⁵⁴ Anadolu Ajansı (AA), “Asrın Felaketi” (Erişim Tarihi 1.12.2023)

belirlenebilir bir olgu değildir. Hukuk düzeni, kimseyi hayatını kesin bir tehlikeye sokacak şekilde davranmaya mecbur edemez. Gerçekten, ilk sarsıntının ardından hiçbir destek olmaksızın sağlık çalışanlarının doğrudan görev başına dönmeleri olası değildir.

Görev yerinden uzakta bulunan ve kendi can güvenliklerini sağlayan sağlık çalışanları, bölgeye arama kurtarma ekiplerinin yönlendirilmesi konusunda yine sorumlu olmaktadır. 6 Şubat'ın ilk saatlerinde meydana gelen deprem sonrasında içeride kalan hastalara şans eseri ulaşıldığına dair birçok ifade bulunmaktadır. Yaşanan olayda, mücbir sebep etkisinin, birkaç gün boyunca, en azından arama kurtarma ekiplerine haber vermemeyi meşru kılacak düzeyde olmadığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Ceza hukuku alanında, ilk zamanlarda kusur sorumluluğu ön planda olmuştur. Kişilerin hareketsiz kaldıkları hallerde de sorumlu tutulması, ceza hukukunun gelişimi ile değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu durumun sonucu olarak, hareketsiz kalmanın da kişileri sorumluluk altında bırakacağı düşüncesiyle, ihmali suç kavramı ortaya çıkmıştır. Ardından, ihmali suçların faili olacak kişilerin aynı şekilde cezalandırılmasının ceza adaletine uygun olmayacağı fark edilmiştir. Nitekim kimi kişilerin diğer insanlardan daha büyük sorumluluk altında oldukları ve ihmallerinin de buna göre cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Sağlık çalışanlarının hastalara yönelik sorumlulukları, çağdaş hukuk sistemlerinde kabul edilmiş ve sağlık hukukuna ayrıca yer ayrılmıştır. Sağlık çalışanlarının, işlerinin doğası gereği büyük sorumluluk altına girdiklerini kabul etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, sağlık alanı da profesyonel yaşamın bir parçasıdır. Böylesi bir alanda yapılacak hataların doğuracağı ağır neticeler göz önüne alındığında, sağlık çalışanlarının daha büyük sorumluluk altında bulunmalarının hakkaniyetli olduğu görülmektedir.

Hukuk sistemimizdeki son gelişmeler, tıp alanında yapılan hatalara ilişkin tazminat taleplerinde devlet desteği sağlanması yönündedir. Profesyonel yaşam içerisinde her meslek mensubu sorumluluklarının ve hatalarının yükünü taşımakla yükümlü iken, sağlık çalışanlarına yönelik düzenlemelerin hukuksal bir hata olduğunu ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmemiz gerekmektedir. Bununla birlikte, tıp mesleği icra edenlerin işlerini yapamayacak düzeyde baskı altında tutulması da doğru olmayacaktır. Dolayısıyla, bu alanda adaleti sağlayacak bir denge sistemi oluşturulması önemlidir. Bilindiği üzere devlet gelirlerinin büyük kısmı vergilerden oluştuğu için, tıp mesleği icra edenlerin hataları karşılığında yine vatandaşlara yüklenecek olan tazminatları devletin ödemesi hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda, hataya sebebiyet verecek unsurların en alt seviyeye çekilmesi için gerekli çalışmaları yapmak, dengeyi sağlamak için oldukça önemlidir.

Bu çalışmada, 6 Şubat depremi ve ardından yaşanan süreçte sağlık hukuku ve ceza hukuku yönünden ortaya çıkan sorunlar ele alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, sağlık çalışanlarının sorumlulukları kendi güvenliklerini riske edecek nitelikte değildir. Söz gelimi, bir polis memuru, tehlike teşkil eden somut olaylarda, durumun gereklerine göre hayatını riskle

ederek silahlı çatışmalara da girme yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte, polis memurunun kesin bir ölüm tehlikesi altında kalacağı öngörülüyorsa, kolluk güçlerinin durumu kontrol altına almasını beklemek ve teknik olarak doğru olan adımları atmak gerekmektedir. Benzer şekilde, sağlık çalışanlarının hayati risk altında hastaları koruma yükümlülüğünün bulunmadığının altını çizmek oldukça önemlidir. Artçı depremlerin devam ettiği ve devlet hastanelerinin dahi hasar aldığı bir ortamda, sağlık çalışanlarının bina içine girip hastaları koruması beklenemez. Bununla birlikte, ortaya çıkan olağanüstü halin sağlık çalışanlarının tüm yükümlülüklerini ortadan kaldıracığı da söylenemez. Sağlık çalışanlarının kendi güvenliklerini sağladıktan sonra, hastaları kurtarmaya yönelik adım atmamaları, garantörsel sorumluluğa aykırılık teşkil etmektedir.

Yapılan eylemin ve meydana gelen neticelerin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Kabul etmek gerekir ki, sağlık çalışanları, risk altında kalan hastaların ölümünün gerçekleşmesini arzu etmemişlerdir. Bununla birlikte, meslek mensuplarının böylesi neticelerin meydana gelebileceğini ve kuvvetle muhtemel olacağını bildikleri kesindir. Her ne kadar ölüm gibi neticelerin istenmeyeceğine yönelik genel kabul bulunsa da, neticenin gerçekleşmesini önleyecek bir harekette bulunulmadığı açıktır. Bu durumda, sorumluluk düzeyinin taksir düzeyine indirgenmesi mümkün değildir. Her somut olayın ayrıca değerlendirmesi gerektiğine de dikkat çekerek, sağlık çalışanlarının bu olaylarda en azından olası kastla hareket ettikleri kabul edilmelidir. Her ne kadar netice istenmese de muhtemel sonuçların kabullenildiği ortadadır. Bize göre; garantörün sağlıklı, güvende, bilinçli ve yardıma ulaşma hâkimiyeti de bulunduğu halde, mahsur kalan hastalara ilişkin yardım ulaştırmaya çalışmaması halinde, olası kastan daha hafif bir sorumluluk söz konusu değildir ve bu yönde karar verilmelidir.

Sağlık çalışanlarının eylemlerinin icrai mi, ihmali mi olduğu yönünden inceleme yapmak gerekmektedir. Öncelikle, sağlık çalışanlarının hastaların zarar görmesine yönelik aktif bir hareketlerinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü deprem gibi beklenmeyen bir nedenle alanın terk edildiği açıktır. Dolayısıyla, eylemlerin icrai hareketli olduğu söylenemez. Bununla birlikte, sağlık çalışanlarının garantör sıfatı taşıdığına dikkat edilmelidir. Bu nedenle, yaptıkları eylemlerin doğrudan ihmali olduğunu söylemek de mümkün değildir. Dolayısıyla deprem nedeniyle hastanelerin terk edilmesine yönelik tüm somut olaylarda meydana gelen neticelerin, ihmal suretiyle icrai suç kapsamında olacağını söylemeliyiz. Bize göre hareketin değerlendirilmesi, hem uygulamada hem de doktrinde ihmal suretiyle icrai suç yönünde olmalıdır.

Sağlık çalışanları doğrudan etki edemeyecekleri halde, belirttiğimiz gibi, sorumlulukları tamamen ortadan kalkmamaktadır. İçeride olan hastaların durumuna ilişkin hiçbir eylemi bulunmadığı belirtilen sağlık çalışanlarının, iddialar doğru ise, ihmalleri bulunmaktadır. Bu durumda, garantör sıfatıyla, meydana gelen neticeye bağlı olarak suç işledikleri sabit olacaktır. Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilerek, hastanelerde gözle görülür hasarlar bulunması gibi sebepler bulunuyorsa ve yardım da çağırılmamışsa olası kastla hareket edildiği, yardım çağırma için gerekli tüm adımlar atılmasına rağmen neticenin önüne geçmek mümkün olmamışsa kişilerin sorumlu tutulmayacağı söylenebilir. İlk ihtimalde, meydana gelen neticeye bağlı olarak, en azından olası kast düzeyinde sorumlulukları bulunduğu kabul edilip

TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu veya TCK'nın 88. maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu, garantörler olan sağlık çalışanları hakkında uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

AA, Anadolu Ajansı. "Asrın Felaketi". Erişim Tarihi 1.12.2023
<https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/deprem-bolgesinde-kaldirilan-enkazlarin-yerinde-bos-arsalar-kaldi/2961694>

Akbulut, Berrin. "Bağlılık Kuralı". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 / 1 (Haziran 2010), 167-214.

Akgül, Aydın. "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20 / 1 (Ocak 2016), 269-302.

Artuk, Mehmet Emin – Alşahin, Mehmet Emin. "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18 / 1 (Haziran 2012), 3-38.

Artuk, Mehmet Emin vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 17. Baskı, 2023.

Avcı, Mustafa - Yerdelen, Erdal. "Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19 / 1 (Ocak 2015), 163-190.

Bozdağ, Ahmet. "İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay'ın Uygulaması". *Türk İdare Dergisi* 468 (Eylül 2010), 33-48.

Civaner, Murat. "'Malpraktis' yerine 'hizmet kaynaklı zarar'". *Türk Pediatri Arşivi* 46 / 1 (Mart 2011), 6-11. <https://doi.org/10.4274/tpa.46.02>

Cumhuriyet, Cumhuriyet Gazetesi. "Türkiye Haberleri". Erişim 1.12.2023
<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/skandallar-art-arda-yogun-bakimda-unutulan-hastalar-2058821>

Danıştay, Danıştay 10. Daire. K. 2021/4417 (29.09.2021).
<https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2019-6633-k-2021-4417-t-29-09-2021-hatali-tedavi-sonucu-vefat-sebebiyle-tazminat-istemi/4238260/sa%c4%9f%c4%b1k+hizmet+kusuru>,

Değdaş, Ulaş Can. "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 / 6 (Ocak 2018). 41-65.

Devlet Memurları Kanunu (Kanun No. 657). *Resmi Gazete* 12056 (23.7.1965). Erişim Tarihi 1.12.2023.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=657&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

Doğramacı, Yakup Gökhan. "Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmalî Davranışla İşlenmesi Suçu". *Tıp Hukuku Dergisi* 4 / 7 (Nisan 2015).

Erbaş, Rahime. "İcrai veya İhmalî Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21 / 1 (2019), 397-449.

Gülşen, Recep. "Hekimin, Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu". *Tıp Hukuku Dergisi* 1 / 1 (Ocak 2012).

Hakeri, Hakan. *Tıp Ceza Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

Hususi Hastaneler Kanunu (Kanun No. 2219). *Resmi Gazete* 2419 (5.6.1933). Erişim Tarihi 1.12.2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2219.pdf>

Karaaslan, Reşit. "Suça Etki Eden Ağırлатıcı ve Hafifletici Nedenlerin Şeriklere (Azmettiren ve Yardım Eden) Sirayeti" *Legal Hukuk Dergisi* 15 / 173 (Mayıs 2017).

Kayaer, Nebahat. "Hekimin Ceza İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Müdahale Yükümlülüğünün İhmalinden Doğan Cezai Sorumluluğu". *Tıp Hukuku Dergisi* 5 / 9 (Ocak 2016).

Kılıç Öztürk, Yasemin. "Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu". *Ankara Medical Journal* 15 / 4 (Kasım 2015), 235-243. <https://doi.org/10.17098/amj.94048>

Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan. "Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma (TCK m. 87/4)". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71 / 1 (Ağustos 2013), 801-814.

Koca, Mahmut. "Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3 / 2 (Ağustos 2015), 103-118.

Önok, Rıfat Murat. "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk". *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 9 (Şubat 2007).

Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Özgenç, İzzet - Şahin, Cumhuri. "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 / 2 (Haziran 2002).

Özgenç, İzzet. "İhmalî Suç Teorisi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25 / 4 (Ekim 2021), 303-378.

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (Kanun No. 224). *Resmi Gazete* 10705 (12.01.1961). Erişim Tarihi: 1.12.2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.224.pdf>

Şimşek, Uğur. "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (Temmuz 2014), 3535-3556.

TCK, Türk Ceza Kanunu (Kanun No. 5237). *Resmi Gazete* 25611 (12.10.2004). Erişim Tarihi 1.12.2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Bakanlar Kurulu Karar No. 4/12578.). *Resmi Gazete* 10436 (19.2.1960). Erişim Tarihi 1.12.2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/2.3.412578.pdf>

TMK, Türk Medeni Kanunu (Kanun No. 4721). *Resmi Gazete* 24607 (8.12.2001). Erişim Tarihi 1.12.2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>

Tunç, Tülin – Kutanis, Rana Özen. "Doktor ve Hemşirelerde Kaygı Nedenleri: Bir Üniversite Hastanesi Örneği". *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi* 6/13 (2015), 62-71.

Türay, Aras. "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17 / 3 (Ağustos 2020), 115-154.

Ümit, Ceyda. "Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 32 (Ekim 2017), 197-246.

Yargıtay, Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2023/818 (15.03.2023). <https://legalbank.net/belge/y-12-cd-e-2020-4549-k-2023-818-t-15-03-2023/4840371/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2015/493 (08.12.2015). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2014-161-k-2015-493-t-08-12-2015/2155114/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2018/102 (20.03.2018). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2015-986-k-2018-102-t-20-03-2018/3194338/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2020/239 (28.05.2020). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2020-164-k-2020-239-t-28-05-2020/3847781/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2020/351 (07.07.2020). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-779-k-2020-351-t-07-07-2020/3851861/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2021/298 (22.06.2021). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2017-1046-k-2021-298-t-22-06-2021/4217799/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2022/709 (09.11.2022). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2020-466-k-2022-709-t-09-11-2022/4832607/>

Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2022/78 (10.02.2022). <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2021-281-k-2022-78-t-10-02-2022/4295105/>

Yılmaz, Zahit. "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24 / 1 (Haziran 2018), 122-131.

Zorlu, Süleyman Emre – Gündüz, Haydar. *Salgın Hastalıklarda İdarenin Sorumlulukları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

TUTUKLAMANIN MADDİ ŞARTLARI*

Volkan Yetiştirici**

Öz

Ceza Muhakemesi Hukuku maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlar. Bu amaca ulaşmak üzere birtakım koruma tedbirine müracaat etme ihtiyacı ortaya çıkabilir. Özellikle henüz kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmamasına rağmen kişi özgürlüğüne uzun süreli kısıtlama getirme özelliği nedeniyle tutuklama tedbiri, diğer tedbirlerden daha özel bir konum almaktadır. Bu önemi nedeniyle tutuklama kurumu uluslararası metinlerde, anayasalarda ve usul yasalarında düzenleme altına alınmıştır. Hukukumuzda tutuklamanın anayasal temeli, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde yer alırken, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma tedbirleri kısmında ayrı bir bölüm başlığı altında, 100 ve devamı maddelerinde tutuklama ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Tutuklama koruma tedbirine ancak belirli şartların bulunması halinde başvurulabilir. Bu şartların bulunmaması, tutuklama kararını hukuka aykırı hale getirdiği gibi, bu alanda yapılacak ihlallerin telafisi mümkün olmayan veya oldukça güç olan sonuçları ortaya çıkabilir. Zira tutuklamanın en ağır koruma tedbiri olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı gibi, hukuka aykırı bir şekilde özgürlük kısıtlamasının yarattığı tahribatın giderilmesinin mümkün olmadığı da açıktır. Öte yandan şartlarının varlığına rağmen tutuklama kararı verilmemesi de toplumun adalete olan güvenini sarsabilecek ve ideal hukuk sistemi hedefinden uzaklaşılmasına yol açabilecektir. Bu nedenlerle hukuk uygulayıcılarının tutuklama kurumu ile ilgili tasarruflarında çok büyük bir hassasiyet göstermelerinde zorunluluk bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tutuklama, Koruma Tedbiri, Kısıtlama, Özgürlük.

MATERIAL CONDITIONS OF THE ARREST

Abstract

Criminal Procedure Law aims to reveal the material truth. In order to achieve this goal, the need to apply for some protection measures may arise. Especially, although there is no final conviction yet, the measure of arrest has a more special position than other measures due to its ability to restrict personal freedom. Due to this importance, the institution of detention is regulated in international texts, Constitutions and procedural laws. While the constitutional basis of detention in our law is included in the 19th article of the Turkish Constitution, there are provisions regarding detention in the 100th and subsequent articles under a separate section heading in the protective measures section of the Turkish Code of Criminal Procedure. Detention protection measures can only be applied if certain conditions are met. The absence of these conditions makes the arrest decision unlawful, and violations in this area may have irreparable or very difficult consequences. Because there is no hesitation that arrest is the most severe measure of protection, it is also clear that it is not possible to eliminate the damage caused by unlawful restriction of freedom. On the other hand, failure to issue an arrest warrant despite the existence of conditions may undermine society's trust in justice and lead to moving away from the goal of an ideal legal system. For these reasons, it is imperative for law enforcement to show great sensitivity in their dealings with the institution of detention.

Keywords: Arrest, Protective Measure, Restriction, Freedom.

* Makalenin Gönderim Tarihi : 26.12.2023

Makalenin Kabul Tarihi : 30.12.2023

Makale, yazarın Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programı çerçevesinde hazırlanmış olduğu "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Hâkim, Doktora Öğrencisi, e-posta: v_yetistirici@yahoo.com.

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK'nın) tutuklamaya ilişkin düzenlemeleri, genel anlamda önceki usul kanunu olan 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan (CMUK'tan) farklı olarak daha teminatlı hükümler içermesine rağmen, uygulamadaki aksaklıklar ne yazık ki sona ermemiştir. Özellikle tutuklama tedbirine giderek artan oranlarda başvurulduğunun görülmesi, çoğu zaman tam anlamıyla şartları oluşmaksızın bu kuruma hükmedilmesi, uzun tutukluluk sürelerinin ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen tutuklama kararlarının kamuoyunun gündemini devamlı olarak işgal etmesi, azami tutukluluk sürelerinin tam olarak ne olduğuna ilişkin belirsizliklerin ve tartışmaların sonlanmaması, aslında kişi özgürlüğü ve hukuki güvenliğiyle son derece yakından ilgili olan tutuklama kurumunun uygulamasına ilişkin halen birçok problemlili alan bulunduğu göstermektedir. Nitekim CMK'nın yürürlüğe girmesinin ardından tutuklamaya ilgili kanun maddelerinde yapılan pek çok değişiklik de bu kanaati kuvvetlendirmektedir.

Bu çerçevede ele alınan tutuklamanın maddi şartları adlı bu çalışmada öncelikle tutuklama kurumu hakkında genel bilgilere yer verildikten sonra tutuklama koruma tedbirinin şartları ile bu konuda uygulamada ve teoride karşılaşılan sorunlar değerlendirilecektir.

1. Tutuklama Tedbiri Hakkında Genel Bilgiler

Öğretide yazarlar tarafından ayrı ayrı tutuklama tanımları yapıldığı görülmekle birlikte, bunlardan üzerinde ittifak sağlanmış olan birkaçı şu şekilde ifade olunabilir.

Yenisey ve Nuhoglu'na göre¹ “tutuklama, suç işlediği kuvvetli şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması halinde, şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla kişi özgürlüğünün kesin hükümden önce hakim kararıyla kısıtlanmasıdır. Kişi hürriyetinin kaldırılmasının tutuklama kararının yerine getirilmesinden başlayarak salıvermeye veya cezanın infazının başlamasına kadar devam eden durumuna tutukluluk denir.”

Öztürk'e göre² “tutuklama, şüpheli veya sanığın kişi hürriyetinin, hakim kararı ile sınırlandırılarak tutukevi adı verilen yere konulmasıdır.”

Özbek, Doğan ve Bacaksız'a göre³ “tutuklama, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün hakim kararı ile sınırlandırılmasıdır.”

Avcı'ya göre⁴ “tutuklama, yargılama hukuku bakımından zorunlu olan hallerde hakim tarafından verilen karara dayanılarak, henüz bir yargı kararı ile hapis cezasına mahkum olmadan, bir kişinin özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanması ve onun tutuk durumuna sokulmasıdır.”

¹ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2021), 374.

² Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 460.

³ Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 243.

⁴ Mustafa Avcı, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, *Hukuki Perspektifler Dergisi* 3 (Nisan 2005), 76.

Centel ve Zafer'e göre⁵ “tutuklama, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hakim kararı ile geçici olarak kaldırılmasıdır.”

Yargıtay kararlarında⁶ “tutuklama, şüpheli veya sanığın kaçmasını ya da delillerin karartılmasını yahut tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı kurulmasını önlemek amacıyla başvuru bir koruma tedbiridir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Belirtildiği üzere, öğretide pek çok tutuklama tanımı bulunmakta olup⁷ tüm tanımlar açısından ortak olan husus, kişi özgürlüğünün yasalarda öngörülen koşullar altında, hakim kararı ile belirli bir süre ile sınırlandırılmasıdır⁸. Bahse konu ortak hususlar aynı zamanda tutuklama tedbirinin kendine özgü yanlarını ortaya koymakta ve onu diğer koruma tedbirlerinden de ayırmaktadır⁹.

Kanaatimizce, tutuklama, hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan şüpheli veya sanığın somut ve kuvvetli şüphe oluşturan delillere dayanılarak hakim veya mahkeme kararı ile geçici olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması şeklindeki bir koruma tedbiridir.

Koruma tedbirlerinin genel özellikleri yasa ile düzenlenmiş olması, şüphenin belli bir yoğunlukta olması, hükümden önce temel bir hakkı sınırlaması, geçici olması, gecikmesinde sakınca bulunması, ölçülü olması, muhakemenin yapılabilmesini sağlamak ve/veya verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemek ve/veya delili temin veya muhafaza etmek için başvurulması ile kural olarak hakim kararına ihtiyaç duyulması şeklinde ortaya konulabilir.

Tutuklama tedbirinin hukuki niteliğinin koruma tedbiri olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁰.

⁵ Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 355.

⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2016/347 (11 Ekim 2016).

⁷ Yukarıda belirtilenlerin dışındaki tutuklama tanımları için bkz. Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Acar Matbaacılık, 1984), 844; Ersan Şen - Bilgehan Özdemir, *Tutuklama* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), 19; Mustafa Tarık Şentuna, *Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), 6; Köksal Bayraktar. “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış”, *Legal Hukuk Dergisi* 3/32, (Ağustos 2005), 2864; İsmail Malkoç - Mert Yüksektepe, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, (Ankara: Malkoç Kitapevi, 2005), 280; A.Sinan Sürücü, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), 129; Ayhan Köksal, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 30/1-2 (1964), 100; Cumhur Şahin – Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 289; Turhan Tufan Yüce, “Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/1 (1980), 77.

⁸ Ahmet Altınay, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007), 40.

⁹ Örneğin tutuklama kararları sadece hakim tarafından verilebilirken, yakalama tedbiri için böyle bir mutlak zorunluluk yoktur. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tutukluluk süreleri ve yakalama sonrası gözaltı süreleri farklıdır. Yine CMK’nın konuyla ilgili bağlayıcı düzenlemeleri itibarıyla tutuklama için kuvvetli suç şüphesi aranırken, yakalama için bu denli yoğun bir suç şüphesi aranmamaktadır.

¹⁰ Özbek vd.. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 244; Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 105; Z.Özen İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), 30.

Tutuklama kararıyla ulaşılmak istenen amacın neler olduğu hususundaki yaklaşımların ortak yanı, sanığın yargılamada hazır bulunmasının sağlanması, delillerin karartılmaksızın muhafazası, yargılamanın mümkün olan en hızlı şekilde yürütülebilmesidir.

Ceza yargılaması kapsamında, yargılama taraflarına düşüncelerini karşılıklı olarak bildirmelerine imkân tanıyarak bir hükme varılmaya çalışılmaktadır¹¹. Bu kapsamda sentez yapacak karar makamı olan mahkemenin görevi de o gerçeği şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya çıkarmaktır. Bu amaca ulaşma çabası içerisinde olan mahkemenin olaya ilişkin tüm delilleri eksiksiz ve sağlıklı bir şekilde değerlendirmesi, mümkün olduğu ölçüde tüm tanıkları huzura alıp dinlemesi ve maddi gerçeği bulmaya yönelik olarak tüm araştırmaları ifa etmesi gerekir. Ancak mahkeme bu görevini yerine getirirken kimi zaman bazı engellerle karşılaşabilir. Sanık, olaya ilişkin delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme hazırlığında veya girişiminde bulunabilir ya da tanıklara tesir ederek onların gerçeğe aykırı tanıklık yapmasına sebebiyet verebilir veyahut sanık kaçır ve sanığın olayla ilgili olarak sorgusu yapılamaz ve böylece ceza muhakemesinin mümkün olduğunca hızlı ve sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olamaz. İşte tutuklama kararı ile maddi gerçeğin araştırılması çabası içerisinde karşılaşılabilecek bu gibi sorunlar bertaraf edilmeye çalışılır.

Bahse konu teorik yaklaşımların ardından ceza muhakemesinin temel prensiplerine aykırı birtakım uygulama örneklemelerine gidilecek olursa; günümüzde “öne alınmış ceza” sonucuna yol açacak şekilde tutuklama yapıldığı¹², “tutuklanmaz ise dışarıda başkaca suçlar işleyecektir” gibi düşüncelerle, ileride işlenebileceği muhtemel bazı suçlar için tutuklamaya başvurulduğu, bu anlamda tutuklamanın bir “şüphe cezası” olduğunun ileri sürüldüğü¹³ görülmektedir. Benzer şekilde sanığın ikrara zorlanması, gözünün korkutulması, kulağına küpe olması, toplumsal infialin yatıştırılması, öç almak veyahut devletin gücünü göstermek veya “suç işlerken düşünseydi, bırakırsam ne derler” gibi sebeplerle tutuklama koruma tedbirine başvurulamaz, başvurulmamalıdır¹⁴.

2. Tutuklamanın Şartları

2.1. Genel Olarak

Tutuklama şartları, tutuklama nedenlerini de içinde barındıran bir üst kavramdır. Yani tutuklama nedenlerinden bir veya birkaçının varlığı, tutuklama kararı verilmesi için aranan maddi şartlardan biridir. Nitekim CMK sistematüğinde¹⁵ tutuklama kurumu 100 ila 109’uncu

¹¹ Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 782; İnci, *Tutuklama*, 30.

¹² Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 472.

¹³ Yüce, “Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, 71.

¹⁴ Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1991), 105; Mustafa Avcı, “Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimizde Koruma Tedbirlerinde Tutuklama”, *Kamu Hukuk Arşivi*, (Haziran 1998), 31; İsmet K. Karadayı, “Ceza Yargılama Usulü Yasası İçinde Tutuklama Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi* 56/1-2-3 (Ocak-Şubat-Mart 1982), 10; Turhan Tufan Yüce, “Alman-Türk Muhakemeleri Usulünde Tevkif ve Tevkif Sebepleri”, *Adalet Dergisi* 52/1-2 (Ocak-Şubat 1961), 445; Köksal, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası”, 100.

¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 1’inci kitaba ‘genel hükümler’ başlığının verildiği, genel hükümler altındaki 4’üncü kısmın ‘koruma tedbirleri’ adını taşımakta olduğu, bu kısım altında ise 1’inci bölümde yer alan ‘yakalama ve gözaltı’ başlığının hemen ardından gelen 2’nci bölüme ‘tutuklama’ adının verildiği görülmektedir. ‘tutuklama’ ile ilgili hükümler 100 ila 109’uncu maddeler arasında yer almaktadır.

maddeler arasında düzenlenmiş bulunmakta olup 100'üncü maddenin ilk fıkrasında yer alan genel nitelikli düzenlemede, "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların, bir tutuklama nedeninin ve ölçülülük ilkesinin varlığı halinde tutuklama kararı verilebileceği" belirtilmektedir. İlk fıkrada yer alan tutuklama şartlarının varlığı değerlendirildikten sonra, devam eden fıkralarda yer alan tutuklama nedenleri ele alınarak tutukluluk talebi/durumu hakkında bir karar verilmesi mümkündür. Tutuklama şartlarının ve nedenlerinin bir arada mevcudiyeti halinde dahi, maddenin 1'nci fıkrasında yer alan "tutuklama kararı verilebilir" ifadesi ile hakime takdir yetkisinin tanındığı, tutuklamanın istisnai bir tedbir olduğu ortaya koyulmuştur. Her ne kadar bahsi geçen madde başlığı 'tutuklama nedenleri' ise de, maddenin ilk fıkrasında tutuklama şartlarının, devam eden fıkralardaysa, tutuklama nedenlerine yer verilmiş olması nedeni ile madde başlığının 'tutuklama şart ve nedenleri' olmasının kanun terminolojisi açısından daha uygun olacağı değerlendirilmektedir¹⁶. Bahsi geçen maddenin AİHS'nin 'özgürlük ve güvenlik hakkı' başlığını taşıyan 5'inci maddesi¹⁷ ile Anayasa'nın 'kişi hürriyeti ve güvenliği' başlıklı 19'uncu maddesinde¹⁸ yer alan unsurlarla uyum içerisinde olduğu görülmektedir¹⁹.

Öğretide bazı yazarlarca da benimsendiği üzere²⁰, tutuklama şartlarını maddi ve şekli şartlar olmak üzere 2 grup altında ele almak mümkündür. Maddi şartları, şüpheli/sanığın huzurda bulunması, somut olgulara dayalı kuvvetli suç şüphesi, ölçülülük ilkesi, tutuklama nedeninin varlığı şeklinde belirtmek mümkün iken, şekli şartların ise yargılama şartı ve tutuklama kararı olarak ifade olunduğu görülmektedir. Kanaatimizce, uygulamada tutuklamaya, tutukluluk halinin devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda bahsi geçen tutuklama şartlarının tek tek ele alınması, ayrıca tutuklama şartlarının, tutuklamanın özellikleri ve ön şartları ile bir arada değerlendirilmesi, kurumun öngörülen amacına ulaşılmasında büyük önem arz etmektedir.

2.2. Tutuklamanın Maddi Şartları

¹⁶ İnci, *Tutuklama*, 75.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/1-c düzenlemesinde, "kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması" halinin özgürlüğünden yoksun bırakılmama kuralının istisnası olduğu belirtilmektedir.

¹⁸ Anayasa m.19'da, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında bu anayasal hakkın istisnaları belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise, "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı ile veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararı ile tutuklanabilir" denilmek suretiyle tutuklamanın anayasal şartları belirtilmiştir.

¹⁹ Hukukumuzda CMK'nın 100'üncü maddenin dışında, tutuklama nedenlerinin yer aldığı diğer bir yasal düzenleme de mülga 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 71'inci maddesi idi.

²⁰ Bu yöndeki tasnifleme için bkz. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357 vd.; Yener Ünver – Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 389 vd.; İnci, *Tutuklama*, 76 vd.; Altınay, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 45 vd.; Emre Gülüşür, *Koruma Tedbirlerinden Tutuklama* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 21 vd.; Engin Koçaklı, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama* (Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008), 48 vd.; İlker Uçdu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007), 77 vd.; Avcı, "Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama", 77 vd.

2.2.1.Şüpheli/Sanığın Huzurda Bulunması

Bilindiği üzere CMK, CMUK'ta yer alan, şüpheli/sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilmesini, yani “gıyabi tutuklama” uygulamasını kaldırmıştır²¹. Yeni kanun tercihini tutuklama kararının sadece şüpheli/sanığın hakim karşısında hazır bulunduğu durumlarda verilmesinden yana koymuştur. CMK'da gıyabi tutuklama kararı verilen hallerde uygulanmak üzere, “yakalama emri” sistemi getirilmiştir. Bu anlamda hazır edilemeyen şüpheli/sanık hakkında yakalama emri çıkarılması mümkündür.

Yakalama emri düzenlemesinde, gıyabi tutuklama uygulamasından farklı olarak şüpheli/sanığın yetkili hakim huzuruna çıkarılarak olayın esasına ilişkin savunma yapmasına fırsat tanınmaktadır. Nitekim Özbek ve diğer yazarların da vurguladığı gibi²², uygulamada tutuklama kararlarının kolaylıkla verilebildiği dikkate alındığında, hakim in hiç görmediği bir kişi hakkında tümüyle dosya üstünden tutuklama gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği yönünden çok ağır sonuçlar doğuran bir karar vermesinin önlenmesi yerinde olmuştur.

CMK'nun 98/1,3'üncü maddelerine göre, “*soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenir. Kovuşturma evresinde ise duruşmada bulunmayan kaçak²³ sanık hakkında Cumhuriyet savcısının istemi veya resen hakim/mahkeme tarafından yakalama emri çıkarılması gerekir.*” Aynı kanunun 94'üncü maddesi gereğince, hakkında yakalama emri çıkarılan kişi, en geç 24 saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, bu süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır; burada huzura çıkarılan kişinin hakkında yakalama emri çıkarılan kişi olup olmadığı kimlik tespiti yapılmak suretiyle belirlenir. Kimlik bilgilerinin eşleşmesi durumunda sulh ceza hakimliği tarafından, şüpheli/sanığın en kısa zamanda yetkili hakim veya mahkeme önünde hazır edilmek üzere tutuklanmasından başka işlemyapılamamaktadır. Kimlik bilgilerinin uyuşmaması durumunda kişi derhal serbest bırakılır. Bu inceleme sırasında işin esasına girilemez²⁴, atılı suçun işlenip işlenmediği veya tutuklama şart ve nedenlerinin oluşup oluşmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapılamaz. Zira yargılamaya ilişkin dosyanın yargılamanın yapıldığı yerde bulunması nedeniyle buna imkan bulunmamaktadır²⁵. Ancak bu noktada sadece ifade ve sorgunun tespiti amacıyla yakalama emrinin çıkarılmış olması halinde, yargılamayı yürüten savcılık, hakim veya mahkeme tarafından, 196/2'nci maddede yer alan²⁶ istinabe suretiyle

²¹ CMK'da yer alan gıyabi tutuklama yasağının istisnası, CMK'nın 248/5'inci maddesinde yer almaktadır, buna göre; “kaçak hakkında 100'üncü ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilir.”

²² Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 357; Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 253.

²³ “Kaçaklık” statüsü CMK'nın 247'nci maddesinde tanımlanmış olup 98/3'üncü maddesinde ifade olunan “kaçak” tabirinin bu anlamda algılanmaması, 98/1'inci maddedeki gibi anlaşılması, yani kovuşturma evresinde de çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan sanık hakkında yakalama emri düzenlenebileceği hususunda bkz. Metin Feyzioğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 19/62 (Ocak-Şubat 2006), 54.

²⁴ Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 54, 55.

²⁵ Sevk tutuklamasının şekli bir karar olduğu hususunda bkz. İnci, *Tutuklama*, 77,78.

²⁶ Maddeye göre, “sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir...”

ifade ve sorgunun temini imkanının da gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır. Sulh ceza hakimliği tarafından yakalama emrine binaen yapılan bu tutuklamaya, uygulamada diğer tutuklamalardan farklı olarak, ‘sevk tutuklaması’ veya ‘yol tutuklaması’ denilmektedir.

CMK ile tutuklamada şüpheli/sanığın huzurda bulunma şartı ve gerekçe gösterme zorunluluğu pekiştirilmek suretiyle tutuklama tedbiri uygulaması sayıca azaltılmak istenirken, eski gıyabi tutuklamanın sonuçlarını doğuran yakalama emri verilmesinin yalnızca çağrı üzerine gelmeme veya çağrı yapılamama şartına bağlanması yeterli değildir; en azından kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların da bulunması yakalama emri verilmesinin ek şartı olarak kanuna eklenmelidir²⁷.

2.2.2.Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Suç Şüphesi

Tutuklama tedbiri ile ilgili olarak, Anayasa’nın 19/3’üncü maddesinde bu tedbirin “suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişiler hakkında uygulanabileceği” belirtilmiştir. CMK’nın 100/1’inci maddesinde de tutuklama kararının kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren delillerin mevcut olması şartına bağlandığı görülmektedir²⁸. CMK bu şartın kabulü ile birlikte, hem basit şüphe ile kişilerin hürriyetinin kısıtlanmasının önüne geçilmesini sağlamış, hem de kuvvetli suç şüphesinin kabulü için de bir ölçüt getirmiştir ki, o da kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların mevcudiyetidir²⁹.

Öğretide kuvvetli suç şüphesi farklı şekillerde tanımlanmış bulunmaktadır. Bazı yazarlar tarafından da ifade olunduğu gibi³⁰, kuvvetli şüphe eldeki delillere nazaran yapılacak bir yargılamada şüpheli/sanığın mahkum olmasının kuvvetle muhtemel olması demektir. Soyaslan’ın tarifıyla³¹, “kuvvetli şüphenin anlamı günlük hayat deneyimlerine ve eldeki delillere göre şüphelinin suçu işlediğinin kesin gibi olmasıdır.” Kuvvetli şüphenin, suçun işlendiğinin kesin olarak ispat edilerek şüpheden arındırılmasından bir önceki aşamayı ifade ettiği belirtilebilir³². Buna karşın kişinin atılı suçu işlediğine yönelik tahminsel veya varsayımsal kriterle tutuklama kararı vermek mümkün olmamalıdır³³.

Konuyla ilgili olarak AİHM kararlarında da tatminkar açıklamalar mevcuttur. Nitekim AİHS’nin konuyla ilgili 5/1-c düzenlemesinde, “kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına

²⁷ Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 54.

²⁸ CMK sistematüğinde yer verilen şüphe çeşitlerini şu şekilde sıralamak mümkündür; basit şüphe, soruşturmanın başlatılmasına neden olan ve bir suçun işlendiği izlenimini veren hallerle ulaşılan şüpheyi; makul şüphe, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği yönünde kabul edilebilir şüpheyi; yeterli şüphe, soruşturma safhasının sonunda toplanan delillerle suçun işlendiği hususunda iddianame düzenlemeye elverişli iz, eser ve emarelerle ulaşılan şüpheyi; kuvvetli şüphe, şüphelinin veya sanığın tutuklanması, hakkında iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı tayini ve teknik araçlarla izleme kararı verilebilmesi için gerekli bilgi, belge, veri ve delillere ulaşılmak suretiyle elde edilen şüpheyi ifade ettiği hususunda Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 437; Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 94.

²⁹ Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 391.

³⁰ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 439; Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 244; Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 391, Şahin – Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 291.

³¹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010), 313.

³² Selçuk Akıcı, *Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklamanın Maddi ve Şekli Şartları* (Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 44.

³³ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 465.

engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması” halinin özgürlüğünden yoksun bırakılmama kuralının istisnası olduğu belirtilmektedir. Mahkeme’nin en çok inceleme yaptığı düzenlemelerden biri olan³⁴ AİHS’nin 5/1-c düzenlemesinde “kuvvetli şüphe” kavramına değil, “makul şüphe (yeterli şüphe)” kavramına yer verildiğini, dolayısıyla bu yönden AİHS ile CMK’nın birbirinden ayrıldığını ifade etmek gerekmektedir. Sözleşmede “makul şüphenin” ne olduğu belirtilmemiş olup AİHM’nin bu kavramın kapsamını içtihatlarla belirleme yoluna gittiği görülmektedir³⁵. Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakmaya yol açan şüphede dürüstlük ve iyiniyet ilkelerinin aranmasının şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir parça olduğunu belirterek, şüphenin makul olmasını, şüphelenilen kişi ile suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişkinin olmasına bağlamış, söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek eylemlere ait kanıt, belge veya bu tür adli bulguların olması gerekliliğini vurguladıktan sonra, suç işlendiğine gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyetin gerçekleştirilmesini, örneğin; İngiltere’ye karşı açılan Fox, Campbell ve Hartley davasında olduğu gibi kişinin geçmişte benzer suç işlemiş olması esasının kabulünü şüphe için yeterli olmadığından, hukuka uygun olmadığına karar vermiştir³⁶. Mahkeme Türkiye aleyhine açılmış bulunan Erdagöz kararında, AİHS’in 5’inci maddesi anlamında makul şüphenin mevcut olması için, “kişinin suç işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir şahsı tatmin edecek vaka ve bilgilerin bulunması gerektiğini belirtmektedir”³⁷.

Şüpheli/sanığa atılı bulunan suçun işlendiği konusundaki kuvvetli şüphenin, yasa da yer alan, hukuka aykırı ve belli bir eyleme ilişkin olması gerektiği açıktır. Tutuklananın fail olup olmadığını ya da ortada bir suç bulunup bulunmadığını tespit etmek için tutuklamaya başvurulmamalıdır³⁸. Nitekim Yargıtay, eşinin ve kendisinin isminin bulunmadığı seçim listesine kaydolunmak üzere ilçe seçim kuruluna dilekçe veren kişinin iki ayrı dilekçe istenmesi üzerine bu dilekçeyi henüz işleme konulmadan yırtıp atması eylemini seçim suçu sayarak dilekçe vermek isteyen kişiyi tutuklayan hakim hakkındaki mahkumiyet hükmünü, bu olayın suç teşkil etmediğini hakimın önceden bildiği gerekçesiyle yerinde bulmuştur³⁹.

CMK’da yer alan ve tutuklama için aranan “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması” şartı, suçun işlendiği yönündeki şüphenin somut ve kuvvetli olmaması halinde tutuklama kararı verilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle, gerek tutuklama kararı verilmesi yönünde talepte bulunan savcı, gerekse bu kararı veren hakim, kararını somut olgulara dayandırmak zorundadır⁴⁰. Şüpheli/sanığın yürütülecek olan yargılama neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı alması veya beraat etmesinin

³⁴ Sürücü, *Tutuklama*, 62.

³⁵ Behiye Eker Kazancı, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri İle Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 98 (Ocak-Şubat 2012), 81.

³⁶ Malkoç - Yüksektepe, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, 281.

³⁷ Karar metni için bkz. Yargıtay Başkanlığı, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/127_945_74.pdf, (29.06.2012).

³⁸ Uçdu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 84.

³⁹ Uçdu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 84.

⁴⁰ Faruk Erem, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi* (Ankara, 1996), 231; Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti*, 97-101 ve Şentuna, *Tutuklama ve Adli Kontrol*, 42.

zayıf bir ihtimal olarak dahi mevcut olması halinde uygulayıcıların tutuklama tedbirine müracaat etmemeleri gerekmemektedir⁴¹. CMK 141/1-e düzenlemesi gereğince, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen kişilerin, tazminat talebinde bulunabilecekleri de bu anlamda göz ardı edilmemelidir.

Dikkat edilmelidir ki, tutuklamanın kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran çok ağır bir önlem olması nedeniyle, kamu davasının açılması için yeterli şüpheyi arayan kanun koyucu⁴² burada kuvvetli şüphe aramıştır⁴³. Koçaklı'ya göre, “kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin nedeni, tutuklama kurumun ön ceza gibi kullanılmasının önüne geçmektir.⁴⁴” Nitekim hakkında tutuklama kararı verilen kişinin adeta mahkum olmuş gibi hürriyetinin kısıtlanacağı açıktır.

2.2.3. Ölçülülük İlkesi

Konu hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Tutukluluk hakkındaki R (80) 11 Sayılı Tavsiyesinin 5 numaralı ilkesine göre;

“Tutuklama kararı verilir verilmeyeceğini araştırırken, adli makamlar her davanın koşullarını ve özellikle duruma göre aşağıdaki hususları göz önünealmalıdır:

- İsnat edilen suçun niteliği ve ciddiyeti.
- Kişinin suç işlediğine ilişkin delilin kuvveti.
- Mahkumiyet halinde hükmedilecek ceza,
- Kişinin karakteri, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu ile toplumsal bağları,
- Kişinin tutumu, özellikle önceki ceza yargılaması süresince tahmil edilen mükellefiyetleri nasıl yerine getirdiği⁴⁵.”

CMK'nın 100/1'inci maddesinin 2'nci cümlesinde konuyla ilgili olarak “işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.” şeklindeki düzenlemeye yer verildiği görülmektedir⁴⁶. Kanununun lafzında ölçülülük ilkesine yer verilmesi şüphesiz ki büyük önem taşımaktadır. Ancak uygulamada, her somut olayın kendine has şartları dikkate alınarak tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığını hakim takdir edeceğinde kuşku bulunmamaktadır. CMK sistematığı içinde adli kontrole ve tutuklama yasaklarına ilişkin düzenlemeler, ölçülülük ilkesini somutlaştırma işlevi görmektedir⁴⁷.

⁴¹ Koçaklı, *Tutuklama*, 52.

⁴² Gerçekten de CMK'nın 170/2'nci maddesinde yer alan “soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.” şeklindeki kriter, iddianame düzenlenebilmesi için kuvvetli şüphenin değil, yeterli şüphenin esas olduğunu ortaya koymaktadır.

⁴³ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357.

⁴⁴ Koçaklı, *Tutuklama*, 52.

⁴⁵ Koçaklı, *Tutuklama*, 102.

⁴⁶ Burada dikkat çeken bir husus olarak, güvenlik tedbiri verilebilecek hallerde de tutuklamanın mümkün kılındığı görülmekte olup kanaatimizce bu durum ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Tutuklama kurumunun burada amacına hizmet etmeyeceği, bu yüzden de ölçülülük ilkesine aykırı olacağı açıktır (Özbek, CMK, s.347).

⁴⁷ Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 382; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 491.

2.2.3.1. Tutuklamaya Alternatif Tedbir Olarak Adli Kontrol

Ceza yargılamasında hüküm vermek amacıyla başvuru tutuklama gibi kişi hak ve özgürlüğünü kısıtlanmasına yol açan koruma tedbiri yerine, onunla aynı işlevi gören daha hafif nitelikli tedbirlere adli kontrol tedbirleri denilmektedir⁴⁸. Adli kontrol tedbirleriyle hem daha özgürlükçü bir alternatif geliştirilmiş olmakta, hem de tutuklunun günlük maliyeti ve cezaevinde personel istihdamı gibi hususlar dikkate alındığında devlete daha az mali külfet yüklenmiş bulunmaktadır⁴⁹. Adli kontrol, tutuklama ile aynı amacı sağlamayı hedefleyen⁵⁰, tutuklamaya nazaran önceliği olan, ölçülülük ilkesine hizmet eden bir tedbirdir. Nitekim ölçülülük ilkesi gereğince, temel hak ve özgürlüklere daha az bir müdahale içeren bir tedbirle aynı amaca ulaşılabilecekse bu tedbirle yetinilmesi ve daha ağır bir tedbir uygulamaktan kaçınılması gerektiği açıktır⁵¹. Adli kontrolün, tutuklamada ölçülülük ilkesinin sonucu olarak, hakimi tutuklama ile serbest bırakma arasında bir seçime zorlamamak amacıyla getirilmiş bir müessese olduğunu ifade etmek mümkündür⁵². Dolayısıyla adli kontrol tedbirinin ölçülülük ilkesine işlerlik kazandırabilmek adına, tutuklamanın kişiler üzerindeki ağır etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla getirilmiş bir kurum olduğu görülmektedir⁵³.

Bununla birlikte öğretilerde, adli kontrol tedbirlerinin tutuklamanın seçimlik tedbiri olmaktan ziyade bağımsız nitelikte koruma tedbirlerine dönüştükleri hususunda görüşler de ileri sürülmektedir⁵⁴.

Adli kontrol hükümlerinin uygulanması ile aynı amaca ulaşılabilecekse hangi gerekçe ile olursa olsun tutuklamada ısrar edilemez⁵⁵. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili kararında⁵⁶ kanun hükümlerine açıkça aykırı olarak verilen tutukluluk halinin devamı kararının ağır kusur oluşturduğunun ve bunun hakimler aleyhine manevi tazminat istemine konu olabileceğinin altı çizilerek tutukluluğa ilişkin karar kapsamında ölüm riski taşıyan sanığın delilleri karartma ve kaçma şüphesinden söz edilemeyeceği de önemle vurgulanmıştır.

CMK'nın 02.07.2012 tarihli ve 6352 SK ile değişik 109/1'inci maddesine göre, "bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100'üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir." Dolayısıyla adli kontrol tedbirlerinden birine başvurabilmek için kanunda aranan tutuklama sebeplerinin varlığı⁵⁷ yeterli olacaktır.

⁴⁸ Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 363.

⁴⁹ Mehmet Tunç, "Adli Denetim, Tutuklamayı Önleyici Ve Giderici Tedbirler", *Adalet Dergisi* 6 (Ocak 2001), .

⁵⁰ Neslihan Coşkun, "Adli Kontrol", *Hukuki Perspektifler Dergisi* 3 (2005), 86.

⁵¹ Sesim Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 98 (Ocak-Şubat 2012), 26.

⁵² Güleç, *Tespit ve Değerlendirmeler*, 42.

⁵³ A.Duygu Özgüven, "Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Adli Kontrol", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 81 (Mart-Nisan 2009), 318.

⁵⁴ Ercan Yaşar, "Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/3 (Eylül 2022), 1374, 1375.

⁵⁵ Güleç, *Tespit ve Değerlendirmeler*, 42.

⁵⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/14 (08 Haziran 2010).

⁵⁷ Bu konuda öğretilerde ileri sürülen, tutuklama sebeplerinden delilleri karartma tehlikesinin varlığı halinde adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının belirsizlik arz ettiği, bu sebeple adli kontrol için tutuklama sebeplerinden

CMK'nın 109/1'inci maddesinde yer alan "karar verilebilir" ifadesi nedeniyle, adli kontrol hükümleri yönünden ihtiyarılığın esas alındığı, dolayısıyla hakim veya mahkemenin şartları oluşmuş ise bile adli kontrole karar vermek zorunda olmadığı anlaşılmaktadır⁵⁸.

CMK'nın 109/2'nci maddesi uyarınca; "Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir."

CMK'nın 109/3'üncü maddesinde adli kontrol tedbirleri sınırlı sayıda olacak şekilde düzenleme altına alınmıştır. Yine 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK'nın) 20'nci maddesinde suça sürüklenen çocuklar hakkında CMK'nın 109/3'üncü maddesindeki adli kontrol tedbirlerine ilaveten birtakım tedbirlere başvurulabileceği belirtilmiştir.

Soruşturma evresinin her aşamasında şüpheli veya Cumhuriyet savcısının istemi ile adli kontrol tedbirine sulh ceza hakimi tarafından karar verilebilir (CMK m.110/1). Bu evrede Cumhuriyet savcısının tutuklama yönündeki talebinin adli kontrolü de içerdiği kabul edilmelidir⁵⁹. Nitekim CMK'nın 109/1'inci maddesinde, "şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına" karar verilebileceği belirtildiğinden, sulh ceza hakiminin tutuklama istemiyle sevk edilen şüpheli hakkında tutuklama yerine adli kontrol kararı vermesi mümkündür⁶⁰. "Kovuşturma evresinin her aşamasında da görevli ve yetkili yargı mercileri olan mahkeme tarafından adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına karar verilebilir" (CMK m.110/3).

"Soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme adli kontrol uygulaması esnasında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir, kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutabilir" (CMK m.110/2).

CMK'nın 111/2'nci maddesine göre adli kontrole ilişkin kararlara karşı itiraz kanun yolu açıktır. İtiraz kanun yolu, CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık, müdafii, yasal temsilcisi itiraz yoluna başvurabilecektir. Dolayısıyla gerek soruşturma, gerekse kovuşturma evresinde, itiraz yoluna müracaat ederek adli kontrol tedbirinin denetlenmesi söz konusu olabilmektedir.

Şayet adli kontrol kapsamında yer verilen yükümlülükler, hukuka aykırı bir şekilde karara bağlanmış ise, bu durumda CMK'nın 141'inci maddesinde ilgiliye tazminat ödeneceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte; kişinin temel hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı müdahale niteliğindeki adli kontrol tedbiri nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmininin de mümkün olması gerekmektedir⁶¹. CMK'nın 141/1'inci maddesinde koruma tedbirleriyle ilgili tazminat talep edilecek haller sınırlı sayıda belirtilmiş ise de,

birinin varlığı yerine, sadece kaçma şüphesinin varlığını aramanın daha doğru olacağı yönündeki kanaate iştirak etmekteyiz; görüş için bkz. İnci, *Tutuklama*, 88; Yaşar, "Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini", 1375.

⁵⁸ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 491.

⁵⁹ Özgüven, *Adli Kontrol*, 338.

⁶⁰ Murat Özen, "Adli Kontrol", *Adalet Dergisi* 32 (Eylül 2008), 171.

⁶¹ Güleç, *Tespit ve Değerlendirmeler*, 69.

CMK'nın 141/3'üncü maddesi çerçevesinde bu konudaki tazminat taleplerinin değerlendirilmesi mümkündür⁶².

Gerçekten de, CMK'nın 112'nci maddesi uyarınca; “adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir.” Dolayısıyla bu düzenleme gereğince, adli kontrol tedbirlerine kasten, yani bilerek ve isteyerek uymayan şüpheli/sanık hakkında, suçun gerektirdiği hapis cezasının üst sınırı ne olursa olsun tutuklama kararı verilebilmesi mümkündür. Bu halde yetkili yargı organının tutuklama kararı verme zorunluluğu yoktur, bu karar takdiri niteliklidir. Dolayısıyla; yükümlülüklerin kasten ihlali doğrudan tutuklama nedeni olarak algılanmamalı, otomatik olarak tutuklama kararı verilmesi sonucuna yol açmamalıdır⁶³. Bu noktada, ilgili yargı organınca adli kontrol yükümlülüğünü ihlal eden şüpheli veya sanık hakkında tutuklamanın koşullarının bulunup bulunmadığı tek tek irdelenmelidir.

Adli kontrol kararlarının işlev kazanabilmesi için, bu konudaki yükümlülükler uyulmaması halinde tutuklama kararı verilmesi gerekli değildir; nitekim bu işlev, daha farklı ve ağır bir adli kontrol yükümlülüğü ile değiştirmeye veya yükümlülük sayısının artırılmasıyla da sağlanabilecektir⁶⁴.

CMK'nın 109/6'ncı maddesi gereğince, adli kontrol altında geçirilen süre yargılama sonucunda verilecek hapis cezasından kural olarak mahsup edilememektedir. Ancak 7331 Sayılı Kanun'un 15. Maddesiyle madde metninde yapılan değişiklikle birlikte, konutu terk etmemek yükümlülüğü şeklinde belirlenen adli kontrol kapsamında geçen her iki gün, bir gün olarak dikkate alınmak suretiyle cezadan mahsup mümkün hale getirilmiştir. Yine mahsup edilememe kuralının bir diğer istisnası CMK'nın 109/6'ncı maddesinin 2'nci cümlesinde bulunmakta olup buna göre; uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatma yükümlülüğünün uygulanması halinde mahsup mümkündür.

Yine öğretide, kişi özgürlüğünü kısıtlama sonucunu doğurmayan adli kontrol yükümlülüklerinin de ceza yaptırımından mahsup edilebileceği yönünde yaklaşımlar bulunmaktadır⁶⁵.

2.2.3.2. Tutuklama Yasağı

Tutuklama tedbirinde ölçülülük ilkesinin somutlaştığı bir diğer alan da, tutuklama yasağıdır. Bu konudaki temel düzenleme niteliğindeki CMK'nın 02.07.2012 tarih ve 6352 SK ile değişik 100/4'üncü maddesinde, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir⁶⁶.

⁶² Yaşar, “Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini”, 1399.

⁶³ Güleç, *Tespit ve Değerlendirmeler*, 66.

⁶⁴ Özgüven, *Adli Kontrol*, 345, 346.

⁶⁵ Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 409; Yaşar, “Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini”, 1392.

⁶⁶ Buna göre TCK'da tutuklama yasağının söz konusu olduğu suçlar şu şekildedir: Basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilen kasten yaralama, taksirle yaralama, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku almak, belirli bir

ÇKK'nın 21'inci maddesinde ise, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar⁶⁷ hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir⁶⁸.

Tutuklama yasağının düzenlendiği CMK'nın 100/4'üncü maddesinin ilk halinde de tutuklama yasağının ceza üst sınırı iki yıl idi. Madde, 5353 SK ile değiştirilmiş olup değişiklik neticesinde söz konusu sınır bir yıla indirilerek tutuklama yasağının kapsamı daraltılmıştır. Böylelikle daha önceden tutuklama yasağı kapsamında olan bazı suçlar bahsi geçen yasa değişikliği neticesinde yasak alanı dışına çıkarılmıştır. 6352 SK değişikliği ile madde eski halini almıştır. Yani maddenin mevcut haline göre, tutuklama yasağının ceza üst sınırı iki yıldır. Tutuklama kurumuna istisna olarak bakan bir ceza muhakemesi sisteminin, tutuklama kapsamını daraltmak için bahse konu yasak sınırını genişletmesi gerektiği açıktır⁶⁹.

Suçta sürüklenen çocuklar bakımından ÇKK'nın 21'inci maddesinde belirtilen onbeş yaş sınırının çocuğun suçu işlediği tarihteki yaşı yönünden mi yoksa tutuklama kararının verileceği tarihteki yaşı yönünden mi söz konusu olacağı açıkça kanunda belirlenmemiş olmakla birlikte, bu konuda farklı görüşler mevcuttur⁷⁰.

çıkartılığında organ veya doku teminine ilişkin ilân veya reklâm vermek, yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi tıbbi zorunluluk olmadığı halde çocuk düşürme “kadın bakımından”, çocuk düşürme, konut dokunulmazlığını ihlal (f.1 hariç m.116/2), haksız arama, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi, ayrımcılık, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, kişisel verileri yok etmeme, hırsızlık suçunun daha az cezayı gerektiren hali, ibadethaneleri ve mezarlıkları kirletme, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, taksirli iflâs, karşılıksız yararlanma (2. fıkra hariç m.163/1), bilgi vermeme genel güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması (1. fıkra hariç m.170/2), genel güvenliğinin taksirle tehlikeye sokulması, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali, inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama, hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması, işaret ve engel koymama, çevrenin taksirle kirletilmesi, zehirli madde katma, zehirli madde imal ve ticareti, sağlık için tehlikeli madde temini, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, sahte parayı bilerek kabul etmek, sahte olarak üretilmiş kıymetli damgayı bilerek kabul etmek, açığa imzanın kötüye kullanılması, halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama, görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma, şapka ve Türk Harfleri Kanunu'na aykırılık, hayasızca hareketlerde bulunmak, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören, çocuğun soybağını değiştirme, kötü muamele, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (2.fıkra hariç m.234), bilişim sistemine girme, kamu görevlisinin ticareti, kamu görevinin terki veya yapılmaması, kanuna aykırı eğitim kurumu, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma, yalan tanıklık (2. fıkra hariç m.272/1), suçu bildirmeme, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi, tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, ses veya görüntülerin kayda alınması, genitalmuayene, resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması, hükümlü veya tutuklunun kaçması, yabancı devlet bayrağına hakaret.

⁶⁷ Şen ve Özdemir'in belirttiği gibi, bu yasak sadece fiilin işlendiği tarih itibarıyla onbeş yaşını doldurmamış çocukları kapsamına almıştır (Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 169).

⁶⁸ Mülga 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19/3'üncü maddesine göre, alt sınırı 3 yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar bakımından tutuklama yasağı söz konusu idi.

⁶⁹ Benzer yöndeki görüş için bkz. Süheyl Donay, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 123.

⁷⁰ Bu hususta tutuklama kararının verildiği tarihin esas alınması gerektiği hususunda bk. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 471. Suçun işlendiği tarihteki yaşın dikkate alınması gerektiği hususunda ise bk. İnci, *Tutuklama*, 97,98; Yusuf Solmaz Balo, *Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 282.

2.2.4. Tutuklama Nedeninin Varlığı

2.2.4.1.Genel Olarak

Diğer tutuklama şartlarının mevcut olmasına rağmen, tutuklama nedenlerinden birinin var olmaması durumunda tutuklama kararının verilemeyeceği açıktır.

Tutuklama nedenleri konusunda “sebeplerin kanuniliği” ve “maslahata uygunluk” olarak ifade olunan iki yaklaşım bulunmaktadır. Sebeplerin kanuniliği ilkesinde, kanun koyucu tutuklama nedenlerini sınırlı sayıda olacak şekilde tek tek düzenler ve bu nedenlerden başka bir nedene dayanarak tutuklama yapılamaz. Buna karşın maslahata uygunluk ilkesinde kanunda tutuklama sebepleri tek tek belirlenmemiş olup hakime geniş bir takdir yetkisinin tanındığı görülmektedir. Ülkemizde tutuklama sebepleri yönünden benimsenen ilke kanunilik ilkesidir.

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda tutuklama nedenleri temel olarak CMK'nın 100/2'nci maddesinde düzenlenmiştir⁷¹. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı ile bunun yanı sıra şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma davranışları da tutuklama nedeni olarak kabul edilmiştir.

2.2.4.2.Kaçma, Saklanma Şüphesi

CMK'nın 100/2-a düzenlemesine göre, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı bir tutuklama nedenidir. Bu tutuklama nedenleri aynı zamanda Anayasa'nın 19/4'üncü maddesinde ifade olunmuştur⁷².

Avcı'nın tanımlamasıyla⁷³, ‘kaçma’, “şüpheli/sanığın kasten adli makamların kendisini mahkemeye davetini veya diğer yargılama işlemleri için gerektiği biçimde hazır bulundurulmasını imkansız kılması demektir.”

Kaçma şüphesinden bahsedilebilmesi için, uzaklaşmanın bilinçli olması⁷⁴, şüpheli/sanığın kaçma iradesiyle hareket etmesi gerekmektedir.

Benzer şekilde, şüpheli/sanığın kaçma amacına yönelik olarak gizlenmesi halinde de saklanma durumu söz konusu olur.

⁷¹ Özbek, CMK'nın 109/2'inci maddesinde yer alan “aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir” şeklindeki ifadenin, sayılan tutuklama nedenlerinden farklı hususların bulunduğu gibi bir anlama sebebiyet verdiğini belirtmektedir, görüş için bkz. Özbek, CMK, 348. Centel'in de bu ifadenin yanlış olduğu hususundaki görüşü için Nur Centel, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Giderilmesi”, *Mehmet Somer'in Anısına Armağan* (2006), 857. Kanaatimizce yazarlar haklıdır, düzenlemede bu şekilde belirsizliğe yol açmayacak ifadeler kullanılmalıdır.

⁷² Anayasa'nın 19/4'üncü maddesi şu şekildedir: “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarınıkanun gösterir.”

⁷³ Avcı, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, 77,78.

⁷⁴ Yüce, “Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, 84; İnci, *Tutuklama*, 101, Sürücü, *Tutuklama*, 139.

Özbek'e göre⁷⁵; "saklanma ifadesi kaçma kavramının anlamını kuvvetlendirmenin ötesinde bir anlam taşımamaktadır, ayrıca CMK ile gıyabi tutuklama uygulamasına son verildiğinden, kaçan ve saklanan kişi hakkında artık tutuklama kararının verilmesi mümkün değildir, bu nedenle düzenlemenin yerindeligi tartışılabilir."

Şüpheli/sanığın yargılamadan kurtulmak amacıyla kaçmasının ardından gelip yargılamaya katılması halinde, sadece kaçmış olduğu gerekçesiyle şüpheli/sanığın tutuklanması mümkün olmamalıdır, ancak tekrar kaçacağı yönünde somut olgular tespit edildiği takdirde tutuklama kararı verilebilmelidir⁷⁶.

Kaçma veya saklanmaya ilişkin tutuklama nedeniyle somut olguların varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Her tutuklama kararında bu somut olguların neler olduğu, ne şekilde gerçekleştiği titizlikle ortaya konulmalıdır⁷⁷. Aksi takdirde tutuklama kararının neden yönünden sakatlanması söz konusu olabileceği gibi, hukuka aykırı, keyfi tutuklamalarla da karşılaşılabılır.

Birçok AİHM kararında da vurgulandığı üzere, "kaçma şüphesinin sadece isnat edilen suçun ağırlığına ve mahkumiyet halinde verilmesi muhtemel cezaya dayandırılması, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali niteliğindedir⁷⁸." Hal böyle iken, uygulamada kısa karar kapsamında duruşmada bulunmayan 69 sanığın isminin yan yana yazılmasının ardından "kendilerine verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın miktarı, verilen ceza miktarına göre kaçma şüphesinin bulunması, bu nedenle de adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağı anlaşılacakla bu sanıkların CMK'nın 98. maddesi uyarınca tutuklanmaları için haklarında yakalama emri çıkarılmasına" şeklinde zabitlara geçen ifadelerle sadece suçun/cezanın ağırlığı dikkate alınarak karar verilebildiği görülmektedir. Bu ve benzeri kararların gerek Anayasa ve CMK yönünden, gerekse AİHS yönünden tutuklama nedeni yönünden hukuka aykırı olduğunda, kanaatimizce hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

Yine AİHM kararlarında da işaret olunduğu gibi, "tutuklulukta geçen süre mahkumiyet halinde verilecek hapis cezasından mahsup edileceğinden, tutuklulukta geçen süre uzadıkça kişinin kaçma riskinin azalacağını ifade etmek mümkündür⁷⁹."

Kaçma şüphesi, sübjektif değil, objektif ölçülere dayanmalıdır⁸⁰. Yine şüpheli/sanığın içinde bulunduğu objektif koşulların kaçmaya elverişli olması da tek başına kaçma şüphesinin varlığı için yeterli değildir⁸¹. Yoksa işin doğası gereği aslında her şüpheli veya sanığın kaçma

⁷⁵ Özbek, CMK, 349.

⁷⁶ Bahri Öztürk, "Tutuklama Sebepleri", *Manisa Barosu Dergisi* 24 (Ocak 1988) 16.

⁷⁷ AİHM, 08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın/Türkiye kararında konuyla ilgili olarak, bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu hükmün (suç vasfının) ciddiyeti bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu husus başka ilgili etkenlerle de ortaya konulmalıdır. Karar metni için bkz. Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, <http://www.tohav.org/aihmk/sargin.pdf>, (07.07.2012).

⁷⁸ Mansur/Türkiye, W/İsviçre, Tomasi/Fransa, Iijkov/Bulgaristan, Jecius/Litvanya, Muller/Fransa, Yağcı ve Sargın/Türkiye kararlarının bu yönde olduğu hususunda Sürücü, *Tutuklama*, 109. Wemhoff/Almanya kararının bu yönde olduğu hususunda Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 182 ve Bilal Çalışkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Tutuklama", *Adalet Dergisi* 37 (Mayıs 2010), 13.

⁷⁹ W/İsviçre kararının bu yönde olduğu hususunda Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 65.

⁸⁰ Metin Feyzioğlu, *Tutuklama* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1992), 45.

⁸¹ Yüce, "Tevkif Sebepleri", 449; İnci, *Tutuklama*, 103; Feyzioğlu, *Tutuklama*, 45.

şüphesi veya tehlikesi vardır⁸². Ancak kaçma şüphesini uyandıracak somut olguların varlığı olmaksızın tutuklama kararı verilemez.

Şüpheli/sanıktaki bazı sosyal, kişisel, ailevi, mesleki faktörler dikkate alındığında, kaçma şüphesini uyandıracak somut olgular şu şekilde somutlaştırılabilir:

Kişinin sabit bir ikametgahının olmaması kaçma şüphesinin bulunduğu yönünde bir kanaate yol açabileceği gibi, sabit ikametgah sahibi olması da uygulamada sanık/şüpheli müdafilerince de sıklıkla dile getirildiği üzere, bu yönde bir şüphenin bulunmadığı yönünde yorumlanabilir. Ancak salt bu irdelemeyle konu hakkında bir kanaate ulaşmak da mümkün olmamalıdır, bu şüphenin diğer somut olgularla birlikte ele alınması yerinde olacaktır⁸³.

Seyahat bileti, pasaport temin etmesi ya da temin hazırlığı yapması, ikametgah değişikliği amacıyla satış veya kira gibi gayrimenkul işlemleri yapması, önemli miktarlarda para transferlerine taraf olması gibi hususlar, şüpheli/sanığın kaçma hazırlığı içinde olduğu hususunda işaret olabilir⁸⁴. Ancak bu yöndeki değerlendirmenin de diğer somut olgularla birlikte titizlikle yapılması gerekmektedir. Nitekim kişinin iş, eğitim, sağlık seyahati gerçekleştirilmesi, ailevi nedenlerle veya sair meşru nedenlerle bahse konu işlemlerin içinde olması da pek tabii mümkündür⁸⁵.

Bahse konu kriterler AİHM kararlarında da ele alınmıştır. Mahkeme'nin bu kapsamdaki 10.11.1969 tarihli Matznetter/Avusturya kararında, kişinin ülke dışındaki bir hesaba havale gönderdiğinin, yurt dışına bir ziyarette bulunduğu ve bu şekilde yurtdışında bağlantılar kurduğunun tespit edildiğinden bahsetmektedir. 2000 tarihli Çeszk/Çek Cumhuriyeti davasında, "başvuru sahibinin bir tanıdığına yüklü bir miktar para verdiği, bir başkasının kimliğini kullanarak bir otomobil satın aldığı ve sahte bir pasaport edindiğine yer verilmiştir." 1993 tarihli W/İsviçre kararında, "başvuru sahibi bekâr bir erkek olduğu, ikametgâhını Monte Carlo'ya naklettiği, sık sık bir banka sahibi olduğu Anguilla'yı, ayrıca İngiltere, Almanya ve ABD'yi ziyaret ettiği, bu şekilde İsviçre dışında kullanabileceği epey bir mali kaynak bulundurduğu ve ayrıca çeşitli pasaportlarının bulunduğu gibi hususlara yer verilmiştir⁸⁶."

Kişinin uyuşturucu bağımlısı, dengesiz kişilik özelliklerine sahip olması kaçma riskini ortaya koyabileceği gibi, yaşının ilerlemiş olması, sağlık problemlerinin bulunması somut olayın kendine has şartlarıyla birarada değerlendirilerek kaçma tehlikesinin daha az olduğu yönünde kanaate ulaşılmasını sağlayabilir⁸⁷.

Bu özellikler de kişinin kaçma ihtimali hakkında fikir edinmeyi sağlayabilir. Başkalarına bakmakla yükümlü, aile bağları zayıf, yargılama nedeniyle ailevi sorunlar yaşaması kuvvetle muhtemel olan şüpheli/sanıkların, yine işsiz, sürekli iş değiştiren kişilerin,

⁸² Abdullah Pulat Gözübüyük, "Tutuklamanın Sebepleri Şartları", *Adalet Dergisi* 80/3 (Mayıs- Haziran 1989), 54.

⁸³ İnci, *Tutuklama*, 104.

⁸⁴ Öte yandan CMK'nın 247/1'inci maddesinde de, "hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılmayan kişi kaçak olarak tanımlanmaktadır."

⁸⁵ Şentuna, *Tutuklama ve Adli Kontrol*, 50.

⁸⁶ Şentuna, *Tutuklama ve Adli Kontrol*, 49.

⁸⁷ İnci, *Tutuklama*, 105.

kaçma ihtimali daha yüksek olabileceği gibi, kaybetmeyi göze alamayacağı malvarlığı değerlerine sahip olan kişilerin kaçma tehlikesi daha az olabilir⁸⁸. Bu kriterlerin de tek başına kanaat edinmek için yeterli olmadığı, diğer somut verilerle beraber değerlendirilmesinin gerektiği açıktır.

2.2.4.3.Şüpheli/Sanığın Davranışları

Şüpheli/sanığın CMK'nın 100/2-b düzenlemesinde belirtilen bazı davranışları gerçekleştirdiği yönünde kuvvetli şüphe söz konusu ise, tutuklama nedeninin bulunduğu var sayılabilecektir. Bu davranışlar;

-Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme (m.100/2-b-1),

-Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması (m.100/2-b-2) şeklinde ifade olunmuştur.

Bütün yargılamalarda şüpheli/sanığın delilleri yok edeceği, gizleyeceği veya değiştireceği yönünde bir ön kabulle hareket etmek ve bu kanaatle tutuklama nedeninin bulunduğu sonucuna ulaşmak doğru değildir. Bu yasal karine ile ifade edilmek istenen asıl husus, şüpheli/sanığın sayılan türden eylemlerle yargılama organının delillere ulaşmasını engellemeye yönelik bilinçli hareketlerde bulunmasıdır.

Şüpheli/sanığın susma hakkını kullanması, suçlamayı inkâr etmesi veya kabullenmemesi, müdafî yardımını talep etmesi, şüpheden ve suçlamadan kurtulmak amacıyla lehine olan delilleri temin etmesi ve ileri sürmesi gibi ceza muhakemesi hukukundan kaynaklanan haklarını kullanması, onun delilleri kararttığı şeklinde değerlendirilmemelidir⁸⁹.

Öte yandan, diğer suç ortaklarının kaçak olması, bazı tanık veya mağdurların beyanlarının temin edilememiş olması gibi, soruşturma ve kovuşturma makamlarından kaynaklanan ya da şüpheli/sanığın kasti hareketi neticesinde meydana gelmeyen hususlar sebebiyle delillerin yok edileceği, gizleneceği veya değiştirileceği ifade olunamaz⁹⁰. Bu tür nedenlerle sanığın veya şüphelinin tutukluluk halinin devamına karar verilmesi yerinde değildir⁹¹.

Delillerin toplanmış olması durumunda herhangi bir delilin karartılması tehlikesi de olamayacağından tutuklamaya hükmedilmemelidir⁹².

2.2.4.4.Tutuklama Sebeplerinin Varlığına İlişkin Yasal Karineler

CMK'nın 100/3üncü maddesinde ise, sınırlayıcı bir biçimde gösterilen (katalog) suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilecektir. İfade olunmalıdır ki; bu suçların varlığı halinde tutuklama nedeninin bulunduğunu var saymak mecburi değildir⁹³.

⁸⁸ İnci, *Tutuklama*, 106.

⁸⁹ İnci, *Tutuklama*, 113, 114.

⁹⁰ İnci, *Tutuklama*, 114.

⁹¹ Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 173.

⁹² Sürücü, *Tutuklama*, 140,141.

⁹³ Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 377; Cumhuriyet Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 292.

Katalog dışında kalan suçlar yönünden ayrıca tutuklama kararı verilebilmesi amacıyla kuvvetli suç şüphesinin yanı sıra tutuklama nedeninin bulunması gerekmektedir⁹⁴.

Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması veya şüpheli/sanığın suça şerik olarak (azmettiren veya yardım eden) iştirak etmesi durumunda da bu tutuklama nedeninin uygulanması mümkündür⁹⁵.

CMK'nın 100/3'üncü maddesinde sayılan katalog suçlar 10 grup halinde belirtilmiştir:

i) TCK'da yer alan; soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m.76, 77, 78), göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80), kasten öldürme (m.81,82, 83), kasten yaralama (m.86/3-b-e-f) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (m.87), işkence (m.94, 95), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, m. 102), çocukların cinsel istismarı (m.103), hırsızlık (m.141, 142) ve yağma (m.148, 149), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m.220/ iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç), Devletin güvenliğine karşı suçlar (m.302, 303, 304, 307, 308), Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m.309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

ii) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunu'nda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (m.12)

iii) 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22'inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu

iv) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar

v) 2863 sayılı Kültür ve Tâbiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar

vi) 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110'uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları

vii) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33'üncü maddesinde sayılan suçlar

viii) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar

ix) Kadına karşı işlenen kasten yaralama suçu

x) Sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu.

Kanun koyucunun, sayılan suçları işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunan şüpheli/sanık yönünden tutuklama sebebinin bulunduğu yönünde bir ön kabul ile hareket ettiği anlaşılmaktadır. Ancak bu suçların işlendiği iddiası, tutuklama kararı verilebilmesi için yeterli olmamalıdır, otomatik tutuklama kararları verilmemelidir⁹⁶. Hâkim söz konusu suçlar yönünden tutuklama sebeplerinin mevcut olup olmadığını somut olayın şartlarına göre değerlendirilmeli, tutuklamanın nedenlerini ve diğer şartlarını da muhakkak irdelemelidir.

⁹⁴ Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 416.

⁹⁵ İnci, *Tutuklama*, 121.

⁹⁶ Özbek, CMK, s.349,350; Şentuna, *Tutuklama ve Adli Kontrol*, 55.

Kanaatimizce, uygulamada katalog suçlarla ilgili tecrübe pek de başarılı değildir. Pratikte, söz konusu suçların varlığı durumunda diğer kriterler irdelenmeksizin doğrudan tutuklama kararları verilebildiği kaygıyla gözlemlenmektedir. Nitekim “suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu” şeklindeki tutuklama kararları uygulamada mevcut iken, birtakım suçları belirleyerek bunlar yönünden tutuklama sonucu öngörmek doğru değildir⁹⁷. Bu nedenle bazı yazarlar tarafından ileri sürülen katalog suç düzenlemesinin CMK’da yer almaması gerektiği görüşüne⁹⁸ biz de iştirak etmekteyiz⁹⁹. Kaldı ki ne kadar ağır bir suçla itham edilmiş olursa olsun kişinin suçu sabit oluncaya kadar masum sayılması gerektiği, suçun ağır olması nedeni ile tutuklu yargılamaya başvurulmasının bir anlamda sanık hakkında hükmolunacak cezanın sanığa peşinen çektirilmesine yol açacağı dikkate alındığında¹⁰⁰, katalog suç düzenlemesinin “masumiyet ilkesinin” ihlali olduğu da göz ardı edilmemelidir¹⁰¹. Öte yandan kaçma veya delilleri karartma riski aranmaksızın, sadece katalog kapsamına dahil olması nedeniyle bir suçlamadan tutuklama kararı verilmesi, hem Anayasa’nın 19/3’üncü maddesine, hem de bu durumun iç hukuka aykırılığı nedeniyle AİHS’nin 5/1’inci maddesine aykırı olacaktır¹⁰².

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi’nin 05 Ocak 2011 tarihli tutuklama raporunda yer aldığı gibi¹⁰³, yerleşik uygulama alışkanlığından ötürü katalog suçların kanundan çıkarılarak öncelikle adli kontrol önlemlerinin uygulanması yükümlülüğü getirilmelidir; bunların yeterli olmayacağı düşünülmesi durumunda, tutuklama zorunluluğu gerektiren nedenlerin varlığı ya da devam ettiğine ilişkin gerekçelerin açıklanması zorunlu kılınmalıdır (Rapor m.5).

Kanunda yer alan katalog suç düzenlemesine ilişkin uygulamanın yerinde olmamasının yanı sıra, katalogda yer alan bazı suçlar ile ilgili de aksaklıkların bulunduğu ifade olunmalıdır. Şöyle ki; katalogda yer alan silahla kasten yaralama ve hırsızlık gibi suçlar yönünden hapis cezasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve adli kontrol gibi kurumların uygulanması mümkündür. Yine suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçunun iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile yaptırım altına alındığı dikkate alındığında bütün bu suçlar yönünden tutuklama nedeninin var sayılabileceğine ilişkin karinenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Öte yandan katalogda yer alan 4389 Sayılı Bankalar Kanunu ve 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlükten kalkmış olup yerlerine 5411 Sayılı Bankalar Kanunu ve 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiş

⁹⁷ Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2008), 292; Bayraktar, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış”, 2865,2866.

⁹⁸ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 469; Centel, Armağan, s.857.

⁹⁹ İnci ise uygulamadaki bu durumun kanuni düzenlemedeki başarısızlıktan değil, kanunun sözünün ve ruhunun uygulayıcılar tarafından yeterince anlaşılamiyor olmasından kaynaklandığını belirtmektedir (İnci, *Tutuklama*, 122).

¹⁰⁰ Katalog suç usulüne son verilmedikçe, bir tedbir olarak kabul edilen tutuklamanın ceza infazına dönüşeceği hususunda Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 150.

¹⁰¹ Sürücü, *Tutuklama*, 142.

¹⁰² Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 124.

¹⁰³ Rapor metni için bkz. Türkiye Barolar Birliği, “Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu”, 05.01.2011, <http://tbbyayinlari.barolarbirlik.org.tr/TBBBooks/tutuklama.raporu.pdf> (23.04.2013).

bulunmaktadır. Dolayısıyla katalog suç düzenlemesinin yer aldığı CMK'nın 100/3'üncü maddesinde yürürlükte olmayan kanunlara gönderme yapıldığı görülmektedir¹⁰⁴.

2.3. Tutuklamanın Şekli Şartları

2.3.1. Yargılama Şartına İlişkin Engel Bulunmaması

Bazı hallerde soruşturmanın veya kovuşturmanın yürütülmesi şikayet, dava süresi, izin, yasama dokunulmazlığının kaldırılması gibi belli koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olabilir ki bu şartlara yargılama şartları denilmektedir. Bu nedenle yargılama birtakım şartların gerçekleşmesine bağlanmış ise, bu şartlar gerçekleşmeden yargılamaya konu şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilemeyecektir. Nitekim yargılama şartının gerçekleşmemesi nedeniyle yargılama yürütülemeyecek olduğundan, tutuklama tedbirine müracaat etmek de yersiz olacaktır.

Örnek olarak ifade etmek gerekirse bir yargılama engeli olan yasama dokunulmazlığı Anayasa'nın 83'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üyelerinin meclis çalışmaları yönünden mutlak (kürsü) dokunulmazlığı, bunun dışındaki eylemleri yönünden ise geçici dokunulmazlıkları bulunmaktadır. 83'üncü maddenin 2'inci fıkrası uyarınca¹⁰⁵ meclis çalışmaları dışındaki eylemleri bakımından yasama dokunulmazlığının kaldırılması birtakım istisnalar dışında, bir yargılama şartıdır. Milletvekili sıfatı nedeniyle bu dokunulmazlığa sahip olan kişi hakkında bu şart gerçekleşmeden, yani dokunulmazlık kaldırılmadan yargılama yürütülememekte, dolayısıyla tutuklama kararı da verilememektedir. Kural olarak geçici dokunulmazlık, seçimden önce veya sonra işlendiği ileri sürülen tüm suçları kapsamaktadır. Milletvekili dokunulmazlığının amacının, vekillerin milleti en iyi şekilde temsil etmelerini sağlamak olduğu açıktır. Bu durum karşısında hukuken seçilmeye engel bir durumunun bulunup bulunmadığı seçim kurulunca değerlendirilen, akabinde seçilebilen tutuklu milletvekillerinin yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağını ifade etmek mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle aday gösterilip milletvekili seçilen ve meclise gitmeye hak kazanan kişinin, bu aşamadan sonra yasama faaliyetlerine katılmak suretiyle milleti temsil etmelerinin sınırlandırılmasının hiçbir geçerli dayanağı olamaz. Yine konuyla ilgili AİHM içtihatları da, "meşru beklenti hakkı" nedeniyle milletvekillerinin tutuksuz yargılanması gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Kaldı ki 5607 SK'da, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren kaçakçılık suçu da düzenlenmiş olup (Kanunun 3/6'ncı maddesinde yer aldığı gibi) bu suçlar yönünden tutuklama kurumunun tatbikinin ne derece amaca hizmet edeceği de tartışmalıdır.

¹⁰⁵ Anayasa'nın 83/2'nci fıkrasına göre, "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 Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır."

¹⁰⁶ 1987 tarihli Mathieu-Mohin-Clerfayt/Belçika kararı kapsamında 3 ilkenin üzerini çizerek; 1)Getirilebilecek sınırlama hakkın özünü boşaltmamalıdır, 2) Sınırlama meşru bir amacı gözetmelidir, 3)Sınırlama çerçevesinde başvuru araçları amaçla orantılı olmalı ve halkın kendi temsilcilerini serbestçe seçme hakkını engellememelidir. Benzer şekilde 2006 tarihli Alexandros Lykourazos/Yunanistan kararında, Yunanistan'a ihlal verilirken, "meşru beklenti hakkından" bahsetmiş ve Lykourazos'un seçime katılmasına izin verilmesinin kendisini seçmenler nezdinde seçilebilir kıldığını, onları bu yönde meşru bir beklenti içine soktuğunu,

Dolayısıyla kanaatimizce milletvekilliği sıfatını kazanan tutuklu şüpheli veya sanık yönünden tutukluluk şartları dar yorumlanmalıdır¹⁰⁷.

2.3.2.Hukuka Uygun Bir Tutuklama Kararının Varlığı

2.3.2.1.Genel Olarak

Söz konusu tutuklama şartı, tarihi gelişimi itibariyle habeas corpus kurumunun bir yansıması ve sonucudur. “Habeas corpus” en yalın haliyle, kişi hürriyetinin özellikle idare tarafından keyfi bir şekilde kısıtlanmasının önlenmesi şeklinde tarif olunabilir. Bu kuruma getirdiği tecrübeler neticesinde hukuk kuralları, gerek kişilerin, gerekse yürütme organının keyfi alıkoymalarını yasaklamak suretiyle kişi hürriyetini güvence altına almış ve yapılan ihlaller ceza kanunlarında suç haline getirilmiştir¹⁰⁸.

Hukukumuzda da, kişi özgürlüğünü en ağır biçimde kısıtlayan bir tedbir olan tutuklama kararını sadece yetkili hakimın veya mahkemenin verebileceği düzenleme altına alınmıştır. Büyük bir güvence niteliğindeki bu kuralın hiçbir istisnası yoktur; dolayısıyla hakim dışında hiçbir kimsenin tutuklama kararı vermeye yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁹. Anayasa'nın 19/3'üncü maddesinde tutuklamanın sadece hakim kararı ile yapılabileceği belirtilmektedir.

CMK'nın “tutuklama kararı” başlıklı 101'inci maddesinde, değişik yargılama aşamalarına göre tutuklama kararının hangi yargı mercileri tarafından ve ne şekilde verilebileceği belirtilmiş ve bu kararlar yönünden zorunlu müdafî esası benimsenmiştir. Maddenin emredici düzenlemesi gereğince tutuklamakararlarının mutlaka gerekçeli olması gerekmektedir.

Bu noktada ifade etmeden geçilmemelidir ki; tutuklama kararının hakim veya mahkeme tarafından verilebilmesi, yani habeas corpus kurumu, hukukumuzda tam anlamıyla özümsebilmiş değildir. Tutuklama kararları, kurumun önemine binaen gerekçeli, dosya içeriğine uygun, somut olgularla irtibatlandırılmış olmalıdır. Yine savcılık makamı da aynı nedenlerden ötürü tutuklama tedbirine ilişkin taleplerini soyut, basmakalıp ifadelerden arındırmak, bu tedbiri gerektiren gerekçeleri net bir şekilde ortaya koymak suretiyle tutuklama tedbiri yönünden daha etkin hale gelmelidir. Nitekim maddi gerçeğin aydınlanması yönünden, savcılık makamının, kolluk gibi birtakım imkanları kullanma noktasında mahkemeye oranla daha avantajlı durumda olduğu açıktır. Bu nedenlerle tutuklama kararlarıyla ilgili aksaklıkların önüne geçilmesi adına, kamu gücünü elinde bulunduran uygulayıcıların bu hususları dikkate almaları gerektiği değerlendirilmektedir.

milletvekilliğinin düşürülmesini seçmenin meşru beklenti hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir .Bkz. Tolga Şirin, “İnsan Hakları ve YSK Kararının Düşündürdükleri”,<http://tolgasirin.com.tr/YSK.html>, (08.11.2012).

¹⁰⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz. Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 172.

¹⁰⁸ Metin Feyzioğlu, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44/1-4 (1995), 665.

¹⁰⁹ Avcı, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, 79.

2.3.2.2. Tutuklama Kararı Vermeye Yetkili Mercii

CMK'nın 101/1'inci maddesi gereğince, soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından karar verilir. Dolayısıyla sulh ceza hakiminin resen tutuklama kararı veremeyeceği görülmektedir.

Cumhuriyet savcısının tutuklama talebi üzerine yetkili hakim huzuruna çıkarılan şüphelinin CMK'nın 147'nci maddesinde yer alan usule uygun olarak ifadesinin tespit edilmesi gerekmektedir. Akabinde de şart ve nedenleri mevcut ise tutuklama kararı verilir. Tutuklama kararı verilmez ise şüphelinin derhal serbest bırakılması, 101/4'üncü maddede öngörülen bir zorunluluktur.

CMK'nın 101/1'inci maddesi gereğince, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkeme tarafından karar verilir.

Görüldüğü üzere mahkeme bu evrede soruşturma aşamasından farklı olarak Cumhuriyet savcısının talebi ile bağlı olmaksızın da tutuklama kararı verebilmektedir.

Kovuşturma evresinde sorguyu yapan mahkemenin, sanığın tutuklanmasına karar vermesi halinde, sanığın ve müdafinin huzurda bulunması, müdafii hazır değilse müdafii atanması suretiyle sanığın tutuklamaya ilişkin savunmasının alınması zorunludur¹¹⁰. Nitekim CMK'nın 141/1-c düzenlemesi gereğince sanığa hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan sanığın bu nedenle uğrayacağı tüm maddi ve manevi zararları Devletten talep etmesi mümkündür.

Nihayet İnci tarafından haklı olarak belirtildiği üzere¹¹¹, “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda, şart ve sebeplerinin oluşması halinde sanığın tutuklanmasına karar vermesinde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.”

İtiraz, hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı açık olan ve verilen bu kararların hukuki ve maddi yönden denetimini sağlayan bir kanun yoludur (CMK m.267/1). Bu kapsamda tutuklama ve tutuklamama kararlarına karşı itiraz edilmesi mümkündür. Yine itiraz kanun yoluna başvuru süresi ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gündür (CMK m.268/1).

Kararı veren mahkeme CMK m.268/2 gereğince öncelikle verdiği kararı gözden geçirir, talebi yerinde görürse kararını düzeltir, yerinde görmezse ilgili itiraz merci tarafından talep incelenir ve gerekli karar verilir.

CMK'nın 105'inci maddesine göre; “103 ve 104 üncü maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, merciince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulamasına karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.”

¹¹⁰ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 363.

¹¹¹ İnci, *Tutuklama*, 136.

Tutuklamama kararına itiraz edilmesi üzerine yapılan inceleme neticesinde, itiraz haklı bulunursa CMK'nın 98/1'inci maddesi gereğince "yakalama emri" düzenlenebilir.

İstinaf mahkemelerinin sanık hakkında tutuklama şart ve nedenlerinin istinaf aşamasında oluşması halinde tutuklama kararı veya şartları varsa tahliye kararı vermesinde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır¹¹².

Temyiz aşamasında hüküm henüz kesinleşmemiş olduğundan bu aşama kovuşturma evresine dahildir. Temyiz aşamasında, temyiz mercii tarafından kararın bozulması söz konusu olursa ve özellikle bozma sebebi suç vasfı gibi nedenlerle tutukluluk halinin sonlandırılmasını gerektiriyorsa, Yargıtay derhal sanığın tutukluluk halinin sona ermesini sağlar¹¹³. Nitekim salıverme işlemi için dosyanın esas mahkemesine dönmesi beklenemez olursa sanığın mağduriyetinin söz konusu olması kuvvetle muhtemeldir. Öte yandan temyiz aşamasında tutuklama kararı verilmesini gerektiren bir durumun gelişmesi halinde bu kararın hangi yargı organınca verileceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu husustaki tereddüdün giderilmesi amacıyla yasal düzenleme yapılmasında fayda bulunduğu değerlendirilmektedir¹¹⁴.

2.3.2.3. Tutuklama Kararının İçeriği

CMK'nın "tutuklama kararı" başlıklı 101/2'inci maddesi, 02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Kanun ile, ayrıca 08.07.2021 tarih ve 7331 Sayılı Kanun ile değişmiştir. Söz konusu düzenlemenin değişikliklerden önceki halinde tutuklama kararları ile tutuklamanın devamına ve bu husustaki tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenlerin gerekçeleriyle gösterilmesi gerektiği belirtilmiş idi. Muhtemelen uygulamada söz konusu gerekçelere yeterince yer verilmemesi nedeniyle maddede değişikliğe gidilmiş olup kanun koyucu kararlarda bulunması gereken esaslı hususları vurgulama ihtiyacı hissetmiştir. Bu kapsamda, kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla değişiklik ile kanuna dahil olan hususların muhakkak kararlarda bulunması gerekmektedir. Yine 7331 Sayılı Kanun ile adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek tutuklama kararında belirtilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanı sıra öğretilde, mahkemenin adı, sorgu numarası, şüpheli/sanığın kimlik, adres ve telefon bilgileri, takma ad/lakap bilgileri, fotoğrafı, suçlamanın yer aldığı kanun maddesi, soruşturma numarası gibi bazı bilgilerin de kararda yer alması gerektiği ifade olunmuştur¹¹⁵.

2.3.2.4. Tutuklama Kararının Gerekçeli Oluşu

Anayasa'nın 141/3'üncü maddesi, "bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" şeklindedir. Benzer şekilde CMK'nın 34'üncü maddesi uyarınca, hakim veya mahkemelerin karşı oy dahil her türlü kararının, gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Bu

¹¹² Gökcen vd, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 420; Uğur Aşkın, "Bölge Adliye Mahkemelerinin Tutuklama Kararı Verme Yetkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 49 (Ocak 2022), 641, 644, 649; Akıcı, *Tutuklamanın Maddi ve Şekli Şartları*, 120.

¹¹³ Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 404.

¹¹⁴ Yenisey - Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 385; İnci, *Tutuklama*, 141.

¹¹⁵ İnci, *Tutuklama*, 142.

genel düzenlemelerin yanı sıra CMK'nın 101/2'nci maddesinde 6352 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, tutuklama, tutukluluk halinin devamına ve tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarının içermesi gereken hususlar sıralanmıştır. Bu kapsamda, sayılan kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilmesi, söz konusu düzenleme gereğince zaruridir.

Yine CMK'nın 34'üncü ve 230'uncu maddelerinden ortaya çıkan yasal zorunluluk nedeniyle tutuklama kararlarında iddia ve savunma taraflarınca ileri sürülen görüşler belirtilmeli, deliller tartışılmalı ve değerlendirilmeli, karara esas alınan ve reddedilen deliller belirlenmeli; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller ayrıca ve açıkça gösterilmelidir.

Gerekçe gösterilirken kalıplaşmış, soyut ifadelerin kullanılmasından kaçınılmalı ve her somut olayın kendine has şartları bulunduğundan, dosyada yer alan delillerle tutuklama gerekçeleri ilişkilendirilmelidir¹¹⁶.

Bu konuda örnekleme yapmak gerekirse; uygulamada “suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumu, suçlama sayısı ve tutuklulukta geçen süreye göre, sanıklar hakkında suç işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesine dair olguların bulunması ve CMK'nın 100'üncü maddesinde yer alan katalog suçlardan olması karşısında, tutuklama sebebinin varlığı nedeniyle bu aşamada tutuklu sanıkların tutukluluk hallerinin devamına” veya “sanıkların üzerine atılı suçun niteliği, dosya kapsamı, atılı suçun CMK'nın 100'üncü maddesindeki suçlardan bulunmasına nazaran tahliye talebinin reddiyle tutukluluk hallerinin devamına” ya da “sanığın üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna, tutuklama tarihine, CMK'nın 100'üncü maddesinde belirtilen şartlarda bir değişiklik olmamasına göre, sanıkların müdafilerinin yerinde olmayan itirazlarının reddine” şeklinde ifade olunan gerekçelerle, hem de birden sanığın hukuki durumunun birlikte değerlendirildiği, aynı hukuki gerekçelerle tutukluluklarının devamına ya da tutukluluğa yapılan itirazlarının reddine karar verildiği görülmektedir¹¹⁷. Soyut gerekçeler içeren bu türden kararların, hukuka aykırı olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Tutuklama kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu ifade olunurken, savcılık makamının tutuklama talebinin de gerekçeli olması, talep kapsamında şüpheliye isnat edilen suçlamaya, bu suçlamaya ilişkin delillere, kaçma veya delil karartma yönündeki şüpheye nasıl varıldığı hususuna yer verilmesi gerektiği ifade olunmalıdır¹¹⁸.

¹¹⁶ AİHM, 08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın/Türkiye kararında konuyla ilgili olarak, “bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu hükmün (suç vasfının) ciddiyeti bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu husus başka ilgili etkenlerle de ortaya konulmalıdır.” Karar metni için bkz. Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, <http://www.tohav.org/aihmk/sargin.pdf>, (07.07.2012).

¹¹⁷ Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 144,145.

¹¹⁸ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 473; Şen - Özdemir, *Tutuklama*, 145.

SONUÇ

Çalışma neticesinde elde edilen tespitleri aşağıdaki şekilde ele almak mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanunu önceki usul kanunu olan 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan farklı olarak gıyabi tutuklamanın bazı istisnaların dışında kaldırılması, tutuklama sorgusunda zorunlu müdafii sisteminin benimsenmesi, tutuklama sebeplerinde somut olgular esas, adli kontrol tedbirleri ve azami tutukluluk süreleri gibi daha teminatlı hükümler içermesine rağmen, tutuklu sayısında artış olması çok ciddi bir çelişkidir. Halbuki, tutuklama tedbiri istisnaen müracaat edilmesi gereken, birçok unsurun aynı anda mevcut olması halinde başvurulabilen ve ağır sonuçları bulunan özel ve ciddi bir tedbirdir. Tutuklamayla ilgili yasal düzenlemelerin halen bazı revizyonlara ihtiyacının bulunmasına rağmen mevcut usul kurallarının önceki sisteme oranla daha ideal seviyede olmasına rağmen uygulamadaki sonuçların daha olumsuz seviyede olmasının en önemli sebebi maalesef uygulayıcılarıdır. Bu kapsamda tutuklamanın daha çok görüldüğü evre olan soruşturma evresinde özellikle savcılık makamlarının bu konuda talepte bulunurken daha özenli olmaları gerektiği değerlendirilmektedir. Kaldı ki, bilindiği üzere, kötü bir yasa iyi uygulayıcıların elinde iyi sonuçlar doğurabilirken, iyi yasa da kötü uygulayıcıların elinde olumsuz sonuçlar verebilmektedir. Hukuk fakültelerindeki eğitimden başlayarak bir an evvel uygulayıcıların mesleki gelişmelerinin artırılması gerekmektedir.

Birtakım suçların işlendiğine ilişkin şüphe, tutuklama sebebinin mevcut olduğuna işaret olamaz. CMK'nın 100/3'üncü maddesinde yer alan "katalog suç" sistemi, tutuklama kararlarını otomatikçe bağlayan sonuçlar doğurması, bu suçlardan birinin varlığı halinde tutuklamanın kaçınılmaz olduğu algısı nedeniyle çok büyük sakıncalar içermektedir. Aynı zamanda tutuklamayı sıradanlaştıran bu kabul tarzı, tutuklama kararlarının toplum nazarında ciddiyetini ve meşruiyetini kaybetmesine yol açmaktadır. Tüm bu nedenlerle CMK'yı bir an evvel katalog suç karanlığından arındırmak, kanundan bu hükmü çıkarmak gerekmektedir.

Gıyabi tutuklamanın sonuçlarını doğuran yakalama emri verilmesinin yalnızca çağrı üzerine gelmeme veya çağrı yapılamama şartına bağlanması yeterli değildir; en azından kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların da bulunması yakalama emri verilmesinin ek şartı olarak kanuna eklenmelidir.

Yukarıda ilgili yerlerde belirtildiği üzere, tutuklama tedbirinde kanunilik esastır. Kanunda yer almayan nedenlerle tutuklamaya veya tutukluluk halinin devamına ilişkin karar verilemez. Bu hususa yeterince riayet edilmediği, kararlarda bazen tutuklananın "kaçma şüphesinin ve delilleri karartma ihtimalinin mevcut olduğu" gibi gelişigüzel ve basmakalıp gerekçelerle yetinildiği, bazen de yasada yer almayan "sabıkalı olma, henüz ifadesinin tespit edilmemiş olması" gibi nedenlere yer verildiği görülmektedir. Suç şüphesi altında dahi olsa insanların özgürlükleri kısıtlanırken biraz daha özenli davranılmalı ve tutuklama kararlarının hukuka uygun nedenler üzerine inşa edilmesi amacıyla kararlarda gerekli dikkat gösterilmelidir.

CMK'nın 109/1'inci maddesinden tutuklamaya alternatif olarak kabul edildiği anlaşılan adli kontrol tedbirleri, uygulamada etkinleşmiş değildir. Adli kontrol tedbirlerinin yürürlükte olmadığı döneme göre CMK döneminde, tutuklu sayısının arttığı görülmesi bu yöndeki kanaati pekiştirmektedir.

Haksız tutuklama ve uzun tutukluluk sürelerinin yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi, kişi özgürlüğünün güvence altına alınması amacıyla haksız tutuklama tazminatlarının daha sağlıklı değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Tutuklamanın, öğretide bazı yazarlarca ileri sürülen aksine, ileride verilebilecek özgürlüğü bağlayıcı cezanın yerine getirilebilmesi için bir araç olarak kabul olunmaması gerekmektedir. Aksi halde, tutuklamanın bir infaz rejimi olarak benimsenmesi kaçınılmaz olacaktır.

Anayasası'nın 19/3'üncü maddesinde tutuklama nedenleri sayıldıktan sonra, "bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde tutuklama kararı verilebilir" ifadesine yer verilmiş olup bu durum, tutuklamanın kanunilik özelliğiyle çelişkilidir. Keyfi ve haksız tutukluluğa yol açabilecek bir ifade olması nedeniyle, "bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan" ifadesinin Anayasa'dan çıkarılmasında fayda bulunmaktadır.

Adli kontrol tedbirine hükmetmek için CMK'nın 109/1'inci maddesine göre, tutuklama sebeplerinin varlığı aranmaktadır. Esasen adli kontrol tedbirlerinin amacı, şüpheli/sanığın kaçma ihtimalinin önlenmesi olduğundan, bu tedbirler yönünden sadece kaçma şüphesinin varlığını aramak daha doğru olacaktır. Nitekim delilleri karartma yönündeki sebebin, adli kontrol ile giderilmesi mümkün olmayacaktır.

Adli kontrol tedbirlerine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde CMK'nın 112'nci maddesine göre, hükmedilebilecek hapis cezasının süresine bakılmaksızın tutuklama kararı verilebilecektir. Ancak, burada CMK'nın 100/4'üncü maddesinde yer alan tutuklama yasaklarına ilişkin bir husus söz konusu ise, adli kontrol gereklerinin yerine getirilmemesinden bahisle tutuklama kararı verilmemelidir. Yasağa tabi bir suçlama yönünden ilk etapta tutuklama kararı verilemezken, sonraki aşamada sadece adli kontrol gereklerinin yerine getirilmemiş olmasından bahisle tutuklama kararı verilmesi ölçülülük özelliğinin ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle CMK'nın 112'nci maddesinde bu yönde bir değişiklik yapılarak tutuklama yasağının bu madde yönünden de dikkate alınması sağlanmalıdır.

CMK'nın 101/1'inci maddesinde, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verileceği belirtilmektedir. Kovuşturma evresinin hükmün kesinleşmesine kadar geçen süreyi kapsadığı dikkate alındığında temyiz aşamasında da şart ve sebeplerinin oluşması halinde tutuklama kararının verilebileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte temyiz aşamasında tutuklama kararı verilmesini gerektiren bir durumun gelişmesi halinde, bu kararın tam olarak hangi yargı organınca verileceği hususunda CMK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husustaki yasal boşluğun giderilmesinde fayda bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Altınay, Ahmet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007.

Akıcı, Selçuk. *Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklamamın Maddi ve Şekli Şartları*. Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Aşkın, Uğur. “Bölge Adliye Mahkemelerinin Tutuklama Kararı Verme Yetkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 49 (Ocak 2022), 641- 670. [2183849 \(dergipark.org.tr\)](http://dergipark.org.tr)

Avcı, Mustafa. “Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimize Koruma Tedbirlerinde Tutuklama”, *Kamu Hukuk Arşivi*, (Haziran 1998), 27-43.

Avcı, Mustafa. “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, *Hukuki Perspektifler Dergisi* 3 (Nisan 2005), 74-84.

Balo, Yusuf Solmaz. *Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

Bayraktar, Köksal. “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış”, *Legal Hukuk Dergisi* 3/32, (Ağustos 2005), 2863-2869.

Centel, Nur. “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Giderilmesi”, *Mehmet Somer’in Anısına Armağan* (2006), 849-877.

Centel, Nur - Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 12.Bası, 2015.

Coşkun, Neslihan. “Adli Kontrol”, *Hukuki Perspektifler Dergisi* 3 (2005), 85- 89.

Çalışkan, Bilal. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Tutuklama”, *Adalet Dergisi* 37 (Mayıs 2010), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/37.say/01%20-%20BİLAL%20ÇALIŞKAN.pdf>, (14.10.2012).

Donay, Süheyl. *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.

Erem, Faruk. *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*. Ankara, 1996.

Feyzioğlu, Metin. “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44/1-4 (1995), 665-688.

Feyzioğlu, Metin. *Tutuklama*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1992.

Feyzioğlu, Metin. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 19/62 (Ocak-Şubat 2006), 27-61.

Gökçen Ahmet vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Basım, 2021.

Gözübüyük, Abdullah Pulat. “Tutuklamamın Sebepleri Şartları”, *Adalet Dergisi* 80/3 (Mayıs- Haziran 1989), 51-57.

Güleç, Sesim Soyer. “Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 98 (Ocak-Şubat 2012), 25- 74.

Gülüşür, Emre. *Koruma Tedbirlerinden Tutuklama*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.

İnci, Z.Özen. *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, 2011.

Karadayı, İsmet K. “Ceza Yargılama Usulü Yasası İçinde Tutuklama Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi* 56/1-2-3 (Ocak-Şubat-Mart 1982), 7-10.

Kazancı, Behiye Eker. “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri İle Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 98 (Ocak-Şubat 2012), 75-104.

Koçaklı, Engin. *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama*. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Köksal, Ayhan. “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 30/1-2 (1964), <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/4779/4343>,.

Malkoç, İsmail - Yüksektepe, Mert. *Ceza Muhakemesi Kanunu*. Ankara: Malkoç Kitapevi, 2005.

Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, 2021.

Özbek, Veli Özer. *CMK İzmir Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

Özen, Murat. Adli Kontrol, *Adalet Dergisi* 32 (Eylül 2008), 167-186.

Özgüven, A.Duygu. “Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Adli Kontrol”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 81 (Mart-Nisan 2009), 311-352.

Öztürk, Bahri. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1991.

Öztürk Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, 2019.

Öztürk, Bahri. “Tutuklama Sebepleri”, *Manisa Barosu Dergisi* 24 (Ocak 1988), 2-17.

Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 4.Baskı, 2010.

Sürücü, A.Sinan. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.

Şahin, Cumhur – Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, 2021.

Şen, Ersan - Bilgehan Özdemir. *Tutuklama*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.

Şentuna, Mustafa Tarık. *Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2.Bası, 2007.

Şirin, Tolga. “İnsan Hakları ve YSK Kararının Düşündürdükleri”, <http://tolgasirin.com.tr/YSK.html>, (08.11.2012).

Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. İstanbul: Acar Matbaacılık, Genişletilmiş 4. Bası, 1984.

Tunç, Mehmet. “Adli Denetim, Tutuklamayı Önleyici Ve Giderici Tedbirler”, *Adalet Dergisi* 6 (Ocak 2001), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/6say%C4%B1.pdf>, (30.06.2012).

Uçdu, İlker. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2007.

Ünver, Yener - Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Yaşar, Ercan. “Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/3 (Eylül 2022), 1367-1407. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2367017>

Yenisey, Feridun – Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Yurtcan, Erdener. *CMK Şerhi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 5. Bası, 2008.

Yüce, Turhan Tufan. “Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/1 (1980), <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/ilk/yilbirsayibir/yuce5.pdf>.

Yüce, Turhan Tufan. “Alman-Türk Muhakemeleri Usulünde Tevkif ve Tevkif Sebepleri”, *Adalet Dergisi*, 52/1-2 (Ocak-Şubat 1961), 444-455.

2015/848 SAYILI ACİZ USULÜNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ TÜZÜĞÜ*

Gökhan Cindemir**

Öz

Avrupa Birliği'nin 2015/848 sayılı Aciz Usulüne İlişkin Tüzüğü üye devletler için ortak kurallar oluşturmak amacıyla düzenlenmiştir. Tüzük'ün amacı; yabancılık unsuru içeren aciz usulü kurallarının üye devletler açısından yeknesaklaştırılmasıyla birlikte, yabancılık unsurlarına ilişkin tanımlama yapmaktır. Makalede Avrupa Birliği tüzüğü'nün önemli noktaları, tarihi gelişimi de dikkate alınarak incelenmiştir. Tüzük'ün hangi durumlarda geçerli olduğu ve bu durumlara yönelik istisnalar, örnek olaylarla kıyaslayarak izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aciz, 2015/848 sayılı Tüzük, Avrupa Aciz Hukuku, Uygulanacak Hukuk, Devletler Özel Hukuku

EU REGULATION NUMBERED 2015/848 ON INSOLVENCY PROCEEDINGS

Abstract

The European Union Regulation No. 2015/848 on Insolvency Procedure is designed to establish common rules for Member States. The purpose of the Regulation is to define the elements of foreignness, rather than to uniformize the rules of insolvency proceedings involving foreign elements for the Member States. In this article, the important points of the EU Regulation are analyzed by considering its historical development. The circumstances in which the Regulation applies and the exceptions to these circumstances are explained in comparison with case studies.

Keywords: *Insolvency, Regulation 2015/848, International Insolvency Law, European Insolvency Law, Applicable Law, International Private Law*

* Makalenin Gönderim Tarihi : 04.12.2023

Makalenin Kabul Tarihi : 30.12.2023

** Avukat, Doktora Öğrencisi, gokhan.cindemir@istanbulticaret.edu.tr ORCID: 0000-0002-1212-1956.

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde, Dünya'nın diğer bölgelerine nazaran Avrupa'da yaşanan ileri seviyedeki iktisadi gelişim sayesinde ve bu gelişime bağlı olarak da kıta Avrupası ülkeleri arasındaki ticari ilişkilerin artması neticesinde aciz usulüne yönelik hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Coğrafi keşifler ve sömürgeleştirmeye bağlı olarak Avrupa'ya hammadde girdisinin önemli ölçüde arttığı bu dönemde, üretimdeki ciddi artış önemli nitelikte bir sermayenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Süreç içerisinde sermaye kavramı, Avrupa devletleri arasında serbest dolaşım özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiş ve buna ilişkin olarak sermaye sahiplerinin sınır aşırı bir şekilde borçluları mağdur etmeleri gerçeği gündeme gelmiştir.

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurulmasıyla birlikte, tek pazarda sermayenin serbest dolaşımı ve etkili bir işleyişi sağlamak amacıyla aciz usulü konusunda yeni kuralların kabul edilmesi zorunlu hale gelmiştir. Aciz usulü teriminin, Türkiye'de yerleşmiş kavram olan iflas terimi yerine kullanılmasındaki hassasiyete değinilmek gerekmektedir. AB'ye üye devletlerin hukuku dikkate alındığında, iflas prosedürünün aciz usullerinden sadece biri olduğu anlaşılacaktır. Dolayısıyla makalede iflas yerine bilinçli olarak aciz usulü terimi kullanılmıştır.

Devletlerin yetki alanlarını paylaşmamak için kıyasıya mücadele verdikleri bir dönem olan İkinci Dünya Savaşı ertesinde küreselleşmenin beraberinde getirdiği refah nedeniyle, devletlerin cebri icra konusunda kendi istekleri doğrultusunda yetkilerini sınırladıkları gözlemlenmiştir. Bu yetki paylaşımına ilişkin olarak aciz usulünün dahil olduğu özel hukuk alanına yine Avrupa kökenli bir kavram olan kanunlar ihtilafı kurallarıyla çözüm aranmıştır. Nitekim, makalenin konusu olan Tüzük'e ilişkin düzenlemelerde aciz usulü kurallarıyla beraber devletler özel hukuku kavramlarının kullanıldığı gözlemlenecektir.

Tüzük'ün tarihsel gelişimi ve hazırlanmasına ilişkin süreç, tam olarak konunun anlaşılması için üzerinde durulması gereken bir meseledir. Ayrıca tüzüğün kapsamının nasıl değerlendirilmesi gerektiği makalede ayrı bir başlıkla araştırılmıştır. Devletler özel hukuku içerisinde gelişmiş kanunlar ihtilafına ilişkin kuralların Tüzük çerçevesinde tespit edilmesi ve buna ilişkin olarak da istisnai hükümlerin incelenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle uygulanacak hukuk başlığı altında Tüzük'ün ilgili hükümleri incelenmiş ve yer, zaman, kişi yönünden bu hükümler ele alınmıştır. Aciz usulünün açılmasının üye devletler açısından kendiliğinden tanınma etkisi Türk Hukuku bakımından da kıyasen incelenmiştir.

Ana aciz usulünün yetersiz kaldığı durumlarda yan aciz usulünün açılması gerekmekte ve bu husus mahkemeler arasında iş birliği ihtiyacını doğurmaktadır. Tüzük çerçevesinde bu iş birliğinin sağlanması amacıyla üye devletler arasındaki yükümlülüklerin nasıl düzenlendiği konusunu ayrıca değerlendirmek gerekmiştir.

Makalenin önemle üzerinde durduğu esas menfaat merkezi kavramına değinilmiş ve Türkiye'deki hukukçuların yabancı olduğu bu kavramın Tüzük'te nasıl düzenlendiği konusundaki ayrıntılara yer verilmiştir. Tüzük'ün bu makale yazıldığı sırada elektronik ortamda erişilebilir yayınlamış Türkçe çevirisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu makaleyi hazırlarken, ilgili hükümler yabancı bir dilden çevrilmiş ve 1346/2000 sayılı ilk tüzüğün terimleriyle uyumlu şekilde kullanılmıştır.

1. Tüzüğün Gelişimi ve Amacı

1.1. Avrupa'da Sınır Aşkın Aczinin Gelişimi

Tarihsel gelişim içerisinde, Avrupa Kıtası'nda aciz usulüne ilişkin hukuki kaynağa ilk Roma döneminde rastlanılmaktadır.¹ Avrupa dahilinde sınır aşırı aciz usulü meselelerinde görülen dikkate değer en önemli olay, Pistosia Cumhuriyet'indeki Ammannati Bankası'nın iflası olarak değerlendirilmektedir. 1302 senesinde İtalya'nın uluslararası ticarete çok önemli rol oynadığı Orta çağ Avrupası'nda borçlarını ödeme aczi içine düşen Ammannati Bankası birçok Avrupa ülkesindeki şubeleriyle müşterilerine borç vermekteydi.² Kilisenin faiz kavramını tefecilikle eş değer gördüğü ve faizin Tanrı'nın kurallarıyla bağdaştırılmadığı zaman ve şartlarda, Ammannati gibi bankalar faiz kelimesi yerine gecikme tazminatı tanımını kullanarak kâr amaçlı faaliyetlerini sürdürmekteydiler.³ Ammannati'nin iflas eden Avrupa'daki şubelerinin kurtarılması ve sonrasında da bankanın tefeciliğe benzer usullerinde yaratmış olduğu tepkileri önlemek için Papalık kurumu devreye girerek büyük ölçüde sorunu çözüme kavuşturmuştur.⁴ 700 senelik bir mesele olarak değerlendirilen bu vakanın⁵ sonrasında nihai işlevsel bir çözümün bulunamadığı gerekçesiyle hala AB Aciz Usulü Tüzük'ü⁶ eleştirilmekte bazı ve Avrupalı Hukukçular tarafından hedef tahtasına oturtulmaktadır.⁷

Avrupalı Devletler arasında tartışmalara yol açan bir diğer örnek ise Barcelona Traction Davası'dır. Bu dava Uluslararası Adalet Divanı'na taşınarak davacı Belçika ve davalı İspanya arasında görülmüştür. Barcelona Traction Şirketi, Kanada kanunlarına göre kurulmuş olup İspanya'da faaliyet gösteriyordu ve İspanya Devleti tarafından el konulmuştu. Belçika Devleti de zarar gören Belçikalı hissedarlar adına bu davayı açmıştır⁸.

Dava kararının uluslararası hukuktaki diplomatik himaye kavramına dair yapılan tartışmalar⁹, bu incelemenin odak noktası değildir. Ancak davanın asıl dikkat çekici yönü, 1970 yılında iki Avrupalı devlet arasında iflasla ilgili iş birliğine dair herhangi bir mekanizmanın olmaması nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı'na başvurulması zorunluluğuyla karşılaşılmasıdır. Bu bakış açısından, Ammannati Davası'ndan bu yana aciz usulüne yönelik işlevsel çözüm eksikliğine ilişkin eleştirilerin ölçülü bir şekilde değerlendirilmesi önemlidir.

¹ Levinthal LE, *The Early History of Bankruptcy Law* (Creative Media Partners, LLC 2018) <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7663&context=penn_law_review> Erişim Tarihi 7 Haziran 2020.

² Graham D, *The Insolvent Italian Banks of Medieval London: Part I* (2000) 9 International Insolvency Review 147.<<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/1099-1107%28200022%2999%3A2%3C147%3A%3AAID-IIR70%3E3.0.CO%3B2-7>> Erişim Tarihi 7 Haziran 2020.

³ Graham D, 151

⁴ Graham D, 147.

⁵ Anderson K, *The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience* (2000) 21 University of Pennsylvania Journal of International Law 679 <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol21/iss4/1>> Erişim Tarihi 7 Haziran 2020

⁶ Konsey Tüzük (AT) 2015/848 Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin Aciz Usulü Prosedürü Hakkında [2015] RG L141/19 (Tüzük).

⁷ Anderson K (N 3).

⁸ Anderson K (N 3).

⁹ Söyler Y, *Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi* (2015) 19 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789067>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2023.

Barcelona Traction şirketinin iflasının bugün gündeme gelmiş olması varsayımında, hiç şüphesiz ki Belçika Devleti'nin vatandaşları için Uluslararası Adalet Divanı'na başvurması söz konusu olmayacaktı. Şu an itibariyle sıradan bir Belçika vatandaşının kendi ülkesindeki yetkili makama başvurması başlı başına alacağını güvence altına almak için yeterli olacaktır.

Süregelen tartışmalara rağmen Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç arasında imzalanan 1933 tarihinde İskandinav İflâs Antlaşması (Nordic Bankruptcy Convention)¹⁰ ve Avrupalı devletlerin onay eksikliği nedeniyle yürürlüğe girememiş olan Avrupa Konseyi'nin 1990 tarihli İstanbul Antlaşması¹¹ dışında ciddi bir girişime rastlanılmamaktadır.

1.2. Avrupa Birliği Sürecinde Aciz Usulü Tüzüğü'nün Gelişimi

Avrupa Birliği'nde uluslararası iflas çözümleri ve bu konuda bir konvansiyon hazırlığına yönelik çabalar, 1960'lı yıllara kadar uzanmaktadır. "Hukuki ve Ticari Konularda Milletlerarası Yetki, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konvansiyon"¹² olarak da bilinen Brüksel Konvansiyonu'nun yürürlüğe girdiği dönemde, iflasla ilgili ayrı bir konvansiyon düzenlenmesi düşünce aşamasında kalmıştır. Brüksel Konvansiyonu olarak da anılan 1968 tarihli "Hukukî ve Ticarî Konularda Milletlerarası Yetki, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konvansiyonun (Konvansiyon bugün 44/2001 sayılı Tüzük¹³ ile değiştirilmiş ve bu Konvansiyona "Brüksel Tüzük'ü" denilmektedir.) çalışmaları tamamlanmış ve iflas, konkordato ve tasfiye usullerine ilişkin hükümler net ifadelerle Konvansiyon dışında bırakılmıştır. Brüksel Tüzük'ü öncesinde, acizle ilgili konuların Tüzük kapsamı dışında tutulması nedeniyle Adalet Divanı, içtihatlarla bu alanda düzenleme çabasına girmiştir. *Gourdain Davası*¹⁴'ndaki olay ve konular tüzüğün kapsamı dışında olduğu şeklinde değerlendirilirken, Aynı Divan *German Graphic* davası¹⁵'ni Tüzük kapsamında yorumlanmıştır¹⁶.

1990'lı yıllarda konvansiyon tasarısı ortaya çıkmış ve 1995 yılında "Aciz Usulleri Hakkındaki Konvansiyon" Madrid'de imzaya açılmıştır. Ancak İngiltere'nin Konvansiyona taraf olmayacağını beyan etmesi nedeniyle Konvansiyon yürürlüğe girmemiştir¹⁷. Amsterdam Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra, bu Anlaşma'nın verdiği yetkiyle bu alanda bir tüzük düzenleme olasılığı doğmuştur.

¹⁰ Birleşmiş Milletler. (1933). 1933 Nordic Bankruptcy Convention. Erişim adresi

<<https://archives.ungeneva.org/enregistrements-de-cet-acte-552/download>> Erişim Tarihi: 27 Aralık 2023

¹¹ Avrupa Konseyi. (1990). Avrupa İflasın Bazı Uluslararası Yönleri Hakkında Konvansiyon (ETS No. 136) - İstanbul. Erişim adresi <https://www.coe.int/en/web/conventions/-/council-of-europe-european-convention-on-certain-international-aspects-of-bankruptcy-ets-no-136-translations>.

¹² (1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters /* Consolidated Version CF 498Y0126(01) */, 1968)

¹³ (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 2000)

¹⁴ Case C-133/78 - Gourdain v Nadler ECR [1979] 00733.

¹⁵ Case C-292/08 - German Graphics Graphische Maschinen [2009] I-08421.

¹⁶ Calster G van, *European Private International Law* (Second edition, Hart Publishing 2016) 42.

¹⁷ Ekşi- N and Budak C, 'Uluslararası Aciz Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü' (2003) 5 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41 < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754491> > Erişim Tarihi 7 Haziran 2020.

AB düzeyinde aciz hukuku düzenlemeleriyle ilgili ilk adım, 1346/2000 sayılı AB Aciz Usulü Tüzük'ü ile 29 Mayıs 2000 tarihinde atılmıştır. Bu tüzüğün ihtiyaç duyulmasının nedeni, iç pazarın birlik içindeki üye devletler arasında düzgün bir şekilde işlemesi gerekliliğidir.¹⁸ Ayrıca, alacaklıların "adli turizm"den korunması ve malvarlıklarının üye devletler arasında kaçırılmasından kaynaklanabilecek zararların önlenmesi amacıyla bu Tüzük hazırlanmıştır. Adli Turizm bir başka deyişle "Adli turizm," alacaklıları koruma ve malvarlıklarının kaçırılmasını önleme amacı doğrultusunda ele aldığı, borçluların daha elverişli hukuki düzenlemeleri arayarak malvarlıklarını başka üye devletlere taşıma eğilimini ifade eder. Tüzük'ün genel olarak başarılı olmasına rağmen, süreç içinde bazı eksiklikleri de görülmüştür. Bu bağlamda, 1346/2000 sayılı Tüzük'ün yerini alacak şekilde; şeffaflık, etkinlik ve grup şirketlerine yönelik düzenlemeleri içeren 848/2015 sayılı Tüzük, 26 Haziran 2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek biçimde hazırlanmıştır.¹⁹ 1346/2000 sayılı 47 madde içeren Tüzük, 848/2015 sayılı Tüzük ile beraber 92 madde içeren daha kapsamlı bir şekilde revize edilmiştir.

AB hukukundaki tüzükler, AB'nin tüm üye devletlerinde doğrudan uygulanabilir hukuki kaynaklardır. Tüzükler, üye devletler açısından tamamen bağlayıcı niteliğe sahiptir ve iç hukuka aktarma gerekliliği olmaksızın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanırlar. Bu nedenle, tüzükler ulusal hukukun bir parçası haline gelirler.²⁰

1.3. Tüzüğün Düzenleme Amacı

Avrupa Birliği, özgür, güvenli ve adil bir alan yaratmayı hedeflemiştir.²¹ Devletler özel hukukunun bir terimi olan Forum Shopping, mahkemeye başvuran tarafın kendi lehine en iyi sonucu alabileceği mahkemede dava açmasını ifade eder.²² Özellikle bu çok başlı sistemin kabulü, bütünleşmiş tek pazarın işleyişi açısından ve AB tarafından kabul edilemez niteliktedir.²³ Dolayısıyla insanların, eşyaların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının olduğu özgürlükler alanında bilinen bu dört özgürlük alacaklının aleyhine bir durum oluşturmamalıdır. Aciz halinde bulunan borçlunun rahatlıkla sermayesini bahsi geçen özgürlükler sayesinde hiçbir kısıtlama olmadan başka üye devlete aktarabildiği bir düzenin mevcudiyeti halinde, alacaklının mağduriyetini koruyacak ve ortak pazarın işleyişini sağlayacak bir düzenlemenin amaç edinilmesi çok anlaşılır bir durumdur.

¹⁸ Sekreterliği BABG, Avrupa Birliği Antlaşması (2011) Madde 81/2 <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2779>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020

¹⁹ GĂINA, V. and GĂINA, A.-M. 'The Cooperation and the Communication within the Procedures Concerning the Insolvency of the Group of Companies in Accordance with the Regulation (Eu) No. 848/2015 of the European Parliament and of the Council of 20Th of May 2015', (2018) Valahia University Law Study, <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&site=eds-live&db=lgs&AN=133022711> Erişim Tarihi 27 Haziran 2020

²⁰ Baykal S ve Göçmen İ, *Avrupa Birliği kurumsal hukuku* (2016) 347.

²¹ Sekreterliği BABG, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (2011) madde 67 <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2779>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020 Tüzük, Başlangıç 2. Paragraf.

²² Vedat Raşit Sevig, 'Milletlerarası Özel Hukuk alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı' (1997) C:LV İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 179.

²³ Tüzük, Başlangıç 5. Paragraf.

Avrupa Birliği, özgür, güvenli ve adil bir alan yaratmayı hedeflemiştir. Davacının en iyi sonucu alabileceği mahkemede dava açma pratiğine dayanan bu çok başlı sistem, entegre bir tek pazarın işleyişi açısından kabul edilemez niteliktedir ve AB tarafından benimsenmemelidir. Dolayısıyla insanların, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının olduğu özgürlükler alanında, bu durum alacaklılar aleyhine bir durum yaratmamalıdır. Borçlu, aciz halinde sermayesini hiçbir kısıtlama olmadan başka bir AB üye devlete aktarabildiği bir düzenin varlığı durumunda, alacaklıların mağduriyetini önlemek ve ortak pazarın işleyişini sağlamak amacıyla bir düzenleme yapılması anlamlı olacaktır.

2015/848 sayılı Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü, AB üye devletlerinin aciz usulü kurallarını birleştirmek yerine, devletler özel hukuku çerçevesinde bu kuralların yabancılik unsuruyla ilişkisini düzenlemeyi amaçlamaktadır.²⁴ Son olarak, 2015 yılında düzenlenen yeni Tüzük'ün en önemli farkı grup şirketlere ilişkin düzenlemeler içeriyor olmasıdır. 2021/2260 sayılı Tüzük ile Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü'nün (A) ve (B) ekleri bazı değişikliğe uğramıştır.²⁵ 2008 yılında özellikle Güney Avrupa üyelerinin karşılaştığı finansal krizde edinilen tecrübeler neticesinde, bir önceki tüzüğün aksine sadece işletmeyi tasfiye ederek alacaklıları tatmin etmekten ziyade acze sebep olan finansal sorunların aşılması için işletmelere ne şekilde imkanların sağlanabileceğine ve grup şirketlerin aciz halinde alacaklıların alacaklarına kavuşturulmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

2. Tüzüğün Kapsamı

2.1. Tüzüğün Kişiler Açısından Kapsamı

Tüzük'ün hangi kişileri kapsadığına ilişkin husus, öncelikle borçlunun hukuki statüsünün hangi hukuka göre belirlenmesi gerekliliğinin netleşmesiyle anlaşılacaktır. Genel prensip, aksi kararlaştırılmadığı durumlar hariç²⁶, borçlunun hukuki statüsünün aciz usulünün başlatıldığı ülkedeki hukuk kurallarına göre belirleneceğine ilişkindir. (lex concursus)²⁷

Tüzük'ün ekindeki (A) bölümünde, aciz usulünün uygulanacağı durumlar liste halinde belirtilmiştir. Devletler, aciz usulü tanımını açık bir şekilde beyan etmişlerdir. Bu aşamada, listede belirtilen usulün başlatıldığı ülkenin hukuku hangi kişilere uygulanıyorsa, Tüzük de uygulama alanı olarak bu kişilere uygulanacaktır.²⁸ Başka bir deyişle, üye devlette aciz usulüne ilişkin usulün muhatabı olarak kabul edilen kişi, Tüzük kapsamında borçlu olarak değerlendirilecektir. Söz konusu Tüzük'ün (A) bölümü 2021 yılında tekrar bir değişikliğe uğramıştır.²⁹

Madde 7/1'deki genel tanıma ek olarak, özellikle madde 1 2. paragrafta tüzüğün uygulanmayacağı kişiler belirtilmiştir. Buna göre, sigorta teşebbüsleri, kredi kuruluşları,

²⁴ Viorel Gaina Alexandru-Mihnea Gaina (N 13) 93.

²⁵ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi. (2021). Avrupa Birliği'nin 15 Aralık 2021 tarihli ve 2021/2260 sayılı Tüzüğü, 2015/848 sayılı iflas işlemlerine ilişkin Tüzüğün Ek A ve B'sini değiştirmektedir. Avrupa Birliği Resmi Gazete L 455, 20.12.2021, sayfa 4–14. Erişim adresi:< <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/2260/oj>>

²⁶ Tüzük md 7/1.

²⁷ Tüzük md 7/2.

²⁸ Tüzük md 1/1.

²⁹ ("EUR-Lex - 32021R2260 - EN - EUR-Lex", t.y.)

24/2001 sayılı Tüzük'ün kapsamına giren yatırım şirketleri ve diğer şirketler, kuruluşlar ve girişimlerin yanı sıra toplu yatırım teşebbüsleri tüzüğün kapsamı dışında bırakılmışlardır.³⁰

2.2. Tüzüğün Yer Bakımından Kapsamı

Danimarka, Tüzük çerçevesinde Avrupa Birliği devletleriyle herhangi bir adli iş birliği içerisinde olmadığı gibi, Tüzük AB üyesi olan Danimarka'ya uygulanamayacaktır.³¹ Tüzüğün giriş kısmınının 88. paragrafında belirtildiği üzere, Danimarka, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 22 sayılı ek Protokolün 1 ve 2. Maddelerinde belirtilen statüsü nedeniyle bu anlaşmanın uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, tüzüğün uygulanabilirliği açısından Danimarka üçüncü ülke olarak kabul edilmektedir.

2.3. Tüzüğün Zaman Bakımından Uygulanması

Tüzük 20 Mayıs 2015 tarihinde onaylanmış olmakla birlikte, genel olarak 26 Haziran 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzük'te yer alan yürürlük tarihine ilişkin düzenlemelere göre, 86. madde (ulusal ve birlik hukuku hakkında bilgi edinmeye ilişkin yayınların hazırlanması hakkında), madde 24(1)(Aciz kayıt kurumu hakkında) 2 Haziran 2016'dan tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Ayrıca, 25. madde (aciz kayıt kurumlarının arasındaki iletişim hakkında) için 26 Haziran 2019 yürürlük tarihi olarak belirlenmiştir.³²

3. Ana Aciz Usullerine İlişkin Kurallar

3.1. Esas Menfaat Merkezi Kuralı

Borçlunun esas menfaat merkezi (EMM)" İngilizce adıyla "*Centre of Main Interests*" (COMI) AB Tüzüğü'ne göre ele alınan bir kavramdır. Bu, bir iflas durumunda, hangi ülkenin hukukunun ana dava için yetkili olduğunu belirler. Aynı zamanda, bu tüzükte yer alan kurallar çerçevesinde yabancı iflas kararlarının tanınmasında da kritik bir role sahiptir.³³ Bu şekilde, (EMM), iflas işlemlerinde ve kararlarının uluslararası alanda tanınmasında temel bir faktördür. Esas menfaat merkezi (EMM) kavramının, borçlunun menfaatlerinin bulunduğu yer olarak değil bu menfaatlerin idare edildiği yer olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Menfaat kavramı bir genel kavram olmakla birlikte bu kavramın ekonomik faaliyetler olarak dikkate alınması önemlidir. Ekonomik faaliyetlerin yönetim ve kontrolü ancak bir idare yoluyla mümkün olabilecektir. Bu noktada, menfaatlerin idare edildiği yer olan EMM'den borçlunun faaliyetinin bulunduğu yer olduğu anlaşılması gerekmektedir. Bu faaliyetler çerçevesinde borçlunun mesleğini veya malvarlığını idare ettiği yer de EMM olarak kabul edilir.³⁴ Başlangıçta EMM kavramsal bir ilke olarak değerlendirilmiş ve açık tanımı yapılmamıştır.

³⁰ Tüzük md 1/2

³¹ Tüzük Başlangıç 88. Paragraf, Melchior J, Jeanette Melchio, '*IBA Stockholm 19 May 2008 Denmark on Cross-Border Insolvency and Other Matters*' <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D2191D12-39F1-43DD-B23C-3E448BF902F8>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.

³² Tüzük Madde 92.

³³ Gölçüklü İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas Uyuşmazlıklarının Çözümü* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 40.

³⁴ Yeşilirmak Ali, *Uluslararası Hukukta İflas* (On iki Levha Yayıncılık 2011) 109.

EMM kuralına ilişkin olarak yapılan ilk atıf yürürlükten kaldırılan 1346/2000 sayılı Tüzük'te başlangıç bölümünde ve 13. paragraftadır. Tüzüğün 13. paragrafı “*Esas menfaat merkezi’ borçlunun düzenli olarak kendi menfaatlerinin idaresini gerçekleştirdiği yere tekabül eder ve böylece üçüncü şahıslar tarafından belirlenebilir.*” ifadelerini kullanmıştır. Ancak EMM tanımı açık olarak Tüzük'te yapılmamıştır.³⁵ EMM'ye ilişkin bu tanımın yeterli niteliğe sahip olmaması sonucunda forum shopping riskini doğurmaktadır. Özellikle grup şirket davalarında yanlış uygulamalarla karşılaşılması açısından tehlike arz etmektedir.³⁶

Nitekim, 1346/2000 sayılı tüzüğün uygulanması sırasında İngiltere'nin içtihatları, EMM'nin yorumlanmasında farklı bir bakış açısı geliştirmiştir.³⁷ Karine olarak EMM borçlu şirketin tescil edildiği yer hukuku kabul edilirken İngiltere, grup şirketlerde kontrolün ve yönetimin olduğu yerin EMM olduğuna ilişkin içtihatlar geliştirerek görülen davalarda EMM'nin İngiltere olduğuna karar vermiş ve bu yorumu “Yönetimin Akli” kriteri olarak adlandırmıştır.³⁸ EMM ve Forum Shopping arasındaki bu çekişmeli durum, 1346/2000'deki EMM tanımının yetersiz kalmış olmasından kaynaklı olarak, ulusal mahkemelerin aciz usulünün açılmasındaki yetkili yerin kendileri olduğuna ilişkin eğilimine yol açmıştır.

Aciz usullerine ilişkin kurallar, aynı zamanda devletin cebri icra yetkisinin uygulandığı bir alan olarak kamu düzenine ilişkin özgün bir karakter taşımaktadır. Devletin güç ve yetkisinin ifadesi olan cebri icra, devletler tarafından aynı zamanda egemenliklerinin bir göstergesi olarak da değerlendirilmektedir. Bu nedenle, devletler bu yetkiyi başka devletlerle paylaşmaktan kaçınma eğilimindedirler.³⁹

Dolayısıyla 13 yıl boyunca yürürlükte olan 1346/2000 sayılı tüzüğün EMM konusunda ortaya çıkardığı tartışmalar ve üye devlet mahkemelerinin cebri icra yetkisini paylaşmasındaki çekinceler neticesinde EMM kavramı, 848/2015 sayılı tüzüğün 3. Maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Aksi ispatlanmadığı takdirde, EMM şirketin veya müteşebbisin tescil edildiği yer, şahıs için serbest mesleğinin veya profesyonel faaliyetinin gerçekleştiği yer veya diğer gerçek kişilerin ikamet adresidir.⁴⁰ EMM'nin belirlenmesindeki önem, ana aciz usulünün başlatıldığı yerdeki kuralların hangi usule göre uygulanacağını belirlenmesi meselesidir. Tüzük'ün 4. Maddesiyle birlikte aciz usulünün açıldığı üye devlet mahkemelerine re'sen EMM kriteri açısından yetki incelemesi görevi verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre aciz usulünün

³⁵ Mangano, Renato. “The Puzzle of the New European COMI Rules: Rethinking COMI in the Age of Multinational, Digital and Glocal Enterprises.” *European Business Organization Law Review*, vol. 20, no. 4, Dec. 2019, pp. 779–800. DOI.org (Crossref), doi:10.1007/s40804-019-00141-3.

³⁶ Kostoula, Theodora. *Cross-Border Insolvency of Groups of Companies under the EU Regulation 2015/848*. May 2018. repository.ihu.edu.gr, https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/handle/11544/29091.

³⁷ Bewick, Samantha. “The EU Insolvency Regulation, Revisited: The EU Insolvency Regulation.” *International Insolvency Review*, vol. 24, no. 3, 2015, pp. 172–91. DOI.org (Crossref), doi:10.1002/iir.1240

³⁸ Bewick S, (176)

³⁹ Önal A, ‘Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu’ (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2881 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588556> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020

⁴⁰ Tüzük madde 3 fıkra 1.

mahkemeye başvurmadan açıldığı hallerde de usul memurunun EMM kriterini inceleme yetkisi vardır.

AB Tüzük'ü madde 3/f.1, b.1 uyarınca “ana iflas davası” (*main insolvency proceedings*), borçlunun esas menfaat merkezinin bulunduğu ülkedeki yargılamayı ifade etmekte olup, EMM (COMI) ülkesindeki iflas süreci, “ana iflas / ana aciz usulü” olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁴¹ Bir başka deyişle, borçlunun esas menfaat merkezinin bulunduğu yerde işleme konulacak olan aciz usulü, ana aciz usulü olacaktır (madde 3/1). Tüzük'ün benimsediği uyarlanmış evrensellik sistemi içinde, sınır aşan aciz usullerinde borçlunun varlıklarının tasfiyesinde tek bir aciz usulünün yeterli olmayabileceği öngörülmüş (Madde 3/2). ve bu nedenle, borçlunun aciz usulünü işleme koymadan önce, üç aydan beri işletmekte olduğu işletmenin bulunduğu yerde yan aciz usulünün işleme konulmasına izin verilmiştir (Madde 38/3). Bununla birlikte, ana aciz usulünün işleme konulması için gerekli şartların sağlanmaması durumunda, yerel alacaklıların mağduriyetini önlemek amacıyla yerel aciz usulünün işleme konulması da mümkündür. (Madde 3/4).⁴² Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında ana aciz usulü, yan aciz usulü ve yerel aciz usulü olarak 3 farklı tip mevcuttur.

4. Aciz Usulünün Tanınması

4.1. AB'ye Üye Ülkeler Açısından Tanıma

Bir üye devlet mahkemesinde aciz usulünün açılmasına ilişkin verilmiş bir ilamın diğer ülkede etkisinin olup olmaması bir devletler özel hukuku meselesidir. Brüksel Tüzük'ünde, ilamların tanıma ve tenfiziyile ilgili olarak aciz usullerine ilişkin ilamların kapsam dışında bırakılmış olmasından kaynaklı olarak, bu konudaki düzenlemenin ayrı bir şekilde acize ilişkin Tüzük'te yapılmış olması oldukça anlaşılır bir durumdur.

Üye devletlerin aciz usulünün tanınmasına ilişkin varmış oldukları ortak kural, aciz usulünün açılmasına ilişkin olarak verilmiş bir ilamın varlığı halinde bu ilamın diğer devletlerce kendiliğinden tanınması ve etki doğurmasıdır. Ancak ilamın verildiği mahkemenin EMM'ye göre yetkili olması kendiliğinden tanıma için bir diğer şarttır.⁴³ Başka bir deyişle, EMM'nin Almanya olması durumunda yetkili Alman Mahkemesi'nin vermiş olduğu iflas kararı, Danimarka hariç tüm üye ülkelerde kendiliğinden tanınmış olacaktır. Danimarka tüzüğü taraf olmaması nedeniyle aynen Türkiye gibi üçüncü bir ülke olarak değerlendirilecektir.

Tanımanın her koşulda mümkün olmayacağı tüzüğün 33. Maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre ilamın üye devletin kamu düzenine, yerleşik ilkelerine veya anayasal hak ve bireysel özgürlüklere aykırı niteliği bulunuyorsa bu ilam üye devlet tarafından reddedilebilir.

⁴¹ Gölçüklü İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas Uyuşmazlıklarının Çözümü* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 41.

⁴² Çetin E, 'Yabancılaşma unsuru taşıyan iflas işlemlerinde uygulanacak hukuk ve mahkemenin yetkisi' <<http://dspace.marmara.edu.tr/xmlui/handle/11424/38640>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020

⁴³ Tüzük Madde 19.

4.2. Türkiye Cumhuriyeti Açısından Tenfizi

Hiç şüphesiz ki, AB'ye üye devlet mahkemeleri tarafından alınmış aciz usulüne ilişkin bir ilam, Türkiye açısından bir etki göstermeyecektir. Burada kısaca değinilmesi gereken husus Türkiye'de Tüzük kapsamında verilmiş olan kararların Türkiye'de nasıl etki doğuracağıdır. Öncelikle İcra ve İflas Kanunu 154. madde iflasa ilişkin yetkiyi belirlemiştir: “İflas yoluyla takipte yetkili merci, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu mahaldeki icra dairesidir. Merkezleri yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında yetkili merci, Türkiye'deki şubenin, birden ziyade şubenin bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra dairesidir.”

Ayrıca İİK' da düzenlenmiş diğer bir aciz usulü olan konkordato ile sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması açısından da yetkiye ilişkin olarak İİK 285. de 154. maddeye atıf yapılmış ve aynı yetki kuralarının uygulanacağı düzenlenmiştir.⁴⁴ Söz konusu yetki kurallarını dikkate alan görüş, iflas veya konkordatoya ilişkin ilamların tenfizinin Türkiye'de mümkün olmadığını kabul etmektedir. Hükümün düzenlediği münhasır yetkiye ilişkin olarak tenfiz engeli oluşturmasının yanında ayrıca işlem merkezi açısından hüküm Türkiye'de bulunmayan borçlular açısından verilmiş olan iflas kararları açısından da tenfiz engelliyle karşılaşacaktır.⁴⁵

Diğer bir görüşse, cebri icra yetkisinin kamu düzenine ilişkin durumunu ön plana çıkararak tenfize karşı çıkmaktadır. Ayrıca MÖHUK 54. Maddesinde aranan kesinleşme şartını aciz usulüne ilişkin ilamların karşılamaması nedeniyle de tenfizin gerçekleştirilemeyeceğini savunan bir başka görüş de mevcuttur.⁴⁶ Bu görüşler dikkate alındığında AB'ye üye devlet mahkemelerinden alınan bir ilamın Türkiye'de bir etkisinin olmadığı anlaşılmaktadır. İlamın tenfizinin de ayrıca ilamın verildiği üye devlet ile Türkiye arasında iflasın tenfizine ilişkin ayrı bir uluslararası anlaşma olmadıkça⁴⁷ mümkün olmadığı görülmektedir.

Türkiye ile ikinci bir devlet arasında iflasın icrasına ilişkin bir anlaşma söz konusu olmadığı gibi eğer söz konusu ikinci devlet, Türk Mahkemelerince verilen iflas kararlarının icrasını gerçekleştirmekteyse icra bakımından fiili müteakiliyetin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda, yabancı iflas kararının icrasının Türkiye'de icrasının mümkün olabileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca Türkiye'nin diğer devletlerle yapmış olduğu adli yardımlaşmaya ilişkin anlaşmalar çerçevesinde borçlunun istinabe yoluyla mallarına haciz koyulabileceğini ve iflasın taraf devletlerce icra edilebileceği belirtilmektedir.⁴⁸

⁴⁴ İcra ve İflas Kanunu Madde 285'de adi konkordato başlığı altında düzenlenen yetki hususu 154. Maddeye atıf yapılarak düzenlenmiştir. “Yetkili ve görevli mahkeme; iflâsa tabi olan borçlu için 154'üncü maddenin birinci veya ikinci fıkralarında yazılı yerdeki, iflâsa tabi olmayan borçlu için yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesidir.”

⁴⁵ Güngör GG, *Milletlerarası özel hukukta iflas*. (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997) 182.

⁴⁶ Önal A (28) 2897.

⁴⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2000/6226, K. 2001/1617, T. 1.3.2001 “Ancak yabancı iflâs kararının iflâsa karar verilen ülke ile Türkiye arasında anlaşma bulunması veya MÖHUK.'nun 34 ve 41'inci maddelerindeki koşulların bulunması halinde iflâs kararına Türkiye'de etki tanınması istenebilir.”ifadesi.

⁴⁸ Prof. Dr. Baki Kuru, *İflas ve Konkordato Hukuku*, Tıpkı Basım (Evrin Basım Yayın Dağıtım 1988), 548.

4.3. Uygulanacak Hukuk

Aciz usulüne uygulanacak hukuk Tüzük'te 7. Maddenin 1. Fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe genel kural olarak aciz usulünün başlatıldığı ülkenin hukukunun (*lex concursus*) uygulanacak hukuk olduğuna yöneliktir.

Uygulanacak hukukta istisnai hükümlerinin düzenlenmesi, üye devletlerin kamu düzeni ve maddi hakları dikkate alındığında bir zorunluluk haline gelmektedir. Üçüncü kişilerin aynı hakları, takas, mülkiyeti muhafaza kaydı, derdest davalar ve tahkim yargılamaları, üçüncü kişilerin iktisapları uyuşmazlık konusu olduğu takdirde uygulanacak hukuk genel kuralın dışında değerlendirilecektir. Bunlar Aciz Usulünün başlatıldığı hallerde uygulanacak hukuka ilişkin istisnai düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir.⁴⁹ Bu genel kuralın dışındaki istisnai haller, başka bir deyişle *lex concursus*'un istisnalarına da değinmek gereklidir.

Aciz usulünün açılmasıyla birlikte alacaklı ve üçüncü kişilerin aynı haklarına uygulanacak hukuk etkilenmeyecektir. Aynı haklara konu mallar, üye devlette bulunan maddi ve gayri maddi, taşınır ve taşınmaz malları -ki bu mallar münferit mallar şeklinde olabileceği gibi- zaman içinde değişen bir mal topluluğu şeklinde de olabilir.⁵⁰ Ayrıca aynı hakları şu şekilde tanımlar: (a) haciz veya ipotek yoluyla varlıkları elden çıkarma ve gelir elde etme hakkı; (b) Alacakların karşılanmasına yönelik münhasır hak, özellikle haciz veya teminat altına alınma yoluyla; (c) Hak sahibinin onayı olmaksızın malı elinde bulunduranlara karşı iade veya geri alma hakkı; (d) Varlıkların faydalı kullanımı için aynı hak.⁵¹ Aynı haklar, kamu siciline tescil ve üçüncü şahıslara karşı icra edilebilir olmaları halinde geçerlidir. Bu hükümler, geçersizlik, hükümsüzlük veya icra edilemezlik iddialarına bir engel teşkil etmez.⁵²

Borçlunun alacağıın bulunduğu hukuk, takası mümkün kılıyorsa bu durumda takas imkânı etkilenmeyecektir.⁵³ Malın bedelinin tamamının ödenmesiyle birlikte malın devrini içeren sözleşme olan muhafaza kaydı da *lex concursus*'un istisnasını oluşturmaktadır.⁵⁴ Bir taşınmaz alımı veyahut kullanımına ilişkin sözleşmelere taşınmazın bulunduğu üye devlet hukuku uygulanır.⁵⁵

Ayrıca aciz usulünün bir ödeme veya takas sisteminin ya da bir finans piyasasının tarafı olan kişilerin hakları ve borçları üzerindeki etkisi, münhasıran o sistem veya piyasanın tabii olduğu üye devletin hukukuna tabidir.⁵⁶ İş sözleşmelerine, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk tatbik edilir.⁵⁷ Borçlunun resmi sicile tescili gereken taşınmaz mülkiyeti, gemi ve uçaklar üzerindeki hakları resmi sicili tutan üye devletin hukuku⁵⁸ ve Avrupa patentleri, topluluk

⁴⁹ Tüzük Başlangıç 22.

⁵⁰ Tüzük md 8 / f. 1.

⁵¹ Tüzük md 8 / f. 2.

⁵² Tüzük md 8 / f. 3.

⁵³ Tüzük md 9 / 1.

⁵⁴ Tüzük Md. 10.

⁵⁵ Tüzük Md. 11.

⁵⁶ Tüzük Md. 12.

⁵⁷ Tüzük Md. 13.

⁵⁸ Tüzük Md. 14.

markaları ve topluluk hukukuna da tesis edilen benzer diğer haklara borçlunun EMM yeri hukuku uygulanacaktır.⁵⁹

Aciz usulünün açılması ve yürütülmesi sırasında borçluların alacaklılara zarar vermek amacıyla malvarlıklarını azaltıcı tasarruflarda bulunması durumunda bu tasarrufların iptaline genel kural olarak lex concursus uygulanır.⁶⁰ Tüzüğün 16. Maddesi bu genel kurala istisna getirmiştir. Bu istisnai hükmün uygulanabilmesi için borçlunun iki şartı ispat etmesi gerekmektedir. Eğer iptale konu olan tasarruf işlemi usulün açıldığı devletten başka bir üye devletin hukukuna tabiyse ve bu devletin hukuku işlem aleyhine yasal başvuru hakkı tanımıyorsa bu durumda borçluya lex concursus uygulanamayacaktır.

Tüzük'te, borçlunun aciz durumunu bilmeyen, iyi niyetli üçüncü kişinin borçludan taşınır mal satın alması durumunda korunması amaçlanmıştır. Tüzüğün 17. maddesi uyarınca, borçlunun ivazlı olarak bir taşınmaz mal, resmi bir sicile tescili gereken gemi veya uçak veya kanun uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan menkul kıymetler üzerinde tasarruf etmesi halinde, yapılan işlemin geçerliliği, taşınmazın ülkesi içinde bulunduğu veya resmi sicili tutmak yetkisine sahip olan üye devletin hukukuna tabi olacaktır.

Tüzük'ün lex concursus kapsamı dışında tuttuğu son istisna ise aciz usulünün başlatılması durumunda görülen dava ve tahkim yargılamalarına ilişkin etkidir. Tüzüğün 18. maddesi, görülen dava ve tahkim yargılamaları borçlunun aciz halindeki masaya dahil olan malvarlığına veya hakka ilişkinse bu durumda davaya veya tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk bunların görüldüğü üye devletin hukuku olacaktır.

5. Yan Aciz Usulü

5.1. Yan Aciz Usulünün Açılması

Birden fazla üye devlette borçluya ait malvarlığı ve işletme bulunması halinde ana aciz usulünün tek başına yetersiz kaldığı görülebilmektedir. EMM'de açılan aciz usulünün bazı durumlarda alacaklıları mağdur etmesi söz konusudur. Bu sebeple, Tüzük, ana aciz usulüyle eşgüdüm içinde işleyecek olan yan aciz usulünün de işlemesine olanak tanımıştır. Yan aciz usulünün borçlunun mal varlığının bulunduğu üye devlette ana aciz usulüyle koordineli bir şekilde çalışması Avrupa Birliği bütünlüğü açısından önem taşımaktadır.⁶¹

Yan aciz usulünün açılması, ana aciz usulünü yöneten usul memuru tarafından veya yan aciz usulünün uygulandığı devlette talep hakkı olan kişilerce istenebilecektir. İlgili düzenleme hiçbir şekilde borçlunun bir üye devletteki malvarlığı yerindeki aciz usulünün başlatılması talep hakkını kısıtlamayacaktır.⁶² Yan usulün açılmasına ilişkin masraflar borçlunun malvarlığından karşılanamaması durumunda başvuran tarafından ön ödeme veyahut bir güvence sunma yoluyla mahkeme tarafından başvurucağı istenebilecektir.⁶³

⁵⁹ Tüzük Md. 15.

⁶⁰ Tüzük m.8/4, m.9/2 ve m.7/3.

⁶¹ Tüzük Başlangıç paragraf 23.

⁶² Tüzük Paragraf 38.

⁶³ Tüzük Madde 40.

Yan aciz usulünün açıldığı üye devlet mahkemesi, yetki açısından madde 3/2 'deki kriter yani borçlunun işletmesinin son 3 ayda işlettiği yer niteliğine göre usulü başlatabilir.⁶⁴ Yan aciz usulüne, usulün açıldığı üye devletin hukuku uygulanır.⁶⁵ Yan aciz usulünün açılmasının önüne geçebilmek bazı şartlarda mümkündür. Eğer borçlu yerel alacaklıları tatmin edecek şekilde bir teminat gösterir ve yerel alacaklıların büyük çoğunluğunun onayladığı bir karar⁶⁶ alabilirse bu durumda yan aciz usulünün başlatılmasının önüne geçilebilir.⁶⁷

Ayrıca, 1346/2000 sayılı tüzüğün düzenlemesinin aksine yeni Tüzük'te yan aciz usulü sadece tasfiyeye ilişkin olarak sınırlı tutulmamıştır.

5.2. Üye Devletler Arası İş Birliği

Yan aciz usulünün açılmasıyla birlikte üye devletler arasındaki ilgili mahkemeler ve kuruluşların alacaklılarına ilişkin menfaatini korumayı hedefleyen iş birliğine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. 1346/2000 sayılı Tüzük'e kıyasen Yeni Tüzük'te iletişim araçlarının ve internet kullanımının yaygınlaşması neticesinde kurumlar arası iş birliğinin uygun maliyetli ve daha pratik yürütülmesi amaçlanmıştır.

Bu çerçevede öncelikle üye devletlere aciz kayıt kurumu kurulması zorunluluğu getirilmiştir.⁶⁸ Hali hazırda bu kurumlar tüm üye devletlerde faaliyet göstermektedir. Üye devletlerdeki aciz kayıt kurumları Avrupa Birliği'nin E-Adalet Portalına (European e-Justice Portal) ilişkin web sitesinde detaylarıyla açıklanmaktadır. Her üye devletin aciz kayıt kurumlarını Adalet Portal sistemine entegre etmiştir.⁶⁹ Nitekim, AB komisyonunun aciz kayıt kurumları arasındaki bağlantıyı kurabilecekleri bir sistemin oluşturması yükümlülüğü ve bu sistemin birliğin resmi dilleriyle belge aramayı sağlaması gerekliliği Tüzük'te belirtilmiştir. Yine aynı hükümde elektronik olarak erişim noktasının oluşturulması gerekliliğine ve buna AB E-Adalet Portalının (European e-Justice Portal) entegre olması önemi üzerinde durulmuştur. Tüzük çerçevesinde kurulmuş olan aciz kayıt kurumlarının bir aciz usulü başlatmaları halinde yapacağı yayınların içermesi gereken bilgiler aşağıdaki gibidir⁷⁰:

- a. Aciz usulünün açıldığı tarih
- b. Aciz usulünün açılmasına karar veren mahkemenin adı ve davanın numarası
- c. Aciz Usulünün tipi (ana aciz usulü, yan aciz usulü veya yerel aciz usulü)
- d. Tüzüğün 3. Maddesi gereğince mahkemeni yetkisinin hangi fıkraya dayandığı
- e. Borçlu tüzel kişi şirket ise adı, tescil numarası, tescil edilmiş yerleşim yeri
- f. Borçlunun şirket veya tüzel kişi olmadığı durumlarda borçlunun posta adresi

⁶⁴ Tüzük Madde 34.

⁶⁵ Tüzük Madde 35.

⁶⁶ Tüzük Paragraf 42.

⁶⁷ Tüzük Madde 38/2

⁶⁸ Tüzük Madde 24/1.

⁶⁹ ("European e-Justice Portal - Bankruptcy and insolvency registers", t.y.)

<https://e-justice.europa.eu/110/EN/bankruptcy_and_insolvency_registers> Erişim Tarihi 27 Aralık 2023.

⁷⁰ Tüzük Madde 25/1

- g. Bir aciz usulüne ilişkin çalışan memurunun atanması durumunda memurun adı, posta veya e-posta adresi
- h. Alacakların kaydı için belirlenmiş süre, mümkün olması durumunda bu sürenin hesaplanmasındaki referans alınan hususlar
- i. Aciz usulünün kapanacağı tarihin belirli olması halinde söz konusu tarih
- j. Aciz usulünün açılmasına ilişkin itirazın hangi mahkemede yapılacağı

Ayrıca üye devletler arasında atanmış usul memurları açısından da iletişim halinde olmak ve iş birliği içerisinde bulunmak zorunluluk teşkil etmektedir. Nitekim, Tüzük'ün 41. Maddesi (i) usul memurlarının mümkün olduğunca birbirlerini yürütülen usuller konusunda bilgilendirmesini, (ii) borcun yeniden yapılandırma olanağı söz konusuysa bu konuda koordine olarak yeni bir yapılandırmanın uygulanabileceği imkanları araştırmalarını ve (iii) borçlunun mallarının idaresine ilişkin hususların koordine etmeleri gerekliliğini düzenlemiştir.

Tüzük'ün 42. Maddesinde mahkemeler arasındaki iş birliği konusu hükme bağlanmıştır. Bazı durumlarda ana, yan, yerel aciz usullerinin aynı borçluya yöneldiği durumlarda koordinasyonun daha kolay yürütülmesi adına mahkemelerin bir bağımsız kişiyi veya bir kurumu atayabileceği ve mahkemelerin eğer birbirinden bağımsız şekilde aciz usullerine ilişkin taleplerle karşılaşması durumunda aciz usullerine uygulanacak hukuk kuralları üzerinde bu şekilde çözüm bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Mahkemeler veyahut atanacak kişi veya kurum doğrudan kendi adlarına birbirlerinden bilgi veya yardım talebinde bulunabilirler.

5.3. Grup Şirketler

Tüzük'ün en önemli yeni düzenlemelerinden biri de grup şirketlere ilişkindir. 1346/2000 sayılı Tüzük'te bu kapsamda bir düzenleme söz konusu değildir. Yeni Tüzük'te grup şirket tanımı Tüzük'ün 2. maddesi 13. ve 14. paragrafında yapılmıştır. Bu hükümlere göre, grup şirket ana ve yan işletmeler anlamına gelmektedir. Ana işletmenin tanımı ise doğrudan veya dolaylı bir şekilde bir ve daha fazla yan şirketi kontrol eden işletme olarak yapılmıştır. 14. paragrafa göre ana şirketin 2013/34/EU sayılı direktif kapsamında değerlendirilmesi gerekliliği belirtilmiştir.

İlgili maddedeki “doğrudan” veya “dolaylı” ifadeleriyle grup şirketinin tanımının çok geniş kapsamda değerlendirildiği anlaşılmaktadır.⁷¹

Yeni düzenlemeler dikkate alındığında özellikle grup şirketlerin iflasına yönelik mahkemeler arasındaki iş birliğinin artırılarak iletişim ve koordinasyonun ön plana çıkarıldığı görülmektedir.⁷² Birden çok bağlı şirketin bulunduğu durumlarda birden çok aciz usulünün başlatılmasından kaynaklanan maliyet dikkate alındığında grup şirketlere ilişkin olarak yeni bir düzenlemenin yapılması anlaşılır bir konudur.

⁷¹ Alexandre Soveral Martins, 'Groups of Companies in the Recast European Insolvency Regulation: Around and about the "Group"' (2019) 28 International Insolvency Review 354

<<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/iir.1354>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2020.

⁷² Çetin E (N 30)

SONUÇ

1346/2000 sayılı Tüzük'ün 13 sene boyunca yürürlükte bulunması süresince özellikle esas menfaat merkezi noktasında yaşanan tartışmalara yeni bir Tüzük hazırlanmasıyla son verilmek istenilmiştir. İncelemenin yapıldığı sıradaki tartışmalar dikkate alındığında EEM kuralına ilişkin tartışmaların hala devam ettiği görülmektedir. Devletlerin egemenlik yetkilerinin paylaşılması konusundaki vermiş olduğu refleksel kararların önüne geçilmesine ilişkin olarak yeterince bir çözüm bulunamadığı gözlemlenmektedir. Düzenlemelerin devletler özel hukuku gözetilerek yapıldığı dikkate alındığında AB içerisindeki kompleks hukuki yapı göze çarpmaktadır.

Nitekim, Brexit süreci içerisinde İngiltere'nin çıkış haritası üzerinde uzun zaman mutabık kalamamasının nedenlerinden bir tanesi de AB hukukunun bu kompleks yapısıdır. Dolayısıyla Tüzük'ün incelenmesi sadece aciz usullerinin AB içerisinde yürütülmesi açısından değil aynı zaman da ayrılma süreci de dikkate alınarak yapılmalıdır.

Tüzükte iletişim araçlarındaki gelişmeler nedeniyle yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş ve bu düzenlemeler çerçevesinde üye devletler arasındaki iş birliğinin geliştirilmesi hedeflenmiştir. Yeknesak bir aciz usulü kurallarının düzenlenmesi konusunda üye devletler açısından bir talep söz konusu olmayacağı müddetçe uygulanacak hukuk hususuna ilişkin olarak genel kaideye olan istisnaların zaman içerisinde daha da artması gündeme gelecektir. Ayrıca aciz usulünün açılmasıyla birlikte diğer üye devletlerde kendiliğinden tanınmanın kamu düzeninin ihlali gibi hallerde istisna oluşturması, üye devletler tarafından suiistimale açık bir şekilde yorumlanabilmektedir.

Sonuç itibarıyla, işlevsel bir tek pazarı hedef alan AB'nin ilgili düzenlemeyle üye devletlerdeki alacaklıların mağduriyetini önlemeyi amaçlaması neticesinde Tüzük, grup şirketlere ilişkin yeni hükümlere de yer vererek daha güçlü bir hale getirilmiş ve günümüzde de başarılı bir şekilde uygulanmaktadır.

KAYNAKÇA

Anderson K, 'The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience' (2000) 21 University of Pennsylvania Journal of International Law 679 <<https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol21/iss4/1>> accessed 7 July 2020

Aniruddha Rajput, 'Cross-Border Insolvency and International Investment Law' (2019) 16 Manchester Journal of International Economic Law 341

Baykal S and Göçmen İ, Avrupa Birliği kurumsal hukuku (2016)

Bewick S, 'The EU Insolvency Regulation, Revisited: The EU Insolvency Regulation' (2015) 24 International Insolvency Review 172 <<http://doi.wiley.com/10.1002/iir.1240>> accessed 10 July 2020

C:LV İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 179.

Calster G van, European Private International Law (Second edition, Hart Publishing 2016)

Case C-133/78 - Gourdain v Nadler ECR [1979] 00733

Case C-292/08 - German Graphics Graphische Maschinen [2009] I-08421

Çetin E, ‘Yabancılaşık unsur taşıyan iflas işlemlerinde uygulanacak hukuk ve mahkemenin yetkisi’ <<http://dspace.marmara.edu.tr/xmlui/handle/11424/38640>> accessed 10 July 2020

Doç. Dr. Ali Yeşilirmak, Uluslararası Hukukta İflas (1. baskı, Oniki levha Yayıncılık 2011)

Ekşi- N and Budak C, ‘Uluslararası Aciz Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü’ (2003) 5 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41 <<https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/587618>> accessed 7 July 2020

GĂINĂ, V. and GĂINĂ, A.-M. ‘The Cooperation and the Communication within the Procedures Concerning the Insolvency of the Group of Companies in Accordance with the Regulation (Eu) No. 848/2015 of the European Parliament and of the Council of 20Th of May 2015’, (2018) Valahia University Law Study, <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&site=eds->

Güngör GG, Milletlerarası özel hukukta iflas. (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997)

Graham D, ‘The Insolvent Italian Banks of Medieval London: Part I’ (2000) 9 International Insolvency Review 147 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/1099-1107%28200022%299%3A2%3C147%3A%3AAID-IIR70%3E3.0.CO%3B2-7>>

İsraël J, European Cross-Border Insolvency Regulation: A Study of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings in the Light of a Paradigm of Co-Operation and a Comitatus Europaea (Intersentia 2005) <<https://books.google.com.tr/books?id=sMK9Z3y3k6QC>>

Jeanette Melchio, ‘IBA Stockholm 19 May 2008 Denmark on Cross-Border Insolvency and Other Matters’ <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D2191D12-39F1-43DD-B23C-3E448BF902F8>> accessed 10 July 2020

Konsey Tüzük (AT) 2015/848 Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi’nin Aciz Usulü Prosedürü Hakkında [2015] RG L141/19

Kostoula, Theodora, ‘Cross-Border Insolvency of Groups of Companies under the EU Regulation 2015/848’ <<http://hdl.handle.net/11544/29091>>

Levinthal LE, *The Early History of Bankruptcy Law* (Creative Media Partners, LLC 2018) <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7663&context=penn_law_review> accessed 7 July 2020

Prof. Dr. Baki Kuru, İflas ve Konkordato Hukuku, vol Tıpkı Basım (Evrım Basım Yayın Dağıtım 1988)

Sekreterliği BABG, Avrupa Birliği Antlaşması (2011) <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2779>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020

Sekreterliği BABG, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (2011) <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2779>> accessed 10 July 2020

Soveral Martins A, 'Groups of Companies in the Recast European Insolvency Regulation: Around and about the "Group"' (2019) 28 International Insolvency Review 354 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/iir.1354>> accessed 11 July 2020

Mangano R, 'The Puzzle of the New European COMI Rules: Rethinking COMI in the Age of Multinational, Digital and Glocal Enterprises' (2019) 20 European Business Organization Law Review 779 <<http://link.springer.com/10.1007/s40804-019-00141-3>> accessed 10 July 2020

Önal A, 'Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2881 <<https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/588556>> accessed 10 July 2020

Söyler Y, 'Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi' (2015) 19 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207 <<https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd/608192>> accessed 7 July 2020

Vedat Raşit Sevig, 'Milletlerarası Özel Hukuk alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı' (1997)

İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, ÖZELLİKLERİ, DOĞAN BORÇLAR VE SONA ERMESİ*

Şeyda Gülnar**

Yalçın Görmez***

Öz

İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında gerçekleşen iş, ücret ve bağımlılık unsurlarına sahip sözleşme türüdür. İşçinin bir işi yapmayı üstlenmesine karşılık işverenin belirli bir ücret ödemeyi kabul ettiği sözleşmelerdir. İşçi iş görme edimini yerine getirirken işini özenle yapmalı, işverene karşı sadakat yükümlülüğünü korumalı, yaptığı iş edimine karşılık işverene teslim ve hesap borcunu yerine getirmeli ve tüm bunları yaparken işyerinin ve işverenin talimatlarına ve rekabet yasağına uymalıdır. Buna karşılık işverende işçiye ücretini ödemeli, bu ücret gerek işveren gerek yasalarca devlet tarafından korunmalı, aynı zamanda işveren iş yapma edimini yerine getiren işçileri gözetmekle yükümlüdür. Bunun yanında işverenin işçilere eşit davranma borcu mevcuttur. İş sözleşmesinin genel unsurları bu şekilde devam ederken bu iş sözleşmesi işçi veya işveren tarafından belirli durumlarda sona ermektedir. İş sözleşmesi fesih halinde sona erebileceği gibi ölüm halinde de sona erebilir. İşçinin ölümü ile sona eren iş sözleşmesinde işveren işçinin yakınlarına ölüm tazminatı ödemekle yükümlüdür. İş sözleşmesi işçi tarafından ihbar sürelerine uyarak haklı sebeple feshederse kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Aynı şekilde işveren ihbar sürelerine uyarak iş sözleşmesini haklı sebeple feshederse işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Anahtar kelimeler: İş sözleşmesi, İşçi, İşveren, Fesih, Tazminat, Ücret, Sadakat, Bağımlılık

ELEMENTS, CHARACTERISTICS, OBLIGATIONS AND TERMINATION OF LABOR CONTRACT

Abstract

An employment contract is a type of contract between the employee and the employer that has the elements of work, wage and dependency. They are contracts in which the employer agrees to pay a certain wage in return for the worker's undertaking to perform a job. The employee must perform his/her work diligently, maintain his/her loyalty obligation towards the employer, fulfill his/her obligation to deliver and account to the employer in return for his/her work, and comply with the instructions of the workplace and the employer and the prohibition of competition while doing all these. In return, the employer must pay the worker his/her wage, which must be protected by both the employer and the state by law, and the employer is obliged to take care of the workers who fulfill their labor obligations. In addition, the employer has an obligation to treat workers equally. While the general elements of the employment contract continue in this way, this employment contract is terminated by the employee or the employer in certain situations. The employment contract may be terminated in case of termination or death. In an employment contract terminated by the death of the employee, the employer is obliged to pay death compensation to the relatives of the employee. If the employment contract is terminated by the employee for just cause by complying with the notice periods, he will be entitled to severance pay. Likewise, if the employer terminates the employment contract for just cause by complying with the notice periods, the employee will not be entitled to severance pay.

Keywords: Employment contract, Employee, Employer, Termination, Compensation, Wage, Loyalty, Dependency.

* Makalenin Gönderim Tarihi : 04.12.2023

Makalenin Kabul Tarihi : 25.12.2023

** İSG Uzmanı/İnşaat Mühendisi, Yüksek Lisans Öğrencisi, gulnarseyda@outlook.com.

*** İSG Uzmanı/İnşaat Mühendisi, Yüksek Lisans Öğrencisi, gormezyalcin@gmail.com.

GİRİŞ

İş Kanununun içeriğinin temel unsurunu iş sözleşmesi oluşturur. İş sözleşmesinin meydana gelmesi sonucunda taraflar işçi ve işveren sıfatlarına bürünerek belirli hak ve yükümlülükler sahip olacaktır. İş sözleşmesi gerek yazılı gerek sözlü olarak kurulan, belirli unsurları barındıran ve bu unsurların meydana gelmesi sonucu hukuk dünyasında bir olay doğuran kurucu nitelikte bir eylemdir. İş sözleşmesi borçlar kanununa göre kurucu yenilik doğuran bir işlemdir. Yani aslında İş Kanununun temel yapı taşı iş sözleşmesidir. Belirli şartların sağlanması ile bu sözleşme kurulduktan sonra işçi ve işverenin hak ve sorumlulukları meydana gelir. Bu kurulan iş sözleşmesi sona erdiğinde yine taraflarla hak ve yükümlülükler sunar. Yani İş Hukukunun ve İş Kanununun bir hukuki olay ve sonuç doğurabilmesi için ortada sözlü ya da yazılı, zımni ya da açık şekilde kurulmuş bir İş Sözleşmesinin olması gerekmektedir. İş sözleşmesinin başlamasından bitişine kadar taraflara farklı hak ve sorumluluklar sağlarken aynı şekilde sözleşmenin sona ermesinden sonra da yine taraflara bambaşka hak ve sorumluluklar yükleyecektir. Aslında iş sözleşmesi bittiğinde bile İş Hukuku alanında etkileri farklı bir boyutta devam edecektir. Bu sözleşmenin öncesinde, sözleşme esnasında ve sözleşme bitiminden sonra her aşamada bu bölümler kendi içerisinde birçok farklı başlığı kapsamaktadır. İş sözleşmesinin her boyutunda İş Kanuna bağlı farklı kavram ve ayrımlar mevcuttur.

1. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

İş sözleşmesi, belli bir tarafın (işçi) bağlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da belli bir ücret ödemeyi kabul etmesiyle oluşan sözleşmedir. İş Kanunu'na göre iş sözleşmesi üç unsurdan oluşur. Bunlar; iş, ücret ve bağımlılık unsurlarıdır.

1.1 İş Sözleşmesinin Unsurları

1.1.1. İş

İş sözleşmesinin konusu belirli bir işin görülmesidir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin konusu insan emeğinden oluşur. İş, taraflar için maddi değerleri olan faaliyetlerdir. Bir işin beden gücü ya da belli bir düşünceyi harekete geçirmek veyahut bir kamu hizmetini gerçekleştirmek vs. niteliğinde olması gerek bedensel gerek çeşitli aletlerle bu edimi yerine getirmesinin bir önemi yoktur. Ayrıca bir işin konusu anayasaya, kamu düzenine veya ahlaka aykırı olamaz. Aynı zamanda iş sözleşmesinin konusu suç teşkil eden bir eyleme konu olamaz.¹

İşçi, iş sözleşmesini yerine getirirken belirli ya da belirsiz bir süre çalışma yükümlülüğünü kabul eder.² Günümüzde esnek çalışma yöntemlerinin gelişmesiyle beraber işçi artık belli bir işi iş yeri dışında veya home office şeklinde gerçekleştirebilmektedir.

¹ Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 14.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 372. Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.373.

² İş Kanunu Madde 7 : “İş sözleşmesinin konusu olan işin mutlaka işverene ait işyerinde yerine getirilmesi zorunlu değildir. Gazeteci, pazarlamacı, dağıtımçı gibi kişiler işlerini işyeri dışında yerine getirebilirler. Yine işçi iş görme edimini işveren dışında başka kişilere karşı yerine getirmek zorunda kalabilir. Örneğin, ödünç iş ilişkisinde işçi iş görme edimini bir başkasına ait işyerinde ve bir başka işverene karşı yerine getirir.”

1.1.2. Ücret

İş Kanunu'nun 32/1 maddesinde ücret; “İş sözleşmesinin unsurlarından bir diğeri de işçiye belirli bir işin görülmesi karşılığında ücret ödenmesidir. Ücret, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcu karşısında, işverenin yerine getirmekle yükümlü olduğu karşılıktır. Ücret, para (nakdi) veya mal şeklinde (ayni) bir karşılık olabilir. Ancak, asıl işin karşılığı olan ücretin para şeklinde ödenmesi zorunludur.” şeklinde tanımlanmıştır.

İş sözleşmesinde belli bir ücretin kararlaştırılmamış olması o sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Önemli olan belirli bir işin belirli bir ücret karşılığında yapılması ve bunun sözleşmede anlaşılabilir olmasıdır.

1.1.3. Bağımlılık

İş sözleşmesinin bir diğere unsuru olan bağımlılık, işçinin işverenin kontrolünde olup işverenin denetimi ve gözetimi altında belirli talimatlara uyarak sorumlu olduğu işi icra etmesidir. Bağımlılık unsurunda ifade edilmek istenen *kişisel* ve *hukuki* bağımlılıktır.

1.2. İş Sözleşmesinin Özellikleri

İş sözleşmesi, sözleşme yapma ehliyetine haiz olan tarafların karşılıklı ve serbest iradeleri ile işçinin emeğini konu alan, işverenin denetimi ve gözetimi altında iki tarafa da borç yükleyerek bağımlılık ilişkisi kuran ve devamlılığı olan özel hukuk sözleşmeleridir³.

İşçinin belirli bir iş görme edimini yerine getirmesi ve bunun karşılığında işveren tarafından bir ücret ödenmesini konu alan ve bunu sürekli olarak devam ettiren bağımlı hukuki ilişkilidir. Bu hukuki ilişkiler arasında işçinin fikri, bedeni ve kişiliği ön planda olabilir. Bu yönden iş sözleşmeleri kişisel ilişki kurabilecek niteliktedir.

1.3. İş Sözleşmesinin Türleri

1.3.1. Sözleşme Türünü ve Çalışma Biçimini Belirleme Serbestisi

İş sözleşmeleri türü ve çalışma biçimi bakımından sözleşme serbestliğine tabîdir⁴. Bu sözleşme serbestliğinin kanuni dayanağı Anayasanın 48. Maddesidir⁵. Bu bakımdan iş sözleşmeleri süresi bakımından belirli veya belirsiz süreli kurulabilir. Aynı zamanda iş sözleşmeleri sürekli veya süreksiz olarak kurulabilir. İş sözleşmesinin çalışma süreleri tam süreli veya kısmi süreli ya da deneme süreli olarak kurulabilir.

İşin niteliğine göre en çok 30 işgünü süren işlere süreksiz, otuz işgününden fazla süren işlere ise sürekli iş denir. Kanun maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere iş sözleşmesi kararlaştırılan bir zaman dilimine bağlı değilse belirsiz süreli iş sözleşmesidir⁶. Lakin esaslı bir sebebe bağlı olarak kararlaştırılan bir zaman dilimine bağlı ise belirli süreli iş sözleşmesidir.

³ Tankut Centel & Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2022, s. 153-155.

⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 16.

⁵ Sözleşme ve sözleşme ilişkisi kavramlarının ayrımı hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 45.

⁶ İş Kanunu Madde 11 – “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara

Kanunda belirtilen haftalık ve günlük çalışma süreleri boyunca işverenin gözetimi altında ve işverene bağlı olarak yapılan çalışmaya tam süreli çalışma denir⁷. Ayrıca tam süreli iş sözleşmesinin üçte ikisi oranında yapılan çalışmalar ise kısmi süreli çalışmalardır.

Çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde, işveren tarafından belli bir süre önce işçinin çağrılarak ve işçiye çalışacağı süre ve yer bildirilerek yapılan iş sözleşmesidir. Bu çağrı aksi bir süre kararlaştırılmadığı durumda en az dört gün önceden yapılmak zorundadır⁸. İş kanununun on dördüncü maddesine 2016 yılında eklenen ek fıkra ile uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri de kanun kapsamına alınmıştır⁹. Buna göre işçi belli bir iş görme edimini iş yeri dışında ya da teknolojik aletlerle yerine getirebilecektir.

Deneme süreli iş sözleşmesinde, Kanunda da açıkça belirtildiği üzere işveren işçiye belirli bir süre deneme şartı öngörebilir. Bu süre en çok iki ay olabileceği gibi toplu iş sözleşmeleriyle de dört aya kadar uzatılabilir¹⁰.

Takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinde, işçiler bir araya gelerek bir takım halinde iş görme edimini yerine getirebilirler¹¹. Takım sözleşmelerinde en önemli unsur belirli ya da belirsiz süreli fark etmeksizin yazılı olarak yapılamaları gerekmektedir.

2. İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar

İş sözleşmesi, işçi ve işvereni karşılıklı olarak borç altına sokan sözleşmedir. Sözleşme kapsamında işçi belirli bir iş görme yükümlülüğünü yerine getirmeyi, işveren de buna karşılık işçiye yerine getirdiği edim karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir.

Genel olarak iş sözleşmesinden doğan temel borçları ana çerçevesi bu şekilde olmakla birlikte bu temel borçların yanında işçi yan borçlarda üstlenmektedir. İşçinin yanında işverende üstlendiği yan borçlar kanun nezdinde mevcuttur. İşçinin üstlendiği yan borçlar; talimatlara uyma, hesap verme, teslim ve sadakat borcudur.

bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar.”

⁷ İş Kanunu Madde 13 – “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.”

⁸ İş Kanunu Madde 14 – “İşçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine gerek duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi olarak adlandırılır. (Ek fıkra: 6/5/2016-6715/2 md.)- Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.”

⁹ Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 13.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022, s.122-123.

¹⁰ İş Kanunu Madde 15 – “Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır.”

¹¹ İş Kanunu Madde 16 – “Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir. Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekir. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir.”

2.1. İşçinin Borçları

2.1.1. İş Görme Borcu

İş sözleşmesi gereğince işçinin en temel borcu iş görme yükümlülüğü olmakla beraber bu işi görme edimini ifa ederken dikkat ve özen yükümlülüğü altında yerine getirmesidir.

İşçi iş görme borcuna aykırı davrandığı durumda, iş sözleşmesindeki temel borcu yerine getirmediği için işveren tarafından iş kanununun 25. Maddesi gereğince işvereni iş ahdini haklı nedenle feshedebilir.

2.1.2. İşin Özenle Yapılması

İşçi, iş sözleşmesinden kaynaklı iş görme borcunu yerine getirmesi tek başına yeterli değildir. İşçi her ne kadar iş görme borcunu yerine getirirse de bu edimi yerine getirirken işini dikkat ve özenle yapmakla yükümlüdür. Çünkü dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen iş görme borcu işvereni zarara uğratabileceği gibi hasar ve kayba yol açabilir. İşçi işini ifa ederken kendisinden beklenen dikkat ve itinaı hassas bir şekilde yerine getirmelidir. İşçi bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde iş yerinin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği gibi iş yerinde maddi zarara da sebebiyet verebilir¹².

İşçi her ne kadar temel borcunu yerine getirirse de yan yükümlülüğü olan özen yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde iş sözleşmesinin devam etmesinde hukuki yarardan çok zarar söz konusu olacaktır. Bu sebeple işçi özen borcuna aykırı davrandığında işvereni iş kanununun 25. Maddesine dayanarak işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

2.1.3. Sadakat Borcu

İşçinin yan yükümlülüklerinden biri de sadakat borcudur. İşçinin sadakat borcu türk borçlar kanununun 396. Maddesinde hükme esas alınmıştır. Sadakat borcu işçinin işverene karşı korunmaya değer her türlü menfaatini doğruluk ve güven çerçevesinde kendisinden beklenecek tüm hassasiyetleri göstererek işverenin bu menfaatlerine zarar gelmesini önleyecek şekilde olmalıdır.

Sadakat borcuna aykırılık durumlarının başta gelen örnekleri, işçinin işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını ortaya atması ve doğruluk ve dürüstlüğe uymayan her türlü davranışıdır. İşçi bu sadakat yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde işveren tarafından iş kanununun 25/2-e maddesi gereğince haklı nedenle feshedebilir. İşveren işçinin iş ahdini bu sebeple feshettiği takdirde işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır¹³.

Sadakat borcunun içinde işçinin sır saklama yükümlülüğü de mevcuttur. Yine türk borçlar kanunu tarafından düzenlemeye alınan bu husus işverenin menfaatini korumaya yöneliktir. İşçi, çalıştığı iş yerinde belli bir mesleki veya üretim sırrı ve bu sırlara ait tüm bilgileri saklamakla yükümlüdür. Bu sırları kendisine veya başkasına yarar sağlayacak bir şekilde ifşa eden işçi işverene karşı sır saklama yükümlülüğünü ihlal edecektir. Bu ihlal

¹² Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.418.

¹³ Polat Tunçer, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s.79-80.

neticesinde yine işveren işçiye sadakat borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle iş kanununun 25/2-e maddesi uyarınca haklı nedenle iş akdini feshedebilecektir.

2.1.4. Teslim ve Hesap Verme Borcu

Türk Borçlar Kanununun 397. maddesine göre; “İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. İşçi hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür”. İşbu kanunun ilgili maddesinde işçinin sadakat yükümlülüğü içinde olan teslim ve hesap verme borcuna ilişkin yükümlülüğünü konu almıştır.

2.1.5. Düzenlemelere ve Talimata Uyma Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 399. maddesi uyarınca “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar” İşçi, işveren tarafından kendisine verilen talimatları yerine getirmekle yükümlüdür. Bu işçinin işverene karşı olan dürüstlük borcundan kaynaklıdır. Lakin işveren işçiye kanuna ve ahlaka aykırı şekilde talimat veremez. Verdiği takdirde bu talimatlar yok hükmünde olup, işçi için haklı fesih sebebi oluşturacaktır.

2.2. İşverenin Borçları

2.2.1. Ücret Ödeme Borcu

İşveren işçiye yaptığı iş karşılığında iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan ücreti ödememekle yükümlüdür.

2.2.2. Ücretin Unsurları

2.2.2.1. İş Karşılığında Ödeme

İşveren işçiye ücretini yaptığı iş karşılığında ödemelidir.

2.2.2.2. İşveren veya Üçüncü Kişiler Tarafından Ödenme

İşçinin ücreti bazen 3. Kişiler tarafından da ödenebilir bunun önünde kanunu bir engel bulunmamaktadır. Önemli olan işçiye bu ücretin yaptığı iş karşılığında ödenmiş olmasıdır.

2.2.2.3. Para ile Ödeme

Ücret genel kural olarak, para ile ödenmektedir Para ile ödenen ücret asıl ücret ve ücret ekleri olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴. Asıl ücret işçinin yaptığı iş karşılığında ödenmesi kararlaştırılan sabit ücrettir. İçinde herhangi bir ek yoktur. Ücret ekleri ise; işçinin aldığı asıl ücrete ek olarak işveren tarafından ödenen ikramiye, prim, aracılık ücreti , iş sonundan pay alma şeklinde ödenen ücretlerdir. Bunlar asıl ücret gibi sabit bir tutar üzerinden olmayıp somut işin durumuna göre değişkenlik göstermektedir. Lakin verilen bu ücret ekleri kanuna aykırı yapılan işten yada kanunun öngördüğü şekillerin dışında ödenmemelidir.

¹⁴ Tuğba Hilal Köken & İştah Urhanoğlu, Şemalarla Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 102-103.

2.2.2.3.1. Ödeme Yeri

Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit ücret ekleri kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir (İşK.32/2).

2.2.2.3.2. Ödeme Zamanı

Ücret ödemesi niteliği itibariyle dönemsel (periyodik) bir ödemedir. İşçi ücretleri kural olarak, işin yapılmasından sonra ve *en geç ayda* bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi *bir haftaya* kadar indirilebilir (İşK.32/5). Türk Borçlar Kanunu'na göre de, "Aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir" (TBK.406/1). Ücreti ödeme gününden itibaren *yirmi gün* içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir¹⁵. Bu nedenle işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev (hak grevi) olarak nitelendirilemez (İşK.34/1). Bu işçilerin çalışmaktan kaçınmaları nedeniyle iş sözleşmeleri feshedilemez ve yerlerine yeni işçi alınamaz. Çalışmaktan kaçınan işçilerin işleri, işveren tarafından başkalarına yaptırılamaz (İşK.34/2). Ayrıca işveren hakkında idari para cezası uygulanır (İşK.102/a). Yukarıda kanun maddeleri ile açıklandığı üzere işveren işçinin borcunu kanunda belirlenen şartlar üzerinden ödeme yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde karşılaşıacağı yaptırımlar yine İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde açıklanmıştır. İşveren yine kanunda belirtilen süre sonunda işçinin borcunu ödemezse işçi iş kanunu madde 24'e göre iş akdini haklı sebeple feshedebilir.

2.2.2.3.3. Ödemelerin Belgelendirilmesi

Uyuşmazlık halinde ücretin ödendiğini *işveren* ispatlamakla yükümlüdür. Bu nedenle ücretin belgelendirilmesi özel öneme sahiptir. İşveren, işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır. Bu belgede ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi kesintilerin ayrıca gösterilmesi gerekir (İşK.37/1,2). Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere işçinin ücretinin ödemesinde bir uyuşmazlık çıktığı durumunda işveren işçinin maaşını ödediğini kanunda açıklanan belgelerle ispatlamak zorundadır. İşçinin ücretinin ödenmesinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkta ispat yükü işverene aittir.

2.2.2.3.4. Ücret Zamanaşımı

Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır (İşK.32/8). Zamanaşımı, alacağın doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. Aynı zamanda bu zamanaşımı süresi ücret ekleri için de geçerlidir.

¹⁵ Ulaş Baysal & Muhittin Astarlı & Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku Ders Kitabı, 5.Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 374.

2.2.3. Ücretin Korunması

Ücretin işçinin en önemli ve genellikle tek gelir kaynağı olması, onun özel olarak korunmasını gerekli kılar. İşçi ücreti üzerinde tasarruf etme yetkisine sahiptir. Bu nedenle ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir (TBK.407/3). Devlet, gerek kanunlar nezdinde gerek anayasal sebeplerle işçinin ücretini korumak ve gözetmekle yükümlüdür¹⁶. İşçinin ücretinin korunması için kanunlar çerçevesinde birçok işçi lehine önlemler alınmıştır.

1- İşçinin Maaşının dörtte birinden fazlası haczedilemeyeceği gibi devir ve temlik işlemleri de yapılamaz.

2- İşçinin maaşının dörtte biri haczedildiği durumda işçi aile üyelerine bakmakta zorluk çekiyorsa işçinin maaşındaki haciz veyahut devir edilebilecek miktar daha da azaltılır.

3- Nafaka borcu için devir ve temlik işlemleri uygulanmaz.

4- “*Kamu alacaklarında ise, haczedilecek ücret tutarı, üçte birden çok ve dörtte birden az olamaz. Asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlası haczedilemez*” (AATUHK.K.71).

5- İşçinin kasten verdiği zararlar dolayısıyla yapılabilecek takas, işçinin ücretinin dörtte birini geçemeyecektir.

6- İşverenler, alt işverene iş vermeleri halinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak kendiliğinden kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür (İŞK.36/5).

7- İş Kanunu ile ayrıca kamu kurumları açısından özel bir düzenleme yapılmıştır. Genel ve katma bütçeli dairelerle yerel yönetimler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler yükleniciye verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden kendi işverenlerince ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa yüklenici veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hak edişlerinden öderler (İŞK.36/1).

8- İflas halinde, İcra ve İflas Kanununa göre, işçi ücretleri öncelikli alacaklardandır. İşverenin iflası halinde, işçilerin iflasın açılmasından önceki *bir yıl* içinde işleyen kanun ve sözleşmelerden doğan ücret ve para ile ölçülebilen çıkarları, ihbar ve kıdem tazminatları, kamu alacakları ve rehinle güvence altına alınan alacaklardan sonra birinci sırada yer alır (İİK.206,207). Bunlar tam olarak ödendikten sonra diğer sıradaki alacaklılara geçer.

9- “*Haciz halinde, İşveren hakkındaki icra takibinde haczedilen malların satış tutarı, alacaklıların alacaklarının tamamını ödemeye yetmez ise icra dairesi, alacaklıların bir sıra cetvelini yapar. Bu sıra cetvelinde ücret alacakları birinci sırada yer alır*” (İİK.140).

¹⁶ Ömer Ekmekçi & Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.357

10- İşverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki **üç aylık** dönem içerisinde ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra kalan miktar üzerinde hüküm ifade eder (İşK.36/4).

11- İşsizlik Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılan kişileri iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme gücüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan **üç aylık** ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulmuştur (İSK.ek.1).

12- İşveren gereken durumlarda işçiye disiplin cezası gereğince ücret kesme cezası uygulayabilir. Ancak bu cezanın kesilebilmesi için cezanın iş sözleşmesinde, iş yeri yönetmeliğinde yada toplu iş sözleşmesinde düzenlenmiş olması gerekmektedir. İşveren sözleşmeler ya da iç yönetmelikte gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremez (İşK.38/1).

13- İç yönetmelik yada iş sözleşmesinde belirlenen sebeplerle işçinin maaşında kesintiye gidilmesi durumunda ise işçinin en fazla iki günlük ücretinde kesinti yapılabilir. Eğer ki işveren aksine bir hüküm uygulamaya kalkarsa bu hüküm geçersiz olacaktır. Aynı zamanda işçinin ücretinden yapılan kesintiler işçiye derhal nedenleriyle birlikte bildirilmelidir. (İşK.38/2).

14- *“İşçinin ücretinden ceza olarak kesilen paralar işçilerin eğitimi ve sosyal işleri için kullanılıp harcanmak üzere Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı hesabına, kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılır. Her işveren, işyerinde bu paraların ayrı bir hesabını tutmakla yükümlüdür. Birikmiş bulunan paraların nasıl kullanılacağı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanının başkanlık edeceği ve işçi temsilcilerinin de katılacağı bir kurul tarafından belirlenir”* (İşK.38/3).

15- *“Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi hak grevi olarak nitelendirilemez”* (İşK.34/1).

16- *“Ücreti ödenmeyen işçilerin çalışmaktan kaçınmaları kişisel kararlarına değil, bir kuruluşun kararına dayandığı takdirde kanundışı grev söz konusu olur”* (STİSK.58/3).

17- *“Bu işçilerin çalışmaktan kaçınmaları nedeniyle iş sözleşmeleri feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz. Çalışmaktan kaçınan işçilerin işleri başkalarına yaptırılmaz”* (İşK.34/2).

Kanunda açıkça görüldüğü üzere işçiler ücretleri ödenmediği takdirde çalışmaktan kaçınabilir. Çünkü iş sözleşmesinin unsurlarından olan işverenin ücret ödeme yükümlülüğü yerine getirilmemiş olup, işveren işçinin ücret ödemesi konusunda temerrüde düşmüştür¹⁷. Ancak mücbir sebep olması durumunda işveren işçinin ücretini ödemediği durumda işçi

¹⁷ Öner Eyrenci & Savaş Taşkent & Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 9.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.288.

çalışmaktan kaçınmaz. Mücbir sebep bir doğa olayı, yangın, deprem, sel, salgın hastalık gibi öngörülemeyen durumlardır. Bu gibi durumlarda işveren ücret ödemediği takdirde temerrüde düşmeyecektir. Ancak işverenin kendi işletmesi içindeki sebeplerle misal ödeme alamaması, satış bedelinin yatırılmaması, üretim olmaması gibi durumlar beklenmedik hal sayılacak olup mücbir sebep kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu sebeple işveren ücret ödeme borcundan kaçınmayacaktır.

18- “Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz” (İŞK.62).

Misal kanun tarafından düzenlenen haftalık çalışma süresinin 35 saate düşürülmesi durumunda işveren bu çerçevede işçinin ücretinde herhangi bir indirim gidemeyecektir.

19- “Taşınmaz inşaatında çalışan işçilerin ücret alacakları için o taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakları vardır. İşçilerin bu haklarından başlangıçta sözleşme ile vazgeçmeleri mümkün değildir” (TMK.893).

2.2.4. İşçiyi Gözetme Borcu

İş sözleşmesinin sonucunda işçi işverene karşı sadakat yükümlülüğü altında iken işveren de işçiyi gözetme borcu altındadır. İşveren işçiye ait tüm özel bilgileri korumakla yükümlüdür. Kişisel veri niteliğindeki veriler ve işçinin özlük dosyasını gizlilik ilkelerine uygun olarak korumakla yükümlüdür. İşçinin bu şekilde korunma yükümlülüğü hem iş kanununda hem Türk borçlar kanununda güvence altına alınmıştır.

a) “İşveren, iş ilişkisi devamı süresince edindiği işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir” (TBK.419).

b) “İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakta yükümlüdür” (İŞK.75/2).

c) İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatının ve saygınlığının korunması açısından sağlık bilgilerinin gizli tutulması gerektiğini hüküm altına almıştır (İSGK.15/5).

Aynı zamanda işveren işçiyi gözetme ve koruma yükümlülüklerinin içinde işyerinde iş sağlığını ve güvenliğini korumak da vardır. İşveren iş yerinde işçinin hayatını korumak ve işin görülmesin esnasında bir kayıp yaşanmaması için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Eğer ki işveren iş sağlığını ve güvenliğini korumak için gerekli önlemleri almamışsa işçi iş akdini haklı sebeple feshedebilecektir.

2.2.5. Eşit Davranma Borcu

İşveren işyerindeki tüm işçilerin hakkını hakka hukuka uygun şekilde gözetmesi, tüm işçilere objektif olarak eşit davranması gerekmektedir. Bu işverenin eşit davranma borcudur. İşveren iş yerinde bulunan aynı pozisyon içerisindeki tüm işçilere eşit davranmakla yükümlüdür. Kanunda bahsedilen eşitlik kişiler arası eşitliktir. Genel bir ifade ile iş ilişkisinde

dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, engellilik, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz (İşK.5/1). Ayrıca işverenin eşit davranma borcunun içerisinde, *cinsiyetle sözleşme türlerine göre* subjektif düzenlenmiştir¹⁸. Bunlar: İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz (İşK.5/2). İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, koşullarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz (İşK.5/3). Biyolojik veya işin niteliğinden kaynaklanan ayrımlar ise haksız ayırım kabul edilmez. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz (İşK.5/4). İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz (İşK.5/5). Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz (İşK. 12/1). Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz (İşK. 13/2).

2.3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İş sözleşmeleri somut durumlara göre farklı şekillerde sona erebilmektedir. Bu sona erme durumlarına göre işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanabileceği gibi bu tazminatlardan mahrum da kalabilmektedir veyahut işçi kimi fesih hallerine göre de sadece bir tazminata hak kazanabilmektedir.

İş sözleşmesinde tarafların anlaşması halinde fesih yapılmasına gerek olmaksızın sözleşme sona erebilir. İş sözleşmesinin süresi dolduğunda tarafların fesih yapmasına gerek kalmadan sözleşme sona ermiş olur. İş sözleşmesi devam ederken taraflardan birinin ölümü halinde herhangi bir bağlılık ilkesinden söz edilemeyeceği için ve iş sözleşmesinin bağlı kalma unsuru yerine getirilemeyeceği için iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. İş sözleşmesi kanunda sayılan ilkelere aykırı olarak düzenlendiğinde veyahut hukuka, ahlaka aykırı olması durumunda veya iş görme ediminin imkansız olması durumlarında iş sözleşmesi geçersiz olacağı için tarafların fesih yapmasına gerek olmadan sözleşme sona erer.

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri feshedilmeden önce durumun fesih yapacak kişi tarafından karşı tarafa bildirilmesi gerekir. Bu süreler ihbar süreleridir.

- “- 6 aydan az sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak 2 hafta,
- 6 ay-1,5 yıla kadar sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak 4 hafta,
- 1,5 - 3 yıla kadar sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak 6 hafta,
- 3 yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak 8 hafta sonra feshedilmiş sayılır”.

Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir. İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

¹⁸ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I), 5.Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2014, s.35

İş kanununun 24. Maddesinde de açıklandığı üzere işçi haklı bir sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir¹⁹. İş sözleşmesinin hangi hallerde feshedileceği kanun maddesinde açıklanmakla birlikte işçi lehine yorum ilkesiyle beraber yargıtay içtihatları da gözetilerek kanunda yer almayan haklı sebeplerde de iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi yapılabilir. Şöyle ki gündelik hayatta binlerce çalışma alanı mevcut olduğu için her işçi farklı zorlayıcı durumlarla karşılaşabilmektedir. Bunların hepsinin kanun kapsamında tespit edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple geliştirilen yargıtay içtihatları ve işçi lehine yorum ilkelerinin de etkisi haklı sebeple fesih hali için destekleyici ve kabul gören unsurlardır²⁰.

Kanun İş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkının işçiye tanıdığı gibi aynı hakkı işverene de tanımıştır²¹. İşverene tanınan haklı nedenle fesih hakkı iş kanununun 25. Maddesinde hüküm altına alınmıştır.

¹⁹ İş Kanunu Madde 24 – “Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir:

I. Sağlık sebepleri:

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa.

II. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

a) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa.

b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa.

c) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birinin kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa.

d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa. e) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse,

f) Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa.

III. Zorlayıcı sebepler: İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa.

²⁰ Cevdet İlhan Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 6.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.187

²¹ İş Kanunu Madde 25 – Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir:

I- Sağlık sebepleri:

a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut işçiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi. 7 7 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle, bu alt bentte yer alan “veya sakatlığa uğraması halinde” ibaresi “yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda” şeklinde değiştirilmiştir.

b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda. (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.

II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerde dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak **6 iş günü** geçtikten, her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren 1 yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde 1 yıllık süre uygulanmaz. Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları mevcuttur.

3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları

İş sözleşmesinin kanundan kaynaklı olarak gerek işçi gerek işveren tarafından feshedilmesi halinde ortaya bir takım hukuki sonuçlar çıkacaktır. İş sözleşmesinin feshinden itibaren taraflar artık birbirlerine bir bağlılık unsuru ile bağlı olmayacakları için belli bir ifa yükümlülüğü altında da olmayacaklardır. Taraflar iş sözleşmesi kapsamından birbirlerine hizmete ilişkin olarak verdiği araç gereçleri iade etmekle yükümlüdür. İşçi iş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklı olarak sona erme sebebine göre bir takım hak edişlere sahip olabilecektir. Bunlar arasında belirli bir prim süresini doldurduğu durumda işsizlik maaşı, bildirim sürelerine uyulmaması halinde ihbar tazminatı, bir ölümden kaynaklı olarak sona erme halinde ölüm tazminatı ve işçinin haklı sebeple iş akdini feshetmesi veyahut kanunda sayılan diğer hallerin gerçekleşmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanabilecektir²².

3.1. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı kanunda yazılı herhangi bir sebep ile iş akdinin sona ermesi veya işçinin ölmesi halinde ödenen ücrete denir. İşçinin kıdem tazminatından hak kazanabilmesi için en az bir yıl çalışması gerekmektedir. Kıdem tazminatı fesih durumuna göre ya da iş sözleşmesi

a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması.

b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.

c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.

d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.

e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.

f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.

g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.

h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.

ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.

III- Zorlayıcı sebepler: İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması.

IV- İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması. 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı Kanununun 32 nci maddesiyle, bu alt bentte yer alan "veya 84 üncü maddeye aykırı hareket etmesi" ibaresi ", işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması" şeklinde değiştirilmiştir. İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir."

²² Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 11.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.370.

feshedilmeden ödenebilir. Lakin iş sözleşmesi feshedilmeden kıdem tazminatının ödenebilmesi sadece işçinin ölmesi durumunda geçerli olacaktır. İşçinin ölmesi durumunda kıdem tazminatı yasal mirasçılara ödenir.

İşçinin fesih halinde kıdem tazminatına hak kazanması iki şekilde olur. İşçinin iş kanununun 24. Maddesindeki sebeplerden birine dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi işçiye kıdem tazminatını talep etmek hakkı verir. *İş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimli feshi* kural olarak, işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırmaz. Kıdem tazminatı miktarı hesaplanırken işçinin her 1 yıllık çalışması için 30 günlük ücreti tutarınca kıdem tazminatı hesaplanır. Bu ücretler işçinin brüt ücreti üzerinden hesaplanır. Bu süre iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilir. Kıdem tazminatında zamanaşımı süresi 5 yıldır. Bu süre işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı tarihten itibaren başlar. Kıdem tazminatı için işleyecek faiz ise zamanında ödenmemesi sebebiyle işleyecek faiz ise *mevduata uygulanan en yüksek faizdir*.

3.2. Ölüm Tazminatı

Türk Borçlar Kanunu 440. maddesi, “*İşçinin ölümü halinde işveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık, hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.*” şeklindedir. Ölüm tazminatının verilmesindeki hukuki yarar hayatını kaybeden işçinin geride kalan bakmakla yükümlü olduğu ailesine maddi-manevi bir takım sosyal haklar sağlamaktır.

3.3. Çalışma Belgesi

İşten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir (İşK.28/1). Bu belgeyi İş Kanunu *çalışma belgesi* olarak isimlendirmektedir.

3.4. İbraname

İş sözleşmesinin sona ermesi halinde işveren tarafından işçiden hiçbir hak ve alacağının kalmadığına dair ıslak imzalı yazılı belge alma hakkına sahiptir. Buradaki hukuki yarar işçinin daha sonra işverene karşı hak ve alacakları olduğunu iddia ederekten dava açmasını önlemektir. Lakin ibraname işçinin iradesini sakatlayacak biçimde alınırsa hukuki delil olarak kabul görmeyecektir. İbranamenin irade sakatlığı halinde imzalandığının iddia edilmesi durumunda ispat yükü bu iddiayı ileri süren taraftadır.

3.5. Rekabet Yasağı

İşçi işverene karşı iş görme edimini yerine getirirken sadakat ve özen yükümlülüğü altındadır. İşçi bu sadakat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde işveren tarafından iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir²³. Sadakat ve özen yükümlülüğünün içerisinde işçinin işverene karşı rekabet etmeme yükümlülüğü vardır. İşçi çalıştığı süre boyunca belli mesleki sırları ve teknik becerileri saklamakla sorumludur. Rekabet yasağına ilişkin şartlar Türk Borçlar Kanunu’nda hüküm altına alınmıştır.

²³ Yıldırım Bayrak & Didem Damra Temel, Uygulamada İşçilik Alacakları –İş Güvencesi ve İş Yargılaması Usulü, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.233

SONUÇ

İş sözleşmesinin temel unsurlarından olan iş, ücret ve bağlılık unsuru da kendi arasında unsurlara ayrılmış olup her başlık içerisinde işçi ve işverene farklı yükümlülükler yüklemiştir. Bu unsurların hepsi birbiri ile bağlantı olmakla birlikte kanun nezdinde iki taraf eşit olarak gözetilmiştir. İşçinin yaptığı her işleme karşı işveren bir yükümlülük altında iken, işverenin verdiği her iş karşısında da işçi yükümlülükler altındadır ve bu yükümlülükler sonucu takdir edilen bir ücret mevcutken bu ücretin hak edişi için de hem işçi hem işveren yine yükümlülükler altındadır. İş kanunu ile her iki tarafın hakları güvence altına alınmış olup çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi adına kanun koyucu tarafından sözleşmenin genel hatları kısıtlanmadan, sözleşme serbestisi kapsamında işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişki şekillendirilmiştir.

Kanun koyucu bu kuralları koyarken sadece sözleşmenin kuruluşu ile kalmayıp sözleşmenin sona ermesinin ne şekilde olacağını ve bu konuda ortaya çıkan sonuçların ne şekilde değerlendirilip sonuca bağlanması gerektiğini de kanun çerçevesinde, her iki taraf için de güvence altına alınmıştır. Yine bu kurallar belirlenirken taraflara kanun koyucu tarafından yükümlülükler de yüklenmiştir. Özel kanun niteliğinde olan İş Kanunu bu kuralları koyarken bazı hakları da bazı külfetlerle getirmiş olup taraflara özen yükümlülüğü yüklemiştir. Bu noktada kanun koyucu işçi lehine pozitif ayrımcılık ilkesi gereği işverene yükümlülükler yükleyerek işçi haklarını korumuştur. Zira günümüz şartlarında işçilerin haklarını pek fazla bilmiyor olması karşısında bu uygulama isabetli olmuştur. Kötü niyetli işverenlere karşı kanun koyucu tarafından, kanunun işçiye vermiş olduğu haklar koruma altına alınmıştır. Kanun koyucu aynı zamanda işçiye de yukarıda açıkladığımız üzere bir takım yükümlülükler yükleyerek işverenin haklarını da koruma altına almıştır.

Gerek iş akdinin kuruluşu gerek ise iş akdinin tamamlanması ve devamında ortaya çıkacak olan sonuçların kanun koyucu tarafından ne şekilde belirlendiğine ve nasıl çözümleneceğine ilişkin yaptığımız bu çalışmamızda, iş sözleşmesinin unsurları, özellikleri, iş sözleşmesinden doğan borçları ve sözleşmenin sona ermesi genel hatlarıyla anlatılmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku*. 2.Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*. 14.Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Bayrak, Yıldırım - Temel, Didem Damra. *Uygulamada İşçilik Alacakları –İş Güvencesi ve İş Yargılaması Usulü*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Baysal, Ulaş vd. *İş Hukuku Ders Kitabı*. 5.Baskı. Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021.

Centel, Tankut - Tunçomağ, Kenan. *İş Hukukunun Esasları*. 10.Baskı. Beta Basım Yayım, İstanbul, 2022.

Ekmekçi, Ömer - Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. 3.Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Eyrenci, Öner vd. *Bireysel İş Hukuku*. 9.Baskı. Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. 6.Baskı. Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Köken, Tuğba Hilal - Urhanoğlu, İstar. *Şemalarla Bireysel İş Hukuku*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I)*. 5.Baskı. Beta Yayınları, Ankara, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş 16. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. 11.Baskı. Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*. 7.Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*. 13.Baskı. Beta Basım, İstanbul, 2022.
- Tunçer, Polat. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. 3.Baskı. Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.